

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Mestrado em Direito Constitucional

MODERNIDADE, IDENTIDADE INDIVIDUAL E FAMÍLIA

Rodrigo Moraes Lamounier Parreiras

Brasília-DF
2009

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Mestrado em Direito Constitucional

MODERNIDADE, IDENTIDADE INDIVIDUAL E FAMÍLIA

Rodrigo Moraes Lamounier Parreiras

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, como parte dos requisitos para a obtenção do título de mestre.

Orientador: Professor Doutor Luiz
Moreira Gomes Júnior

Brasília – DF
2009

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Mestrado em Direito Constitucional

Dissertação de Mestrado

MODERNIDADE, IDENTIDADE INDIVIDUAL E FAMÍLIA

Rodrigo Moraes Lamounier Parreiras

Orientador: Professor Doutor Luiz Moreira Gomes Júnior – Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Banca:

Professora Doutora Gisele Guimaraes Cittadino – Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-RJ.

Professora Doutora Julia Maurmann Ximenes – Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

RESUMO

A conquista da autonomia individual deu início à dissolução das bases de conhecimento não problemáticas que determinavam a existência individual. O indivíduo desenvolveu a capacidade reflexiva: a sua autonomia. Apesar dessa aquisição, a excludente família matrimonial persistiu no direito moderno. A afirmação da identidade individual deveu-se à neutralização dos espaços público-políticos, representada, por exemplo, nos pleitos de reconhecimento de minorias. O discurso jurídico, suprimindo a deficiência normativa da moral moderna, constituiu-se como comunidade artificial de sujeitos reciprocamente reconhecidos como iguais e livres, a qual não absorve valores comunitários. A autonomia individual submete os valores, antes normativos, ao crivo potestativo do indivíduo. O casamento e a união estável, reminiscências pré-modernas, viabilizam o nascimento de vínculos jurídicos a partir de interações afetivas, frustrando a autonomia individual. Ao discurso jurídico resta racionalizar esses institutos. Além dessa supressão de restos pré-modernos, a intervenção do direito moderno na família concerne apenas à tutela da transição dos indivíduos incapazes à capacidade jurídica.

Palavras-chave: modernidade; pós-convencional; comunitarismo; liberalismo; direito; moral; família; matrimônio; contrato; instituição; identidade; indivíduo; comunidade; valores; mundo da vida; discurso; potestativo; limites; constituição; sagrado; incapacidade; autonomia.

ABSTRACT

The achievement of individual autonomy began the dissolution of the knowledge bases unproblematic that determine individual existence. The individual developed the reflexive capacity: their autonomy. Despite this acquisition, excluding matrimonial family persisted in modern law. The assertion of individual identity due to the neutralization of public-political spaces, represented, for example, in the elections for the recognition of minorities. The legal discourse, supplying the deficiency of the normative modern moral, constitutes as an artificial community of individuals mutually recognized as equal and free, which does not absorb community values. The autonomy of individual submits the values, before norms, to the sieve scope for discretion of the individual. The marriage and stable, pre-modern reminiscences, make possible the birth of legal links from affective interactions, frustrating individual autonomy. To the legal discourse remains rationalize these institutes. Aside from the suppression of remains pre-modern, the intervention of modern law in family concerns only on the conservancy of the transition of unable individuals to the legal capacity.

Keywords: modernity; post-conventional; communitarianism; liberalism; law; morality; family; marriage; contract; institution; identity; individual; community; values; life-world; discourse; scope for discretion; limits; constitution; sacred; inability; autonomy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
CAPÍTULO 1. AS ORIGENS PRÉ-MODERNAS DA FAMÍLIA DIANTE DAS QUESTÕES POSTAS PELA MODERNIDADE (O SURGIMENTO DO INDIVÍDUO AUTÔNOMO)	17
CAPÍTULO 2. O ESTADO LIBERAL E A FAMÍLIA: A IGUALDADE DOS MODERNOS E O DESCONHECIMENTO DA INDIVIDUALIDADE – ORIGEM DE UMA FALSA DICOTOMIA	29
CAPÍTULO 3. A CONCEPÇÃO DISCURSIVA DA NEUTRALIDADE DO ESTADO – O SURGIMENTO DA IDENTIDADE INDIVIDUAL	45
CAPÍTULO 4. A TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO E AS BASES DA POTESTATIVIDADE – A IDENTIDADE INDIVIDUAL COMO RECESSO INSUSCETÍVEL DE IMPUTAÇÃO JURÍDICA	58
CAPÍTULO 5. AS LIMITAÇÕES IMPOSTAS À IDENTIDADE INDIVIDUAL DIANTE DA APROPRIAÇÃO DA FAMÍLIA PELO DIREITO POSITIVO – A CONSTITUIÇÃO DE 1988: OS RESÍDUOS E SUCEDÂNEOS DO SAGRADO	77
CAPÍTULO 6. A TENSÃO ENTRE A PRETENSÃO UNIVERSALIZANTE DO DISCURSO JURÍDICO E O DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO. A INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DOS CONTEÚDOS PRÉ-MODERNOS	91
CAPÍTULO 7. ENTRE A INCAPACIDADE E A CAPACIDADE JURÍDICA – AS POSSIBILIDADES RESTRITAS DO DIREITO, NO RECESSO DA AUTONOMIA	99
CONCLUSÃO	104
REFERÊNCIAS	111

INTRODUÇÃO

Os atuais debates sobre a identidade, no esforço de definir a problemática do reconhecimento e lançar as diretrizes construtivas do prometido Estado democrático de direito, dividem opiniões, que se alinham, grosso modo, em dois lados opostos: os liberais e os comunitaristas. A autonomia – marco inicial da modernidade –, na esteira da superação da comunidade dominada pelo sagrado e pela tradição, manifesta-se, nos dias de hoje, como uma pluralidade aparentemente incontrolável de formas de vida. As possibilidades que os indivíduos têm para escolher o que seja boa vida para si não mais condizem com a limitada e linear liberdade negocial dos liberais clássicos, nem se veem aprisionadas pelo intervencionismo clientelista do Estado social. A convivência de opções religiosas ou laicas, de filiações culturais e étnicas diversas, de manifestações comportamentais díspares, no interior de cada território estatal, demanda a construção de ordens jurídicas capazes de absorvê-la, sem perder a sua integridade normativa.

Nesse enfrentamento imprescindível, os liberais sustentam que o Estado nacional somente conseguirá acolher, com igualdade, as manifestações plurais, se constituir espaço neutro, em que a política e o direito tenham, como autores e destinatários, cidadãos despidos de suas inserções comunitárias. Assim abstraídas, as particularidades culturais e religiosas passariam a ser respeitadas, por força de uma indiferença laica. Trata-se de uma concepção deontológica, que se pretende vazia de qualquer carga valorativa. Busca o justo de todos aplicável a cada um, em detrimento do que seja o “bem” de muitos ou de alguns. Do ponto de vista liberal, portanto, somente se reconhece a pluralidade das formas de vida individuais. Ainda assim, tais particularidades são vistas como um fenômeno da modernidade, incapazes de influenciar a afirmação da normatividade neutra que as permite. Identidades coletivas não são reconhecidas, para fins de tutela, pois não passam de manifestações das opções individuais.

Os comunitaristas, ao contrário, veem no liberalismo político uma reedição da neutralidade impossível do liberalismo clássico. Na visão comunitarista, essa pretendida neutralidade constitui um corte arbitrário na gênese dos estados modernos. O suposto “ponto neutro”, capaz de construir a norma de todos, já é uma

concepção política derivada de um determinado tipo de pensamento, portanto, produto de um desenvolvimento histórico situado. Daí se apontar para uma normatividade jurídica também situada, relativa, concebida ao sabor da concepção dominante do “bem”, em dado território, pela comunidade de valor dominante. E os indivíduos, que igualmente não podem ser abstraídos de sua inserção comunitária, somente conhecem opções de vida atreladas a um senso comunitário que as condiciona. Portanto, no interior de cada Estado nacional, o reconhecimento se dá, em primeiro plano, entre identidades coletivas, donde se conclui que a convivência das diversidades, em última análise, é regida pelas opções valorativas de comunidades hegemônicas. O respeito às comunidades minoritárias, se ele vicejar em determinados países, é concebido sob os limites axiológicos majoritários. De qualquer modo, o reconhecimento destina-se a identidades coletivas, sendo que o respeito à identidade individual é caudatário das inserções comunitárias.

Dentro do que se pode chamar de uma terceira via, que, a um só tempo, considera e repele as duas correntes em disputa, desponta a teoria discursiva da sociedade e do direito. Por tal concepção, não se pode desconsiderar, para a promoção do reconhecimento, a constituição de espaços públicos – políticos e estatais – neutros, diante da convivência, não raro conflituosa, entre comunidades de valor e entre opções individuais que se remetem àquelas ou não. Todavia, não se pode descurar de que a concepção de neutralidade é historicamente situada. Aliás, a construção da autonomia dos indivíduos – concomitante com a dos espaços democráticos que os têm como autores e destinatários de suas deliberações –, em muitos dos seus aspectos, somente foi possível a partir de construções originariamente religiosas. Destacam-se, por exemplo, a concepção cristã da igual dignidade dos indivíduos e o papel da reforma luterana no desenvolvimento da liberdade de consciência.

As comunidades de valor, notadamente as religiosas, pretendem-se compreensivas, ou seja, ditam a trajetória de vida de cada integrante, em todos os seus aspectos, incluindo posições que se tornam polêmicas em debates públicos – como, por exemplo, no que diz respeito à eutanásia, ao aborto, a experimentos biogenéticos, à pena de morte etc. Desse modo, os espaços políticos e estatais neutros, se concebidos como imposição laica, mitigariam sobremodo a plena

participação de integrantes de comunidades de valor antigas. Impedidos de concorrer com posições que lhes são essenciais, estariam excluídos do debate. Conseqüentemente, os espaços público-políticos restariam subtraídos em legitimidade, incapazes de promover um âmbito inclusivo de reconhecimento recíproco de liberdades comunicativas. Contudo, o preço a ser pago pelos integrantes de comunidades de valor para ingressar ativamente em espaços públicos não deve exceder o compromisso de traduzir suas concepções em linguagem desprovida de substratos valorativos comunitários, a fim de que todos as compreendam e sobre elas possam lançar pretensões de validade.

Já no que se refere ao comunitarismo e às construções axiológicas em geral, a teoria discursiva argumenta que a precedência – para fins de reconhecimento – das identidades coletivas destruiria, na origem, a razão de ser do próprio reconhecimento. Na modernidade, somente subsistem comunidades de valor a partir de opções individuais. A autonomia diz da capacidade do indivíduo de agir reflexivamente sobre as bases comunitárias que o formaram, seja para reafirmá-las, seja para deixá-las. Embora não se despreze o reconhecimento de identidades coletivas, estas são tributárias do reconhecimento individual, não lhes sendo dado, pelo menos na esteira da construção do Estado democrático de direito, valer-se de nenhum meio coercitivo para se impor sobre as opções dos indivíduos. É irrecusável que a aquisição moderna da autonomia individual assenta o marco da pretensão democrática universal, pois é a partir dela que se pode conceber o fundamento da própria soberania popular. Não faria sentido o povo soberano, sem se conceber que os indivíduos são as unidades irreduzíveis e sensíveis que o constituem, como autores e destinatários do que se convencionou denominar vontade geral. Sustentar a autonomia individual como “valor jurídico” de uma ou outra comunidade – ainda que de muitas comunidades territorialmente hegemônicas –, ou seja, mera construção situada, é falar de lugar nenhum, ou de um lugar – um Estado – qualquer que não pretenda ser nem de direito e muito menos democrático. Em suma, a autonomia individual, na perspectiva de construção do Estado democrático de direito, impõe-se, no nascedouro, como pretensão universal, não se sujeitando à revogação de uma dada vontade hegemônica, sob pena de não se estar falando de Estado democrático de direito.

Adotando o marco da teoria discursiva do direito, este trabalho procura refletir sobre a afirmação da identidade individual no mundo moderno. O propósito central é definir os limites da intervenção do direito diante da identidade individual, concebida como âmbito potestativo, entregue à exclusiva e desvigiada fruição do sujeito.

Para suprir as deficiências cognitiva e motivacional – que relegam a moral pós-convencional, incapaz de regular condutas, ao plano do saber –, a especificação discursiva do direito circunscreve artificialmente o campo de atribuição recíproca de direitos. Os indivíduos, assim circunscritos, definem-se como sujeitos de direito, restringindo tal reciprocidade às qualificações que se atribuem – proprietário, contratante, trabalhador, consumidor etc. Trata-se de uma restrição marcada pela razão comunicativa: os direitos, por serem reciprocamente reconhecidos, geram liames jurídicos irrecusáveis. Desse modo, pretensões de validade vitoriosas, sustentadas sob o princípio do discurso, impõem-se a todos, que não podem deixar de se reconhecer, a um só tempo, como autores e destinatários das normas assim produzidas.

A identidade individual que se pretendeu delinear afirma-se como instância potestativa liberada pela construção discursiva do direito na esteira do desmantelamento das bases pré-modernas do sagrado e da tradição. O discurso jurídico depara-se com a demanda crescente de estabilização da vida social, ocupando os espaços deixados pela dissolução da compreensibilidade das comunidades de valor antigas. Mas é precisamente essa dissolução que, minando a coercibilidade de preceitos comunitários hegemônicos, dá lugar à expansão – hoje, vertiginosa – de concepções particularíssimas dos indivíduos sobre o que seja a vida boa para si. Esse fenômeno – uma miríade de valores, motivações, paixões, afetos etc – constitui, precisamente, a causa da insuficiência da moral pós-convencional para regular condutas.

Consequentemente, a comunidade artificial dos sujeitos de direito, por definição, não pode reconhecer nas opções valorativas individuais e nas interações comunitárias ou naturais que elas engendram senão um âmbito potestativo, do qual não nascem vínculos jurídicos. Nesse plano de interações naturais (em oposição a relações jurídicas – artificiais), a tutela jurídica restringe-se a garantir

extrinsecamente a convivência das esferas potestativas, nas quais se realizam as identidades individuais.

Observe-se que, embora se tenha passado em essencial revista pelos aspectos elementares da ampla discussão a respeito do reconhecimento, o trabalho apresenta abordagem diversa. O debate, predominantemente, volta-se para a afirmação positiva de identidades individuais e/ou coletivas nos espaços políticos, conforme se trate de liberais, comunitaristas, ou crítico-deliberativos (teoria do discurso – procedimentalismo). São frequentes, a propósito, os questionamentos sobre temas relacionados ao igual acesso à participação na formação da ordem jurídica, ao tratamento não discriminatório contra minorias religiosas no exercício dos seus hábitos e rituais, contra minorias políticas ou, ainda, segundo o sexo ou orientação sexual. O texto a seguir toma esse debate como ponto de partida. Mas centraliza-se na afirmação negativa das identidades individuais, concebendo-as, ao final, como âmbito impermeável à apropriação jurídica. É dizer que a identidade individual afirma-se a partir do aprimoramento moderno do discurso do direito, mas dele se desprende como espaço de fruição dos bens da vida, os quais somente são percebidos pelo direito e, por conseguinte, somente toleram a sua intervenção, quando se deparam com a lesão, ou a ameaça de lesão.

Como o título sugere, as reflexões sobre a identidade individual tomaram como referência a trajetória do tratamento jurídico da família. A escolha não foi casual. Os principais preceitos religiosos sobre a família, a despeito das pretensões laicas já presentes nos primeiros movimentos constitucionais da modernidade (final do século XVIII) e da estrutura nuclear da família burguesa emergente, foram transmitidos textualmente ao direito positivo: o exclusivismo da família matrimonial, a condição inferior e submissa da mulher diante do homem, a subordinação dos filhos à autoridade arbitrária do pai, a exclusão de filhos não concebidos no casamento, a normatização de relações de parentesco etc. O matrimônio como via única de constituição da família, com os consectários de exclusão e submissão, persistiu no Brasil até as últimas décadas do século XX, quando se instaurou, pela Constituição de 1988, numa pretendida pluralidade, outras formas familiares.

A juridificação (expressão de Habermas) do fenômeno comunitário definido como família, desse modo, significa a última manifestação da instrumentalização do direito por uma comunidade religiosa antiga – a cristã, especialmente na vertente católica. Daí a condição emblemática que justifica a sua abordagem como contraponto à afirmação progressiva da identidade individual. Foi justamente a dinâmica dessa contraposição – ambientada na implementação discursiva do direito sobre os vácuos de convicção abertos pelo desmantelamento das comunidades antigas – que permitiu responder às três questões centrais deste trabalho, enfrentadas nos três capítulos anteriores ao capítulo conclusivo. São elas: 1) De que modo a afirmação da identidade individual impõe limites ao direito? 2) Qual é o papel que resta ao direito, na tutela da família, à vista dos limites impostos pela dita identidade? 3) A superação do exclusivismo da família matrimonial pela Constituição de 1988 eliminou os resíduos do sagrado no tratamento do direito positivo sobre a família?

Precedem as respostas centrais três capítulos, com abordagens intermediárias, mas importantes para perfazer o quadro problemático fundamental. O Capítulo 1 dedica-se a expor, de forma bastante sintética, o entrelaçamento original entre o sagrado e o regramento jurídico da família, do patriarcalismo romano à família matrimonial cristã. O capítulo encerra-se com um breve relato sobre os movimentos políticos e filosóficos que precipitaram o surgimento do indivíduo autônomo, marco inaugural da dissolução da compreensibilidade da comunidade religiosa dominante. Com isso, lança-se a questão específica do indivíduo autônomo diante da família – fato da comunidade institucionalizado pela autoridade tradicional (Igreja), com a seletividade própria aos preceitos religiosos excludentes.

O Capítulo 2 reflete sobre as razões que permitiram a transmissão textual dos preceitos religiosos ao tratamento jurídico da família moderna, a despeito das pretensões declaradamente laicas dos primeiros movimentos constitucionais. O desenvolvimento desse capítulo girou em torno da conjugação entre a universalização do contrato pela razão prática (final do século XVIII – início do século XIX) e a própria persistência das bases de convicção não problemáticas. Pleiteia-se que a contratualização de relações conjugais – refletindo a incompreensão da dimensão irreduzível da individualidade – e a oposição

institucionalista, inspirada em pretensões comunitárias religiosas, instauraram na dogmática do direito uma falsa consciência em torno do enquadramento jurídico do casamento e, conseqüentemente, da família matrimonial. Esse destaque importa, na medida em que, até hoje, todos os pensadores do direito de família – sobretudo à luz do onipresente “direito constitucional” de família – ainda se envolvem no debate improdutivo sobre a natureza jurídica do casamento. Cuida-se de uma falsa dicotomia entre o contrato e a instituição, a qual, não raro, transforma-se no igualmente falso amálgama, designado contrato especial ou negócio jurídico sem feição patrimonial. A surpreendente persistência dessa polêmica, mesmo em textos posteriores ao advento da Constituição brasileira de 1988, revela, já no contexto dos capítulos conclusivos, a indiferença, quanto ao papel da identidade individual no estabelecimento de limites à apropriação jurídica.

O Capítulo 3 dedica-se à exposição da trajetória afirmativa da identidade individual. Caminha-se da dissolução da compreensibilidade das comunidades de valor antigas ao incremento do debate nos espaços público-políticos, pelo aparecimento de minorias políticas – mulheres e, mais recentemente, homossexuais. Embora seja impreciso atribuir exclusivamente a esses grupos minoritários o aprimoramento da identidade individual, eles também se revelam emblemáticos para o tema. São organizações que se formam para reivindicar a remoção de obstáculos sociais (preconceito e discriminação) constituídos a propósito das condutas singulares de seus integrantes. Como estes, enquanto tais, não pertencem a comunidades de valor antigas, voltadas, em primeiro plano, para a afirmação de identidades coletivas, as suas reivindicações já trazem a nota da singularidade, portanto, da identidade individual.

A motivação e o propósito deste trabalho podem ser sintetizados na proposta interpretativa lançada nos capítulos 5, 6 e 7. Impõe-se examinar os enunciados constitucionais relativos à família com o olhar restritivo de quem vislumbra a identidade individual como efetivo limite à intervenção do direito, ou seja, o âmbito potestativo, de que não podem surgir vínculos jurídicos. Somente a resultante interpretativa de caráter restritivo dessa positivação poderá deter o preocupante preenchimento dos vazios deixados pela superação de resíduos religiosos por fundamentos principiológicos igualmente estranhos ao direito, tais como a

solidariedade e o afeto. O recurso a tais categorias – que pertencem exatamente à singularidade incoercível do indivíduo – para criar liames jurídicos significa utilizar manifestações de liberdade como sucedâneos da instrumentalização religiosa do direito.

Na Constituição brasileira, nascida sob a hegemonia de uma tradição comunitarista de matriz predominantemente ibérica, o tratamento constitucional da família, sob os auspícios de uma construção doutrinária e jurisprudencial pautada em valores, mitiga a afirmação do discurso jurídico, no que se refere às pretensões de realização do Estado democrático de direito.

Os enunciados constitucionais sobre a família (artigos 226 e seguintes da CF), a despeito do manifesto acolhimento da pluralidade, são os primeiros a frustrá-la, pois tributários do modelo da família matrimonial cristã. Conforme se verá, a própria juridificação dos modos de constituir a família, tomada nesta exposição como um inumerável fenômeno comunitário, já constitui uma negação da pluralidade e, conseqüentemente, da identidade individual. E a tradição do direito de família, absorvida irrefletidamente pela legislação infraconstitucional, incumbe-se de ampliar, não raro inconstitucionalmente, o alcance dessa indevida apropriação jurídica da esfera potestativa que abriga a individualidade.

Não bastasse o empecilho que essa positivação impõe ao reconhecimento intersubjetivo da autonomia, aqui tido como expressão universal do justo, a axiologia da “dignidade da pessoa humana”, nas suas manifestações doutrinárias e pretorianas, incumbe-se de submeter o fenômeno família à eletividade ideológica dos operadores do direito. É certo que as correntes de pensamento atreladas a princípios-valores, às vezes, repelem, à luz da Constituição, a existência de resíduos pré-modernos em alguns enunciados codificados pertinentes à família, os quais atentam contra a intimidade e a personalidade – por exemplo, a persistência de hipóteses culposas que condicionam a dissolução da sociedade conjugal. Não obstante, celebram a constitucionalidade, com ampliações inauditas, de “obrigações” nascidas de foros não menos íntimos.

De relações regidas por afetos e desafetos, usualmente endossadas por gastas relações de parentesco, nascem obrigações alimentícias, direitos

patrimoniais e indenizações. Pessoas capazes podem se pedir alimentos. Até a afeição que pode deixar de existir entre ex-cônjuges, após o divórcio, pela evocação de uma solidariedade paradoxalmente obrigatória – uma declaração simbólica alçada a princípio jurídico –, pode fundamentar o dever de sustento material. Basta, para tanto, que assim o recomende a “sensibilidade” do juiz diante de um “caso concreto”: quando a “motivação” da sentença é a declaração, muitas vezes incontrolável, das preferências valorativas do magistrado.

Os afetos e a solidariedade, que nenhuma relação guardam com o direito – ou seja, com a artificial convivência de iguais espaços de liberdade reciprocamente atribuídos – surpreendem o indivíduo livre. Aquelas expressões, polissêmicas ao infinito, afetam projetos de realização individual (egoístas ou altruístas, não importa, pois não é dado ao direito qualificá-los), ao sabor das inclinações ideológicas do julgador. Exemplificando, em um processo de separação, o magistrado religioso e iliberal, aferrado às suas convicções, adotará posição restritiva para dissolver o matrimônio, ao passo que o “liberal” e “progressista” declarará, em uma inacreditável clarividência, o “fim do amor” e atribuirá a essa declaração “consequências jurídicas”. A motivação não se justifica, no sentido de que seus argumentos possam ser conhecidos e, conseqüentemente, lançados à discussão, sob padrões universalizantes de linguagem. Trata-se, antes, de uma “comunicação” nas entrelinhas, por meio da qual o julgador, na melhor das hipóteses, espera que os seus valores coincidam com aqueles já aceitos, sem motivação, por uma comunidade de valor hegemônica.

Diante desse quadro de perturbação – senão de negação – do discurso jurídico, a pretensão fundamental deste trabalho é dar uma pequena contribuição à construção de mais um capítulo do resgate da racionalidade no direito. Com isso, espera-se que o âmbito potestativo inerente à autonomia individual não seja tratado como benesse ocasional distribuída por um Estado qualquer. Antes, deve ser vista como justa, pois pactuada, a assunção dos ônus e bônus que o enfrentamento da modernidade impõe aos relacionamentos entre os indivíduos – do consenso à coerção.

CAPÍTULO 1. AS ORIGENS PRÉ-MODERNAS DA FAMÍLIA DIANTE DAS QUESTÕES POSTAS PELA MODERNIDADE (O SURGIMENTO DO INDIVÍDUO AUTÔNOMO)

Expresso de forma sintética, o caminhar da humanidade, do ponto de vista procedimentalista de raiz habermasiana, divide-se em três fases: o Direito revelado (pré-convencional), o Direito tradicional (convencional) e o Direito moderno

(convencional e pós-convencional).¹ No decorrer das duas primeiras fases, ressalvada certa evolução de uma para a outra, o “indivíduo” não tinha expressão própria. A comunidade, amalgamada por convicções sagradas inquestionáveis (Direito revelado) e por uma eticidade calcada em tradições imemoriais, também originadas do sagrado (Direito tradicional), determinava as formas de vida dos seus integrantes. Na vivência comunitária, que precede o surgimento do indivíduo da modernidade, a condição de mero reflexo da eticidade do grupo cingia o indivíduo à adesão acrítica a um padrão de conduta espontânea e automaticamente aceita pela coletividade a que pertencia. A concepção do que seja o “bem” para cada um somente tinha sentido se se identificasse com os valores compartilhados. Assim, o universo comunitário caracterizava-se pela baixa transcendência, embora tenha experimentado embrionária evolução quando se concebeu, para além da

¹ No que se refere às fases da evolução das sociedades, Habermas baseou-se, criticamente, na divisão weberiana: Direito revelado, Direito tradicional e Direito moderno. No entanto, para Weber, a sucessão de tais etapas não espelhava uma evolução moral dos indivíduos e da sociedade. O sociólogo alemão assimilava a moral à eticidade estabelecida pelas instituições pré-modernas, cujos valores pautavam a vida dos indivíduos, contando com sua adesão irrefletida. Assim, a dissolução dessas instituições e sua substituição pelos sistemas do capital e do poder burocrático, ao invés de fomentar a afirmação de indivíduos autônomos, aptos à construção intersubjetiva da normatividade, fez surgir atores cingidos a estreitas esferas do agir estratégico (o agir voltado a fins – razão instrumental), incapazes de superar as imposições sistêmicas. Habermas, ao contrário, redireciona tal trajetória, convencido da ontogênese da consciência moral, ou seja, da evolução dos indivíduos e das sociedades para estágios marcados pelo maior esclarecimento e, conseqüentemente, maior autonomia. Habermas inspira-se, sobretudo, na psicologia evolutiva de Lawrence Kohlberg, psicólogo americano, discípulo de Jean Piaget, para quem as interações do indivíduo com o meio fazem-no ascender da primitiva fase da heteronomia (criança) para a progressiva assunção de capacidades autônomas. Segundo Barbara Freitag: "Em sua nova formulação da teoria dos seis estágios, Kohlberg distingue três grandes níveis de moralidade: o pré-convencional, o convencional e o pós-convencional. No nível pré-convencional, são diferenciados dois estágios: o estágio 1 (a moralidade heterônoma), e o estágio 2 (individualismo, intenção instrumental e troca). Neste nível a criança é sensível às regras sociais, distingue o bem e o mal, o certo e o errado, mas interpreta essas caracterizações ou como conseqüências físicas ou hedonísticas da ação (punição, recompensa, troca de favores), ou como poder físico dos que formulam as leis e definem o bem, o mal, o certo, o errado. No nível convencional, Kohlberg diferencia o estágio 3 (expectativas interpessoais, relações e conformidade interpessoal) e o estágio 4 (sistema social e consciência). Neste nível é considerado valioso em si preservar as expectativas da família, do grupo ou da nação a que pertence o sujeito. Trata-se não de mera conformidade mas de lealdade para com as expectativas pessoais e a ordem social. Trata-se de preservar, apoiar e justificar essa ordem, identificando-se com as pessoas e os grupos que a compõem. No nível pós-convencional ou nível regulado por princípios, são distinguidos os estágios 5 (contrato social ou utilidade e direitos individuais) e 6 (princípios éticos universais). Neste nível, há o esforço visível de definir valores e princípios morais que tenham validade independentemente da autoridade de grupos ou pessoas que os sustentem e independentemente da identificação do sujeito com essas pessoas ou grupos" (FREITAG. *Itinerários de Antígona: A Questão da Moralidade*, 1992, p. 203).

horizontalidade em que se resolviam os conflitos de interesses (a vingança), um terceiro imparcial para solucioná-los.²

Na primeira fase, não se cogitava a norma objetiva. O direito revelado, afeito ao estágio pré-convencional, era presidido por uma ética baseada na magia, que, por sua vez, determinava todos os aspectos das condutas individuais. Desconhecia-se a norma como referência geral e impositiva da ação, pois esta e aquela compunham o mesmo e particular universo comunitário permeado por crenças incontestáveis, no qual a própria conduta humana e a atuação das forças naturais metiam-se num todo homogêneo de causalidade, de molde a impedir o surgimento da responsabilidade individual por atos ilícitos.

A indistinção entre norma e ação fazia impossível o julgamento de atos humanos à luz de uma estrutura normativa. Não havendo, portanto, uma autoridade heterônoma constituída para a resolução jurídica dos conflitos, os interesses contrapostos reclamavam solução pelas formas pré-processuais da autocomposição, da autotutela e da vingança. Recorria-se, também, ao árbitro, mas isso não significava coercitividade a partir de normas abstratas e a validade da solução proposta dependia da aceitação dos litigantes. Os sacrifícios ritualizados, por meio dos quais a comunidade respondia a agressões ao ordenamento sacralizado, não representavam emanações de uma autoridade reconhecida e diferenciada.

² Luiz Moreira, para ilustrar a referida evolução, toma o exemplo da Grécia antiga: “No mito grego, na Eumênides de Ésquilo, ocorrerá a passagem da vingança à solução imparcial do conflito, com a intervenção de Palas Atena, pedindo ao titular da vingança que permita que a própria comunidade defina como justiça a penalidade. No mito, as Fúrias, deusas ancestrais, caso haja impossibilidade de a parte levar a vingança a termo, providenciarão sua execução. Tal é a solução porque a vingança é inexorável, uma vez que ela necessariamente precisa ocorrer. Eis que, súbito, há a intervenção da deusa da razão, solicitando uma solução distinta para a permanente incapacidade de resolução dos crimes de sangue. Da inexorabilidade da vingança surgirá a transcendência da solução imparcial ocorrida com a instalação do tribunal e a sua respectiva decisão justa. No mito, os crimes de sangue passam a obter solução, mediante a intervenção da comunidade, tentando obter a justiça na decisão. Cabe à deusa da razão, Atenas (ou Minerva para os romanos), o voto de desempate, pois, como não pertence à comunidade, ela encarnaria, por excelência, a imparcialidade. É assim que, simbolicamente, a imparcialidade passará a ser reivindicada como medida de racionalidade adotada pelo voto de Minerva, toda vez que a comunidade estiver cindida em suas controvérsias. Caberá a Minerva desempatar, pois não sendo parte na demanda, poderá ela conferir, à decisão, a justiça própria da imparcialidade” (MOREIRA. *A Constituição como simulacro*. 2007, p. 66).

Nessa integração entre natureza e cultura, propiciada pela onipresença do sagrado, apenas os resultados das ações eram considerados, em detrimento da vontade dos agentes. Assim, com a objetivação do dano, a pena prestava-se a compensar os prejuízos dele decorrentes, visando ao restabelecimento da situação anterior. Não se cogitava apenar a conduta atribuída ao indivíduo, importando, antes, afastar da comunidade o perigo difuso inerente ao ilícito. Naquelas comunidades, a autoridade, na visão de Habermas, aparecia numa forma ambivalente, ou seja, inculcava, ao mesmo tempo, medo e entusiasmo nos indivíduos, promovendo a fusão entre facticidade e validade. A falta de diferenciação entre norma e ação, conducente à ausência de procedimentos de aplicação e de autoridade heterônoma incumbida de julgar casos concretos, devia-se a “uma coercitividade difusa”, característica de ordenamentos primitivos, a qual se manifestava pelo comportamento homogêneo dos indivíduos ou nos rituais religiosos.

Com a emergência do direito tradicional, correlato ao nível moral convencional, insinua-se a objetivação da norma, abstrata e geral, diferenciando-se, desse modo, da ação. Tal diferenciação traz à norma a característica basilar de orientadora de condutas, de onde se desenvolvem os procedimentos de aplicação do direito. Esse processo desenrola-se no mesmo compasso da centralização do poder, da organização estatal da sociedade e da afirmação de uma autoridade heterônoma incumbida de dizer e aplicar as normas jurídicas. Do ponto de vista individual, a distinção entre norma e ação traz a noção de responsabilidade subjetiva, permitindo o julgamento dos atos ilícitos com referência à intenção do infrator, que se agrega ao primitivo e exclusivo enfoque do resultado danoso. Mesmo assim, direito, moral e ética aparecem indistintos entre si, pois integrados pelo sagrado. Cria-se uma correspondência entre a ordem normativa sacralizada e o poder político, na qual o direito sacro legitima o uso dos meios coercitivos detidos pelo Estado, enquanto este, na facticidade do exercício do poder, garante a integridade do direito tradicional assentado sobre os postulados da religião hegemônica.³

³ Acerca dos estágios de evolução do direito, na visão habermasiana, recorreu-se à síntese formulada por Marcelo Neves (NEVES. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 2008, p. 53/58).

A eticidade, a moral e o direito, a despeito de uma incipiente diferenciação, que começou a se exprimir especialmente entre gregos e romanos na Antiguidade Clássica, não se desvincularam do onipresente simbolismo do sagrado. Nessa realidade, a família, pelo menos numa abordagem específica das sociedades ocidentais, assumiu papel fundamental na reprodução comunitária. A experiência greco-romana teve a vida comunitária estruturada em torno da família. Mas, diferentemente da família matrimonial moderna – diretamente derivada da concepção cristã –, na ampla entidade familiar da Antiguidade ocidental, não preponderavam aspectos “biológicos”: o matrimônio não fundava a família. A vida dos seus membros desenvolvia-se em torno do culto aos ascendentes, tornados deuses, podendo-se afirmar que a principal razão de ser do grupo familiar era a perpetuação da religião doméstica. Esta, por sua vez, consistia em rituais destinados a garantir o bem estar dos antepassados na vida após a morte. No exemplo dos romanos do período arcaico, o *pater familias* garantia a continuidade do culto, com absolutos poderes, por exemplo, de vida e de morte sobre os membros do grupo e de reconhecimento de filhos ou seu repúdio, a demonstrar a ínfima importância do fato biológico do nascimento. Em sua fundamental obra, Fustel de Coulanges afirma que:

A religião fez com que a família formasse um corpo nesta e na outra vida. A família antiga é assim associação religiosa, mais que associação natural. (...) Sem dúvida, não foi a religião que fundou a família, mas seguramente foi a religião que lhe deu as suas regras, daí resultando receber a família antiga constituição muito diferente da que teria tido se os sentimentos naturais dos homens tivessem sido seus únicos causadores. (...) A família era assim um grupo de pessoas a quem a religião permitia invocar o mesmo lar e oferecer refeição fúnebre aos mesmos antepassados.⁴

O desconhecimento da singularidade do indivíduo, traço comum das fases pré-modernas, caracterizava-se, na vida romana pré-clássica, pela sua assimilação a essa instituição totalizante e excludente, síntese da comunidade de então – núcleo, a um só tempo, religioso, político, jurídico e econômico. Seu incontestável poder somente foi superado paulatinamente, em fases posteriores, em que a

⁴ FUSTEL DE COULANGES. *A cidade antiga*. 2000, p. 36/37.

autoridade absoluta do chefe da família foi sendo esvaziada pela centralização do poder nas instituições estatais. Segundo Eugène Petit:

A constituição da família romana, assim entendida, está caracterizada pelo traço dominante do regime *patriarcal*: a soberania do *pai* ou do avô paterno. Dono absoluto das pessoas colocadas sob sua autoridade, o chefe de família ajusta à sua maneira a composição: pode excluir seus descendentes pela emancipação; pode também, pela adoção, fazer ingressar algum estrangeiro. Seu poder estende-se até às coisas: todas as suas aquisições e as dos membros da família concentram-se em um único patrimônio, sobre o qual somente ele exerce os direitos de proprietário, durante toda a sua vida. Por fim, o *pater familias* executa, como sacerdote de deuses, domésticos, as *sacra privata*, as cerimônias do culto privado, que têm por objetivo assegurar à família a proteção dos ascendentes mortos.

Essa organização, que tem por base a primazia do pai, e na qual a mãe não se destina a nenhum papel, é do tempo da origem de Roma, tendo ficado intacta durante vários séculos. Modificou-se muito lentamente, principalmente no Baixo Império, em que a autoridade do chefe chegou a ser menos absoluta.⁵

Com a cristianização da civilização romana, o exclusivismo da antiga família politeísta, que se refletia na própria comunidade – com suas divindades próprias e territorializadas, contrapostas às de outros povos –, foi superado. O monoteísmo universalista, explicitado na mensagem cristã, não mais comportava a exclusão apriorística de povos e a fé mostrava-se acessível a todos por meio da conversão. O convertido, pela recepção dos sacramentos, passava a pertencer à comunidade religiosa, comungando as convicções salvíficas dos demais membros. A exclusão, todavia, fazia-se presente, tendo sede, precisamente, na família matrimonial e monogâmica. A propósito, sob a influência, inclusive, de um negativismo sexual de raiz pagã,⁶ o cristianismo instituiu o matrimônio indissolúvel como única forma de

⁵ PETIT. *Tratado Elementar de Direito Romano*. 2003. p. 119/120.

⁶ Uta Ranke-Heinemann sustenta que o pessimismo sexual – com derivação na virtude da castidade –, ao contrário do entendimento comum (que atribui aos cristãos o feito de disseminar a continência e a castidade entre os pagãos licenciosos), já se fazia presente nas concepções pagãs, com destaque para o estoicismo. No entanto, entre os pagãos, as razões predominantes eram relacionadas à saúde do indivíduo; já para os primeiros cristãos, residiam no caráter pecaminoso do ato sexual. A mesma autora demonstra que as duas principais influências sobre a concepção cristã tiveram origem nos entendimentos estoico e neoplatônico, aliados ao movimento religioso gnóstico, de procedência persa, que expressava profundo despreço pela vida mundana, postulando a inferioridade de tudo o que existe. Ela observou, ainda, que o negativismo em relação às coisas do mundo, inclusive a sexualidade, não estava presente no judaísmo, pelo menos até que essa religião

constituição da família, sendo voltado à procriação e à celebração leiga do amor divino. A repulsa à sexualidade, inspiração dos primeiros padres da Igreja, norteou a interpretação das Escrituras, propiciando, entre outras consequências, a consolidação dos pilares da entidade familiar, alguns dos quais já presentes na antiga família romana, sob outras condições: a permanência da figura masculina como autoridade doméstica, a submissão da mulher, os impedimentos matrimoniais, a denegação de direitos familiares e hereditários aos filhos havidos de relações extraconjugais etc.⁷ Evidentemente, não se quer afirmar, aqui, que a religião cristã criou a família matrimonial em todas as suas dimensões, impondo-a aos indivíduos. As origens certamente são sagradas, por tudo que já se expôs acerca da onipresença do sagrado na vida de comunidades arcaicas. A família é um fenômeno cultural, comunitário. O que se destaca é a assunção, pela Igreja, referência normativa do sagrado no período tradicional (Direito tradicional), da sistematização teológica e moral de inclinações comunitárias há muito existentes, conforme documentam os livros sagrados por ela adotados.

A família diminuiu, caminhando para a atual estrutura nuclear. Não mais se tratava, diversamente da civilização arcaica, de uma instituição totalizante. Além do processo de centralização do poder já verificado no decorrer do período clássico, o poder eclesiástico, nos últimos tempos do Império Romano, começou a assumir progressivamente a centralidade política e religiosa que lhe possibilitou tutelar o poder secular e engendrar diretamente o conteúdo simbólico de sua legitimação entre o início da Idade Média e o começo da Modernidade. As concepções cristãs

também sofresse as influências gnósticas (RANKE-HEINEMANN. *Eunucos pelo reino de Deus – mulheres, sexualidade e igreja católica*. 1999, p. 21/32).

⁷ Também sobre a trajetória da família, no que se refere à inferiorização da mulher, Caio Mário da Silva Pereira anota: “Organizada esta [a família] sobre base patriarcal, como ocorria nas sociedades primitivas, a civilização romana colocava a mulher em plano secundário. Não lhe reconhecia equiparação de direitos ao homem propter sexus infirmitatem et ignoratiam rerum forensium. Como filha, era sempre incapaz, sem pecúlio próprio, sem independência, alieni iuris. [...] Não obstante o espiritualismo que ao Direito Romano trouxe o Cristianismo, a condição jurídica da mulher permaneceu, por toda a Idade Média e boa parte da Idade Moderna, inteiramente estática. Estática, quer dizer, inferiorizada. Mesmo nos tempos contemporâneos, a elaboração jurídica do século passado e deste século, mesmo os Códigos modernos não tiveram a coragem de romper as barreiras dos preconceitos, e consagraram idéias que pouca diferença faziam dos pré-juízos quirritários. Se a mulher era socialmente prestigiada, juridicamente lhe faltava a equiparação que a libertasse das malhas de um patriarcalismo deslocado no tempo e no espaço. Mas que persistia e durava” (PEREIRA. *Instituições de Direito Civil*. 1996, p. 5).

acerca do bem, com suas pretensões universalizantes, encontraram eco incontestável na comunidade, passando a nortear as condutas individuais e a sancionar os eventuais dissensos por meio do foro externo – Justiça eclesiástica e secular – e do foro interno – o controle da consciência do crente, através da realização dos sacramentos, sobretudo da confissão.⁸

Dois movimentos que tiveram curso entre o fim da Idade Média e o início da Modernidade marcaram o início da ruptura da vida comunitária e o surgimento do indivíduo que conhecemos, como unidade crítica, existencial e transformadora da realidade: a reforma protestante e as grandes navegações.

A reforma protestante, que atingiu o seu ápice no século XVI, com os escritos e a atividade política de Martin Lutero, abalou irremediavelmente a autoridade institucional e simbólica da Igreja, pelo menos como referência axiológica única da comunidade de crentes. Até então, a Igreja romana monopolizava a interpretação das escrituras, emitindo, de forma incontestável, os valores que informavam as consciências e ditavam a conduta dos indivíduos no sentido da mensagem salvífica. Como aparato institucional, a Igreja obstava os eventuais dissensos, concorrendo com o poder secular no exercício da jurisdição. No foro da consciência, por meio dos sacramentos administrados pelos sacerdotes, garantia a adesão íntima de cada fiel à simbologia da fé e, conseqüentemente, a homogeneidade das condutas individuais. No processo de ruptura com esse edifício institucional e simbólico, duas teses luteranas merecem destaque: o solifideísmo, ou salvação exclusivamente pela fé, e a objeção radical à pretensão da Igreja de exercer jurisdição temporal.⁹

Opondo-se frontalmente à posição tomista – estruturante de toda a visão cristã medieval –, segundo a qual as leis de Deus são acessíveis ao conhecimento e à prática, habilitando o fiel à salvação, Lutero objeta que a natureza humana caracteriza-se a partir do evento bíblico da queda, estando, portanto, fadada ao pecado e sem acesso cognitivo às leis divinas. Então, submetido a um Deus de dupla natureza, uma explicitada nas Escrituras, e outra oculta, definida pela sua eternidade, imutabilidade e intangibilidade, resta ao indivíduo apenas obedecer aos

⁸ MOREIRA. *A Constituição como simulacro*, 2007, p.75.

⁹ MOREIRA. *A Constituição como simulacro*. 2007, p. 4-5.

ditames bíblicos postos, não lhe sendo dado questionar a sua compatibilidade com a Justiça, foro reservado ao Deus *Absconditus*:

Essa ideia de uma servidão humana ao pecado obriga Lutero a ler sem nenhuma esperança a relação entre o homem e Deus. Vê-se forçado a reconhecer que, não estando a nosso alcance sondar a natureza e a vontade divinas, Suas ordens sempre hão de parecer-nos inescrutáveis. [...] insiste em que os mandamentos de Deus devem ser obedecidos não porque nos pareçam justos, mas simplesmente por ser a ordem de Deus. Uma tal contestação às teses tomistas e humanísticas, que entendiam Deus como um legislador racional, assume assim a forma da doutrina – tipicamente luterana – da dupla natureza de Deus.¹⁰

Uma das consequências do solifideísmo é o esvaziamento da legitimidade da Igreja, na sua posição de instituição intermediária entre a divindade e o crente. Dado que a salvação se dá como graça divina, cujas razões são intangíveis aos indivíduos e, conseqüentemente, à Igreja, instituição humana, não se lhe permite monopolizar a interpretação bíblica e, tampouco, conceder a salvação. Por meio da tradução revista da palavra grega *ecclesia* – antes definida pelos padres católicos como instituição – Lutero selou a insustentabilidade da pretensão mediadora da Igreja. Tomada, desde então, como congregação, era, segundo a interpretação luterana, desprovida de existência real, configurando uma comunidade de fiéis, reunidos pela fé cristã. A concepção de “congregação de fiéis” termina por desqualificar a Igreja também como aparato institucional temporal, na medida em que a tem como incompetente para presidir a comunidade e, igualmente, para o exercício jurisdicional sobre questões seculares.

A despeito da inspiração religiosa dos escritos de Lutero, a dissolução, pelo movimento protestante, da ideia salvífica como monopólio axiológico e orgânico da Igreja em relação aos fiéis instituiu as concepções de igualdade e individualismo que caracterizarão a modernidade, paralelas, respectivamente, à igual possibilidade de salvação e à busca individual – sem a intermediação comunitária – da graça exclusivamente pela fé.¹¹

¹⁰ SKINER. *As fundações do pensamento político moderno*. 1996, p. 287.

¹¹ MOREIRA. *A Constituição como simulacro*. 2007, p. 5.

Com a progressiva desconstituição das manifestações temporais do poder da Igreja, tanto conteudísticas quanto institucionais, inaugura-se o processo por meio do qual surgirá a demanda crescente por uma normatividade laica. O ente heterônomo titular do poder temporal, cada vez mais despido do lastro de elementos – outrora inquestionáveis – do sagrado e da tradição, faz-se Estado nacional, de quem se reclama o exercício soberano da dicção do direito sobre um determinado território. E o direito, positivando-se, especifica-se: distingue-se da eticidade comunitária matizada pela religião e pelas tradições imemoriais, passando, paulatinamente, a legitimar-se pela justificação *a posteriori*.

Na esteira da superação da comunidade pré-moderna, agrega-se à reforma o episódio das grandes navegações. Por meio destas, rompe-se o isolamento dos povos, abrindo-se outra via profícua de dissolução da unidade valorativa que caracterizava a sociedade europeia medieval. Além disso, o acúmulo de riquezas decorrente de tal processo municia o Estado nacional com os meios materiais para fazer valer o poder soberano, seja diante dos súditos, seja diante dos outros estados.¹²

Assim, o surgimento do indivíduo (autonomia individual), de um lado, e do Estado nacional, de outro, produz a dualidade fundamental sujeito/Estado. Nesta, o indivíduo, no mesmo passo em que se vê libertado (ou abandonado) da comodidade de uma existência previamente definida pelo sagrado e pela tradição, depara-se com o semelhante. E este não é mais o integrante previsível de uma monolítica comunidade de valor. Constitui alteridade potencialmente conflitante, a desafiar a construção de regras de convivência para o futuro, na medida em que se dissolvem os referenciais valorativos remanescentes da pré-modernidade. Transforma-se, então, o indivíduo, no elemento crítico fundamental na inauguração do devir, demandando a justificação/legitimação do arcabouço normativo proveniente do Estado.

A relação tensionada que define a situação individual ambígua de pertencimento e não pertencimento diante da comunidade constitui o marco inicial

¹² MOREIRA. *A Constituição como simulacro*. 2007, p. 9-10.

do desencantamento do mundo. Com isso, o indivíduo surge como instância epistêmica, uma vez que provido da reflexividade, que o habilita a questionar as bases de validade das instituições assentadas na tradição e no sagrado. Trata-se da racionalização, que desarticula progressivamente as formas tradicionais de vida, quando estas são desafiadas pelo juízo crítico-reflexivo a justificar sua persistência para além da evidência incontestável da qual gozavam em suas origens pré-modernas.¹³ Opera-se uma inversão decisiva, em que a precedência da comunidade dá lugar à precedência do sujeito de direito. Mas a comunidade pré-moderna precede temporalmente a dimensão normativa inaugurada com a autonomia, tanto na evolução histórica, quanto nas biografias individuais. Daí o surgimento da relação problemática entre comunidade e autonomia, quando o tema abordado é o caminhar da afirmação do direito moderno, em suas possibilidades e limites diante dos fenômenos comunitários, dentre os quais se encontra a família.

O indivíduo, ao distinguir-se criticamente dos elementos comunitários que o forjaram, também se diferencia do modelo de família, cujas origens sagradas e papel outrora decisivo na reprodução das comunidades pré-modernas não podem escapar do turbilhão do “desencantamento do mundo”, que caracterizará a modernidade, entre o surgimento do Estado nacional e o advento do chamado Estado democrático de Direito.

Neste ponto, impõe-se destacar as indagações que norteiam o presente trabalho. É de se questionar, inicialmente, se e em que medida a família matrimonial, na concepção que inspirou os primeiros movimentos constitucionais da modernidade, corresponde às pretensões textualmente laicas do Estado liberal, voltadas para a realização do indivíduo. Em seguida, à luz da teoria discursiva do direito, refletir-se-á sobre as possibilidades e limites de justificação que se insinuam para a juridificação da entidade familiar sem vulnerar a individualidade nas dimensões radicais engendradas pela modernidade. Finalmente, tomando-se o estágio avançado do desencantamento do mundo ora vivenciado, caberá indagar se os fluxos comunitários (axiológicos), marcantes na maioria das constituições modernas, inclusive na brasileira de 1988, conformam juridicamente a família, de

¹³ HABERMAS. *A constelação pós-nacional – ensaios políticos*. 2001, p.193.

molde a compatibilizá-la com a pluralidade inaudita das formas de vida e, conseqüentemente, com as pretensões universalizantes do Estado democrático de Direito.

CAPÍTULO 2. O ESTADO LIBERAL E A FAMÍLIA: A IGUALDADE DOS MODERNOS E O DESCONHECIMENTO DA INDIVIDUALIDADE – ORIGEM DE UMA FALSA DICOTOMIA

A concepção iluminista do Direito natural (século XVIII) surge como evidente desdobramento da pretensão de que a Razão, atemporal, característica definidora do indivíduo, removeria todos os fundamentos da vida social, assentados sobre o obscurantismo religioso e as tradições imemoriais. Os princípios racionais norteariam, assim, uma renovação radical, reclamando a rejeição peremptória das instituições oriundas do medievo e ainda persistentes no quadro do Estado nacional absolutista. No que se refere ao estritamente jurídico, tratava-se, também, de reduzir a prodigalidade normativa, propiciada pela concepção, então dominante, de desenvolvimento gradual do Direito. Esse intento envolvia a restrição da pluralidade de fontes, derivadas do sagrado e da tradição – Direito romano, juristas, juízes, costumes – cuja autoridade deveria ser mitigada, assumindo caráter subalterno ao Direito natural e, mais tarde, às leis codificadas. No passo da superação desses resíduos pré-modernos, preconizava-se a criação de um novo Direito, pautado

exclusivamente na Razão. A esta caberia engendrar um sistema claro, acessível ao povo, precisamente por não se conceber outra destinação do Direito, senão o bem do povo.¹⁴

A pretensão laicista radical de grande parte dos pensadores iluministas¹⁵ inspirou a separação institucional entre Igreja e Estado, que havia se mantido, não sem suspensões por vezes duradouras, desde os primeiros movimentos constitucionais liberais até o constitucionalismo atual. Percebe-se, entretanto, no que diz respeito à família, a transmissão quase textual das características fundamentais provenientes da moralidade religiosa cristã, que presidiu a construção jurídica europeia dos séculos precedentes, desde o final da antiguidade.¹⁶

Pode-se dizer que a família sofreu mudanças importantes, já latentes nas primeiras manifestações da modernidade. Sobretudo, a ascensão do modelo burguês definiu a separação entre o núcleo familiar – espaço privilegiado da privacidade e da realização individual – e a comunidade, de forma a propiciar ao indivíduo a via inaugural de sua identidade autônoma, diante dos valores

¹⁴ CAENESEN. *Uma introdução histórica ao direito privado*. 2000, p. 163.

¹⁵ Para que não se incorra em imprópria generalização e confusão conceitual, cabe observar que a laicidade da concepção iluminista do estado e do direito, com direta repercussão nos movimentos constitucionais da modernidade (final do século XVIII), surge da visão ateísta predominante – mas uma espécie de ateísmo deísta. O que os iluministas em geral combatiam, evocando os méritos da razão atemporal, eram as superstições e a religião institucionalizada. Porém, mesmo no ateísmo de Diderot, que concebia a natureza suplantando a divindade, pode-se perceber que, para o iluminismo, a afirmação da razão sobre o obscurantismo das religiões estabelecidas significava descortinar um Deus universal inteligível. Trata-se da natureza ordenada pela razão: deveres naturais irrecusáveis para todos os homens, uma moral natural racionalmente cognoscível, independentemente da revelação (REALE; ANTISERI. *História da Filosofia – de Spinoza a Kant*. 2007. p. 219-300).

¹⁶ No Brasil, a transmissão textual de preceitos religiosos para matrimônio civil, durante o Império, aliava-se à continuidade institucional da Igreja na regulação, celebração e juízo de validade do ato. Segundo Lafayette Rodrigues Pereira – em texto escrito antes da separação institucional entre Estado e Igreja pela Constituição republicana de 1891 –, “no estado atual do Direito Civil brasileiro só são recebidas como válidas e capazes de efeitos civis as três seguintes formas de casamento: 1. o casamento católico, celebrado conforme o Concílio Tridentino e a Constituição do Arcebispado da Bahia; 2. o casamento misto, isto é, entre católico e pessoa que professa religião dissidente, contraído segundo as formalidades do Direito Canônico; 3. finalmente, o casamento entre pessoas pertencentes às seitas dissidentes, celebrado de harmonia com as prescrições das religiões respectivas. Prevalece, pois, entre nós, a doutrina que atribui à religião exclusiva competência para regular as condições e a forma do casamento e para julgar da validade do ato” (PEREIRA. *Direitos de Família*. 2003, p. 54)

compartilhados e outrora incontestáveis. Mas a simbologia religiosa prevaleceu na constituição da restrita entidade familiar burguesa.

É verdade que o republicanismo jacobino, ostentando o voluntarismo compatível com a prevalência da soberania popular sobre os direitos individuais, levou à frente um projeto impositivo de desconstrução do conteúdo axiológico-religioso incorporado pela instituição familiar.¹⁷ Assim é que, no intento de secularizar o casamento e viabilizar a plena intervenção tutelar na família, reforçou-lhe o aspecto puramente contratual, com a dissolubilidade do vínculo:

Pelo importante decreto de 20 de setembro de 1792, um funcionário ficou encarregado do estado civil, devendo também declarar o casal unido perante a lei. Desse momento em diante, a autoridade pública assumiu uma participação ativa na formação da família. O Estado definiu os impedimentos à união, restabeleceu e regulamentou o processo de adoção, determinou os direitos (depois seriamente restringidos pelo Código Civil) dos filhos naturais, instituiu o divórcio e limitou o poder paterno, em parte com o estabelecimento de tribunais de família (que foram suspensos em 1796, embora o Estado tenha continuado a limitar o poder paterno, principalmente em questões de deseramento). [...] Nos debates sobre o divórcio (que, a despeito de sua novidade, não foram muito numerosos), apresentaram-se outros argumentos a favor dele: a emancipação dos casais infelizes, a liberação das mulheres do despotismo marital e a liberdade de consciência para os protestantes e os judeus, cuja religião não proibia o divórcio.¹⁸

A concepção de liberdade individual dos jacobinos, sob inspiração de uma interpretação inevitável da tese rousseauista do contrato social, supunha a absorção de todas as liberdades pela autonomia pública (cidadania – participação na formação da vontade geral). Na formação da ordem jurídica, a subalterna tutela da autonomia privada era suposta, tendo em vista a certeza de que a autonomia pública, como tinha nos próprios cidadãos os seus autores e destinatários, implementaria a igualdade entre os indivíduos. Se a autonomia pública importa a alienação voluntária de todos os aspectos da vida individual em benefício da comunidade, não se poderia cogitar que a vontade geral afetaria danosamente um ou alguns indivíduos, assim homogeneizados em direitos e obrigações.

¹⁷ Gilissen anota que processo semelhante, por inspiração da escola do direito natural (iluminista) e sob o poder de estados protestantes, já se desenrolava antes da Revolução (GILISSEN. *Introdução histórica ao Direito*. 1995, p. 575).

¹⁸ HUNT. *História da Vida Privada*. 2009, p. 30-31.

Tendo em conta essa característica essencial do pensamento revolucionário, a pretensão de impor à família matrimonial a laicidade do Estado emergente não considerava, em primeiro plano, a tutela de recessos intangíveis do indivíduo. Tratava-se, antes, de destruir o poder da comunidade religiosa dominante, para engendrar o cidadão capaz de se voltar integralmente, com sacrifício dos seus interesses pessoais, para a afirmação cívica reclamada pela sociedade política. A assunção estatal da celebração do casamento e do julgamento de questões relacionadas a ele e a inovação normativa supostamente laica significavam, para os jacobinos, não a promoção da autonomia privada, mas um capítulo da supressão do sagrado e, conseqüentemente, da afirmação da autonomia pública. Essa redução do indivíduo à autonomia política foi precisamente abordada por Benjamin Constant, ao criticar a tese de Rousseau, no contexto da traumática experiência revolucionária francesa:

A universalidade dos cidadãos é o soberano, no sentido de que nenhum indivíduo, nenhuma fração, nenhuma associação parcial pode se arrogar a soberania, se ela não lhe for delegada. Mas daí não decorre que a universalidade dos cidadãos ou os que por ela são investidos da soberania possam dispor soberanamente da existência dos indivíduos. Ao contrário, há uma parte da existência humana que, necessariamente, permanece individual e independente, e que está de direito fora de qualquer competência social. A soberania só existe de maneira limitada e relativa. No ponto em que começa a independência e a existência individuais detém-se a jurisdição dessa soberania. Se a sociedade passa essa linha, torna-se tão culpada quanto o déspota que só tem por título o gládio exterminador; a sociedade não pode exceder sua competência sem ser usurpadora, e a maioria, sem ser facciosa. O assentimento da maioria não basta, de modo algum, em todos os casos, para legitimar seus atos.¹⁹

Então, as instituições inovadoras pertinentes à família se depararam com forte resistência da comunidade de fiéis, sobretudo do catolicismo, não sobrevivendo às fases posteriores da Revolução, a não ser por alguns resíduos mantidos no Código Napoleão (1804). Já nessa famosa compilação, diversos aspectos tidos como emancipatórios, presentes nos projetos e leis revolucionárias, experimentaram retrocesso, como, por exemplo, a inferiorização do *status* da mulher, consagrando o

¹⁹ CONSTANT. *Escritos de Política*. 2005, p. 9.

domínio marital – através da obrigação de concordância, da prerrogativa do chefe da família de administrar os bens da esposa etc.²⁰

No período da Restauração, a força da comunidade religiosa prevaleceu, com a oficialização da religião católica (religião do Estado) e com o fortalecimento da família matrimonial, pela consagração da indissolubilidade do casamento (1816).²¹ Liberais e conservadores da época desenvolveram fundamentos diversos para justificar, essencialmente, um modelo familiar compatível com a concepção religiosa dominante, entre eles a naturalização da família matrimonial, com discriminação das relações extraconjugais, tolhendo-lhes os efeitos civis; o poder incontrastável do *pater familias*; o *status* jurídico inferior da mulher etc.²²

A partir daí, o estatuto constitucional da família, no seu tratamento ocidental, conquanto tenha absorvido valores provenientes dos movimentos emancipatórios do século XX (minorias políticas, tais como mulheres e homossexuais), não se alterou o suficiente para atender as demandas da realização individual. Assim, a precedente e sucinta explanação histórica, somada à menção pontual (no decorrer do trabalho) de aspectos que marcaram o século passado, basta à abordagem do que interessa neste capítulo. Mesmo porque, conforme se pretende evidenciar, todo o debate em torno do tema, cujos reflexos são sentidos nas constituições e códigos ocidentais, até hoje, tem sido um caminhar em círculos. Desde o marco inicial da afirmação do indivíduo, não se tangenciou, pelo menos não especificamente, a justificação da intervenção do Direito na vida familiar, à luz da imperiosa neutralidade do Estado em face dos inumeráveis projetos de vida individuais. Em suma, não há vencedores e nem vencidos, na disputa entre o contrato que supostamente encarna a laicização da família matrimonial e a instituição, ou seja, a família matrimonial, num patamar de indisponibilidade compatível, explícita ou implicitamente, com o arcabouço axiológico do sagrado. Trata-se, com efeito, de um dos pontos críticos mais importantes de todo o trabalho: a transmissão de elementos do sagrado para a modernidade, no que se refere à família matrimonial cristã.

²⁰ CAENEGEM. *Uma introdução histórica ao direito privado*. 2000, p. 13.

²¹ GILISSEN. *Introdução histórica ao Direito*. 1995, p. 577.

²² HUNT. *História da Vida Privada*. 2009, p. 79-85.

O surgimento do indivíduo, senhor de suas opções de vida e demandante de uma normatividade desvinculada das pré-concepções inerentes à vida comunitária, não provocou, obviamente, uma dissolução instantânea de toda a trama harmônica de valores inquestionáveis que direcionavam sua existência. A concepção discursiva da transição para a modernidade, num dos pontos da crítica reconstrutiva que se opõe à razão atemporal iluminista, tem nas comunidades de valor, sobretudo nas religiosas, planos inaugurais da própria secularização e da universalização da dignidade do indivíduo. Basta tomar como exemplos o legado judaico-cristão para o desenvolvimento da concepção universal do indivíduo e o rompimento promovido pelo protestantismo e pela reforma, em face da continuidade institucional exclusiva da Igreja na intermediação entre Deus e o fiel.

Esses movimentos, embora portadores de pretensões preponderantes de promoção da fé cristã, lançaram as bases do surgimento do indivíduo moderno, ao dissolverem a intermediação da Igreja entre o fiel e Deus. Eles ainda fortaleceram a consciência individual como foro imediato de contato com a divindade e, conseqüentemente, transformaram-na em recesso potencial da emergência da autonomia. Daí se ressaltar o papel fundamental das comunidades de valor compreensivas, notadamente as religiosas.²³ Estas, sendo, por definição, portadoras de uma visão “completa” da “realidade”, a ponto de direcionar toda a trajetória de vida e as opções valorativas de seus membros, formam, mesmo no processo de esvaziamento progressivo de suas pretensões totalizantes, o pano de fundo sobre o qual se instala a base do entendimento compartilhado que possibilita o desenvolvimento da racionalidade comunicativa.

²³ Conquanto a expressão “comunidades de valor compreensivas” conte com explicação no curso do texto, é recomendável, para a fluência da leitura, transcrever a definição de Habermas: “De um lado, a consciência religiosa foi constrangida a processos de adaptação. Toda religião é, no início, ‘doutrina compreensiva’ ou ainda, ‘imagem de um mundo’, (*comprehensive doctrine*), inclusive no sentido de que ela pretende ter autoridade na configuração de uma forma de vida *em sua totalidade*. Em que pese isso, sob as condições da secularização do saber, da neutralização do poder do Estado e da generalização da liberdade de religião, a religião foi obrigada a renunciar a essa pretensão que visa o monopólio da interpretação e a configuração abrangente da vida” (HABERMAS. *Entre Naturalismo e Religião – Estudos Filosóficos*. 2007, p. 127).

É dizer que o desencantamento do mundo não propicia a ruptura laicista pretendida pela Ilustração e pelos seus realizadores políticos, nos movimentos revolucionários marcantes da modernidade. O mundo desencantado forma-se, antes, na medida em que os amálgamas sagrados que constituem tais comunidades compreensivas são contrapostos a pretensões de validade seculares. As questões postas pela secularização desafiam-nas a abandonar, progressivamente, espaços da antiga compreensibilidade. Nessa trajetória, por um lado, as comunidades axiológicas são levadas a ceder à crescente demanda de legitimidade do poder estatal, enfraquecendo a sua coercitividade interna diante dos seus membros e, por outro, obrigam-se a desenvolver formas de convivência respeitosa com comunidades de valor concorrentes.

Então, a sobrevivência de elementos provenientes do sagrado na família burguesa emergente e juridicamente institucionalizada no curso do século XIX – a família matrimonial hierarquizada e excludente, dissolúvel ou indissolúvel, conforme se trate, respectivamente, de comunidades protestantes ou católicas – deveu-se à manutenção, profundamente enraizada, de uma base de convicções comum às comunidades religiosas concorrentes, no início da modernidade ocidental. Os postulados da secularização, que esvaziaram o poder temporal da Igreja, transferindo-o para o Estado, não se mostraram aptos a problematizar essa especificidade simbólica comunitária. A propósito, sobreleva notar que a secularização, assentada no pensamento iluminista, ao tentar colocar em xeque a família cristã, juridicizando-a, terminou por perpetuá-la, fazendo persistir, até hoje, a perplexidade no debate sobre os limites da intervenção do Direito na entidade familiar. Essa juridificação encontra sua expressão sintética na contratualização do casamento, nos moldes liberais, tida como signo da ruptura com a instituição indissolúvel da tradição católica.

A decomposição do direito natural fundamentado na religião e na metafísica deu lugar a um vazio de justificação do poder temporal emergente. Assim, no período incipiente da modernidade, o Estado passa a encarnar, a partir de si mesmo, o poder soberano, criador absoluto do direito, dificultando suas ligações com a problemática da moral e da justiça. No entanto, a positivação do direito não

suprime a demanda de fundamentação. Antes, desloca-a para o plano de indagação pós-metafísico, desligado, portanto, das bases do sagrado e da tradição.

O contrato de direito privado burguês dá origem à pretensão de suprir a justificativa jurídico-moral do exercício do poder soberano formalizado pelo direito positivo. A noção de autonomia contratual encerra a ideia de que as pessoas privadas, por meio do contrato, criam direitos subjetivos.²⁴ A generalização do contrato, no conceito de contrato social, intenta fundamentar moralmente o exercício do poder soberano e o direito, na medida em que “um contrato que todo o indivíduo autônomo celebra naturalmente com todos os outros indivíduos autônomos só pode ter como conteúdo aquilo que todos, no uso da razão, podem querer ao defenderem seus respectivos interesses”.²⁵

A ideia do contrato social, no passo do desenvolvimento de um direito natural racional, constrói o conceito liberal de sociedade civil como associação natural de indivíduos iguais, o qual teria vindo à luz com a superação das instituições tradicionais e do obscurantismo do medievo. Essa assim denominada igualdade dos modernos, contrapondo-se à igualdade dos antigos, em que prevalecem os direitos de participação dos cidadãos na construção das instituições de determinada comunidade, caracteriza-se pelo princípio da distribuição de iguais espaços de liberdade, órbitas jurídicas individuais e irreduzíveis que se contrapõem aos outros indivíduos e ao próprio Estado.²⁶ Tal modalidade de igualdade serviu como o primeiro substrato de justificação moral do Estado moderno. Tendo em vista que a sociedade civil, dessa forma considerada, correspondia aos reclamos de uma racionalidade imutável, cabia ao Estado apenas garanti-la, abstendo-se de interferir no seu fluir “natural”.

²⁴ HABERMAS. *Direito e Democracia*, 1997, p. 238.

²⁵ HABERMAS. *Direito e Democracia*, 1997, p. 238.

²⁶ Para Benjamin Constant, citado por Miguel Reale: “Liberdade entre os antigos, proclamara o autor de ‘Adolphe’, significa participação ao poder do Estado; liberdade entre os modernos é liberdade perante o Estado [...] A liberdade antiga é uma liberdade coletiva; consiste, por assim dizer, na presença permanente do cidadão na praça pública, sem ser incompatível com a mais completa submissão do indivíduo à entidade do conjunto” (CONSTANT. apud REALE. *Horizontes do Direito e da História*. 1956, p. 19).

Em Kant, o ápice da teoria contratual, essa concepção de igualdade/liberdade encontrará o seu sustentáculo no imperativo categórico, como princípio unificador e base de toda a legislação. Dele se infere o direito subjetivo originário de cada um, habilitado a exigir dos outros indivíduos o respeito à sua liberdade, à medida que ela for compatível com a igual liberdade de todos, conforme leis gerais.²⁷ Sendo o direito subjetivo dedutível diretamente da moral (razão prática), os espaços da política e do direito tornam-se secundários, relegados à condição de reflexos de uma ordem moral fundamental.²⁸ Na linha de argumentação da crítica reconstrutiva habermasiana, trata-se da colonização da autonomia pública pela autonomia privada.

Ora, se, na relação entre a autonomia pública e autonomia privada, aquela foi encampada por esta, a razão prática, no que se refere à relação entre o indivíduo (sujeito de direito) e o fenômeno comunitário da família, contribuiu, por um lado, para o amesquinamento do primeiro e, por outro, converteu o direito em instrumento de perpetuação dos influxos comunitários (religiosos). A individualidade, o âmbito irreduzível do indivíduo, transformou-se em um espectro, entre a insuficiência da razão prática e a persistência do sagrado.

A igualdade dos modernos, concebida como igual medida de direitos para cada indivíduo, prende-se a uma noção quantitativa que lhe rende a designação de igualdade aritmética. A sua realização restringe-se apenas ao plano linear de relações de indivíduos que, ao se atribuírem reciprocamente direitos e obrigações, não deixam margem à vulneração das medidas iguais de liberdade que antes – ou seja, constitucionalmente – concederam-se. Trata-se de um âmbito restrito ao clássico contrato de direito privado, no qual os contratantes obrigam-se a prestações mensuráveis e veem fortalecida a expectativa de cumprimento por sanções não excedentes à responsabilização civil. Ou seja, pelo contrato, os contratantes estabelecem uma restrição à sua liberdade que, no respectivo recesso irreduzível que define a individualidade (*status libertatis*), vê-se, ao mesmo tempo, confirmada, precisamente por não suprimir o indivíduo na sua singularidade (por exemplo,

²⁷ HABERMAS. *Direito e Democracia*, 1997, p. 239.

²⁸ MOREIRA. *Fundamentação do Direito em Habermas*. 2004, p.88 e 89.

redução à condição de escravo, execução sobre bens essenciais à sobrevivência etc).

Ocorre que, ao ressaltar o casamento-contrato, sob a pretensão de marcar a sua revogabilidade (em contraposição à irrevogabilidade religiosa de matriz católica), a racionalidade iluminista, por meio das primeiras constituições e códigos modernos, instaurou a “reciprocidade prestacional” em um âmbito em que esta é impossível. Conquanto se possa vislumbrar a contratualidade em repercussões patrimoniais (dote e partilha de bens), estas constituem meros acessórios do matrimônio. O cerne do casamento assenta-se no encontro de manifestações pertencentes a aspectos irreduzíveis da personalidade. São interações afetivas, calcadas em opções de vida incomunicáveis, com intrínseco viés passional, portanto, não condizentes com expectativas de cumprimento inseridas em contratos típicos do direito privado, tampouco passíveis de sanção jurídica.

Se o contrato de direito privado é concebido sob o pressuposto de que os contratantes não se sujeitarão à violação de aspectos que lhes garantem a identidade (personalidade íntegra) perante os demais, a sua transposição para as relações familiares convola-se em alienação da personalidade, por vulnerar âmbitos de realização individual, concepções personalíssimas de vida boa, cujo êxito repele o cálculo racional e recíproco de adimplemento. Em suma, enquanto o contrato de direito privado caracteriza-se pela reciprocidade vinculante, na sua constituição e execução, as manifestações afetivas pressupõem-se potestatividade – ou seja, ocorre a fruição de direitos sem que se demande alteridade racional que os reconheça. A não ser, obviamente, pela alteridade difusa em todos os integrantes do corpo social, que, extrinsecamente, devem reconhecer o vasto e inespecífico campo em que transita a individualidade, com seus desejos e objetivos concernentes à concepção de vida boa para si. Acrescente-se que, conforme se infere da própria teoria tradicional dos contratos, estes supõem interesses conflitantes entre os contratantes, enquanto as uniões afetivas, por definição, implicam “interesses” coincidentes.²⁹

²⁹ Sobre o casamento-contrato, segundo Caio Mário, tem-se que: “A concepção contratualista originou-se no Direito Canônico (Cânon 1.012: *Christus Dominus ad sacramenti dignitatem evexit ipsum contractum matrimonialen inter baptizatos*). Adotou-a o

Estabeleceu-se, enfim, no debate em torno da natureza jurídica do casamento, uma falsa tensão (por vezes transformada em relação complementar) entre o contrato e a instituição, sem sequer bordejar a justificativa laica de sua juridificação, centrada na realização da liberdade individual. Aliás, o histórico da disputa, que perpassa toda a trajetória do direito privado moderno até a atualidade, é sintomático de tal perplexidade. Os assim chamados contratualistas, entrevendo no casamento uma forma especial de contrato, chegam a essa conclusão pela simples adequação do matrimônio aos elementos dogmáticos constitutivos do contrato: sujeito capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não proibida pela lei (artigo 104 do CCB). À questão implícita no ponto de suspeição ora abordado – que prestações recíprocas integrariam tal contrato (?) – dão-se por satisfeitos em afirmar sua assimilação aos “negócios jurídicos sem feição patrimonial” e explicam o caráter solene, estabelecendo paralelo com contratos patrimoniais de igual característica, como a compra de bem imóvel. Em que pese a existência de lacunas construtivas na teoria institucionalista, as suas objeções, nunca respondidas, soam significativas da frustração das tentativas de justificação jurídica do matrimônio. Nesse sentido, afirmam os institucionalistas: contrato não pode recair sobre relações “interiores, exclusivamente pertinentes aos cônjuges”; portanto, “relações que não podem ser objeto de avença”.³⁰ Além disso, sustentam que a configuração dos contratos reclama interesses conflitantes, enquanto, no casamento, os interesses têm idêntico sentido e direção.

Ora, conquanto essas críticas tenham sido usualmente acompanhadas de evocações da instituição cristã preponderante na cultura ocidental, prestam-se, talvez por isso mesmo, a evidenciar o completo fracasso da teoria contratualista em justificar o enquadramento jurídico moderno da família matrimonial, diante dos reclamos emancipatórios do indivíduo. Em suma, os institucionalistas já intuía –

racionalismo jusnaturalista do século XVIII. Penetrou no Código Francês em 1804, seduziu a Escola Exegética do século XIX, e sobrevive na doutrina civilista do século XX, disputando com certa vantagem as palmas com as demais concepções” (PEREIRA. *Instituições de Direito Civil*. 1996. p. 35). Observe-se, entretanto, que, quando da adoção do contratualismo pelo racionalismo jusnaturalista do século XIX, pretendia-se que o casamento-contrato, embora originário do Direito Canônico, fosse apresentado com as características laicas típicas do purismo iluminista.

³⁰ FACHIN. *Direito de Família*. 2003, p.133.

embora o considerassem indisponível, por razões religiosas implícitas (afirmações assimiláveis à religião predominante, como o fim principal da procriação; a indissolubilidade) ou explícitas – um âmbito individual personalíssimo, portanto, impermeável ao vínculo contratual.^{31 32 33}

Se o desenrolar desse debate infrutífero coincidissem apenas com o período controvertido de afirmação do Estado liberal (século XIX e, em países periféricos, como o Brasil, até a primeira quadra do século XX) – os liberais clássicos em contenda com conservadores –, a crítica ora elaborada seria datada, estando a questão a demandar, pelo menos, reformulação. No entanto, todas as discussões desenvolvidas em torno do estatuto da família nas constituições e códigos civis atuais pautam-se na falsa dicotomia (ou no falso amalgama) contrato-instituição, no que toca ao matrimônio. Na doutrina brasileira, autores destacados que sustentam teorias sofisticadas de reconstrução do direito de família, à luz da Constituição de 1988, ainda se posicionam insuficientemente no debate. Conquanto a positividade constitucional (artigo 226 da CF) constitua um real limite à reflexão, cingindo-a ao plano doutrinário, o exame da natureza do instituto, objeto tradicional e necessário de manuais e monografias jurídicas, permite e recomenda indagações frontais que a

³¹ Nesse trecho, a explicitação das teses da referida disputa – mas não necessariamente as conclusões críticas – foi extraída de Luiz Edson Fachin (FACHIN. *Direito de Família – Elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro*. 2003, p. 131/136).

³² A propósito da relação entre os argumentos institucionalistas e a sacralização do casamento e da família, em uma série de artigos publicados entre 5/8/1900 e 18/8/1900 no jornal *A Imprensa*, do Rio de Janeiro, Rui Barbosa, em resposta a movimento parlamentar que intentava instituir o divórcio no Brasil, lançou pesadas críticas, todas elas inspiradas na formação cristã do povo brasileiro e na malsinada origem da ideia na Revolução Francesa: “Na própria França a ninhada intelectual dos que ainda catam o cibalho na farragem dos legados da terrível assembléia está quase reduzida aos desequilibrados do radicalismo, da comuna e da anarquia” (BARBOSA. *O divórcio, as bases da fé e outros textos*. 2008, p. 5-59).

³³ Ainda sobre o debate entre institucionalistas e contratualistas, impõe-se destacar Lafayette Rodrigues Pereira, relevante civilista, (segunda metade do século XIX e início do século XX): “O casamento, atenta a sua natureza íntima, não é um contrato; antes difere dele profundamente, em sua constituição, no seu modo de ser, na duração e alcance de seus efeitos. O casamento abrange a personalidade humana inteira; cria a família; funda a legitimidade dos filhos; dá nascimento a relações que só se extinguem com a morte: os direitos e as obrigações que dele resultam trazem cunho de necessidade e, no que dizem respeito às pessoas, não podem ser alterados, modificados ou limitados pelo arbítrio dos cônjuges. Os contratos, ao contrário, têm por objeto atos individuais, temporários; interesses materiais, efêmeros e suscetíveis de apreciação monetária. Os direitos e obrigações que deles derivam são regulados pela vontade das partes e por consenso delas podem ser alterados ou suprimidos” (PEREIRA. *Direitos de Família*. 2003, p. 48).

referida discussão omite, ainda que seja para reconhecer a perplexidade do direito diante do casamento.

Frequentemente, teóricos optam por uma terceira posição, denominada “ecclética” ou “mista”: uma via intermediária que tem no matrimônio algo entre uma “instituição” omitida e o contrato. Consideram-no “um ato de natureza especial, sem feitiço patrimonial direto”, sustentando, basicamente, que a feição contratual revela-se na dependência da manifestação da vontade livre dos envolvidos, bem como que nem todos os negócios jurídicos se expressam patrimonialmente. O “espaço da intimidade irreduzível” é tratado como um âmbito que não permite abordagem contratual, mas não há uma resposta ao que significa isso para o direito. A dificuldade embutida nessa omissão, conforme se pretende demonstrar, reside na circunstância de que há dois âmbitos irreduzíveis, cada qual pertencente a um dos envolvidos, os quais não se comunicam, senão por uma linguagem infensa à racionalidade própria ao direito.³⁴

O fracasso do direito natural racional em justificar a família matrimonial, sob pretensões laicas, além de frustrar, ou adiar, a construção do indivíduo, no seu recesso potestativo, comprometeu também a própria autonomia de vontade, no sentido estritamente liberal (autonomia patrimonial). Apesar de a autonomia patrimonial, mesmo com as restrições do Estado social, ter permanecido entre os mais caros fundamentos das constituições ocidentais, desde o final do século XVIII, ela cede diante de enunciados legais pertinentes à família.

Em qualquer discussão relativa ao patrimônio privado e ao livre contrato, não parece haver dúvida de que a liberdade é a regra, constitucionalmente chancelada pelas múltiplas restrições à atuação do Estado perante os indivíduos – princípio da legalidade incidente sobre a Administração, limitações tributárias etc. Porém, fundado numa espécie de conhecimento espontâneo, de dispensável justificação, com o invariável beneplácito doutrinário e jurisprudencial, o legislador, em se tratando da instituição familiar, sente-se implicitamente autorizado, ainda hoje, a

³⁴ A posição mista é sustentada, entre outros, por Luiz Edson Fachin (FACHIM. *Direito de Família – Elementos críticos à luz do Código Civil Brasileiro*. 2003, p. 136) e por Rolf Madaleno (MADALENO. *Curso de Direito de Família*. 2008 p. 71-72).

tornar indisponíveis reflexos estritamente contratuais do casamento. Por exemplo, no Brasil, a despeito de a Constituição de 1988 encampar, embora com as graves restrições oriundas do Estado social, as chamadas liberdades burguesas – art. 5º, incisos II, XXII, XXIII etc –, o § 2º do artigo 1.639 do Código Civil pereniza a intervenção estatal no patrimônio dos cônjuges, estabelecendo a imutabilidade relativa do regime de bens, apenas excepcionada por autorização judicial.

Ora, o artigo 226, *caput*, da CF, ao conferir à família especial proteção do Estado, não se faz acompanhar de nenhum parágrafo que o autorize, específica ou genericamente, intervir, ainda que a título protetivo, na propriedade dos envolvidos. Aliás, as poucas manifestações dessa proteção especial, conforme se vê nos dispositivos posteriores, referem-se a crianças, adolescentes e idosos. Portanto, não somente no exemplo acima (um dos mais gritantes), como em outras partes do estatuto da família, as restrições à autonomia de vontade, na sua feição patrimonial, somente encontram explicação no hibridismo mal resolvido entre contrato e instituição. Por meio desse falso amálgama, a família parece trazer consigo, pela só menção constitucional, uma forte tradição implícita, cuja reprodução é levada a cabo pelo legislador ordinário, sem problematização. Ao contrário, nas demais interfaces entre a propriedade privada e a ingerência estatal, não são admitidas limitações, além daquelas constitucionalmente estabelecidas ou autorizadas.

Evidentemente, com a argumentação desenvolvida nesta parte, não se pretendeu incorrer no equívoco histórico consistente em julgar o passado com os olhos do presente. Os pensadores e os constitucionalistas da Ilustração, na condição performativa insuperável de partícipes e observadores, não podiam fugir à hegemonia de um pano de fundo de convicções dominantes não necessariamente tematizadas, por não serem inteiramente problematizadas – no caso, os elementos da tradição e do sagrado, de um lado, e a concepção patrimonial burguesa, do outro. Mesmo porque cogitação contrária significaria atribuir à razão a predicação atemporal que os iluministas pretenderam.

Tratou-se, antes, de evidenciar de que modo essa racionalidade, especialmente quanto à aplicação do contrato como forma de constituição jurídica

da família, criou uma falsa consciência³⁵ sobre o sentido da laicização do direito. Teve início a demonstração de como essa falsa consciência reverbera na atualidade, nas constituições, códigos, e correntes interpretativas, impedindo que o debate progrida para buscar a justificação jurídica que harmonize a intervenção do Estado na família e a pluralidade das formas “coletivas” e individuais de vida. Sobretudo, quando se considera que, na esteira do desencantamento do mundo, nesta era pós-industrial, tal pluralidade assumiu intensidade inaudita, que excede os limites da problemática convivência de comunidades de valor antigas (religiosas, étnicas etc), para se expressar, em emblemático exemplo, nas reivindicações de novas minorias políticas (mulheres e homossexuais).

CAPÍTULO 3. A CONCEPÇÃO DISCURSIVA DA NEUTRALIDADE DO ESTADO – O SURGIMENTO DA IDENTIDADE INDIVIDUAL³⁶

Inegavelmente, no curso do século XX, a herança religiosa persistente no trato jurídico da família – a supremacia masculina na administração do lar, a

³⁵ A expressão "falsa consciência", neste ponto, é usada em uma acepção derivada do célebre e ainda proveitoso conceito marxista. Em Marx, a reflexão dos indivíduos sobre as relações de trabalho pervertidas (tomando-se o exemplo das relações de trabalho capitalistas) engendra uma consciência invertida. Assim concebida, essa falsa consciência dissimula o caráter essencialmente imoral do modo de produção dominante, construindo um arcabouço valorativo definido como ideologia. E é a ideologia que inculca, considerando-se o "bem" e o "justo" universais, valores que, na verdade, alimentam as relações sociais profundamente desumanas e injustas (FREITAG, *Itinerários de Antígona: A Questão da Moralidade*, 1992, p. 87; DICIONÁRIO DE FILOSOFIA DE CAMBRIDGE, 2006, p. 326; DICIONÁRIO DO PENSAMENTO MARXISTA, 2001, p. 183/186). Na aplicação específica que se faz no corpo do trabalho, a falsa consciência manifesta-se no pensamento jusfilosófico e jurídico. De um lado, a totalização da ideia do contrato, que, no plano patrimonial, não deixa de ser um marco na afirmação da autonomia-igualdade do indivíduo moderno, uma vez lançada sobre a esfera irreduzível da pessoa, mitiga o próprio sentido da individualidade. Criam-se, então, pretensos vínculos jurídicos a partir de interações afetivas e valorativas que, na verdade, surgem e extinguem-se segundo inclinações personalíssimas e racionalmente, ou seja, juridicamente, incontroláveis. De outro lado, a corrente institucionalista do casamento, conquanto vislumbre na relação inaugural da família um fenômeno íntimo, não afeito ao caráter patrimonial do contrato, também compromete a afirmação da esfera potestativa do indivíduo. Nesse caso, a mitigação da individualidade reside na convicção de que o matrimônio civil, pela perpetuação de elementos de uma eticidade religiosa predominante (indissolubilidade, exclusividade etc.), serviria ao propósito fundamental de reprodução da vida social. A falsa consciência, em suma, está na perpetuação infrutífera de tal debate, que lança um véu de obscuridade sobre a afirmação da identidade individual, impedindo que esta se mostre para o direito como elemento intangível da autonomia.

³⁶ Grande parte deste capítulo, no que se refere à construção discursiva da tolerância, deve-se ao estudo da coletânea de ensaios de Habermas, sobretudo nos seguintes textos: “Pluralismo Religioso e Solidariedade de Cidadãos do Estado” e “Tolerância” (HABERMAS. *Entre Naturalismo e Religião – Estudos filosóficos*. 2007, p. 115-167 e p. 279-392.

inferiorização da mulher, a indissolubilidade do matrimônio, a discriminação de filhos havidos fora da união legal – sofreu importantes abalos. No exemplo brasileiro, até a adoção do divórcio e, mesmo depois disso – com as inovações da Constituição de 1988 – disputas acirradas dividiram grupos religiosos e movimentos “progressistas” em torno do tema, com especial envolvimento das mulheres – minoria política diretamente afetada pela estrutura matrimonial indissolúvel, que significava a manutenção do *status* jurídico inferior da esposa, ressaltado muitas vezes em dispositivos legais expressos.

A lei divorcista constituiu um marco, a partir do qual teve início a supressão de reminiscências aparentes da moralidade religiosa cristã, culminando com a constitucionalização dos principais itens desse processo (artigo 226 da CF): igualdade jurídica dos cônjuges, abolição das discriminações parentais e a tentativa de destituição do casamento da condição de via única de formação da família, considerando-se, também, entidades familiares, a união estável e a convivência de um dos pais com os filhos.³⁷ Cumpre notar que, mesmo com repercussões jurídicas ainda acanhadas – a propósito, o tolhimento textual do artigo 226 da CF, que admite apenas entidade familiar heterossexual –, os homossexuais, na sua busca de reconhecimento, vêm obtendo acolhimento doutrinário e jurisprudencial, no que se refere a direitos relacionados ao fato da convivência, com a atribuição de consequências jurídicas similares aos da convivência heterossexual.³⁸ Embora esses movimentos de minorias políticas estejam, nesse particular, lutando por reconhecimento diante de uma instituição pré-moderna, os resultados dessas lutas não deixam de representar a dissolução de compreensibilidade da comunidade religiosa hegemônica que lhe dá fundamento.

Esse processo reflete, no compasso do desencantamento do mundo, a dissolução da base comum de convicções religiosas que sustentava a concepção jurídica de família e que mantinha praticamente intacta, com variações tênues de um Estado nacional para outro, a desigualdade, a determinar a estrutura de poder e de exclusão, ainda presente na família nuclear burguesa. No plano da sociedade

³⁷ Tentativa frustrada, conforme se verá no capítulo 4.

³⁸ Alusão a consequências jurídicas que podem ser reconhecidas independentemente do acolhimento de situação similar à da instituição sacraliforme do casamento (artigo 226 da CF) – direitos previdenciários, por exemplo.

política, tal dissolução repercute no incremento da neutralidade do Estado diante da multiplicidade de compreensões axiológicas divergentes adotadas pelos indivíduos e, por meio destes, reivindicadas por comunidades de valor, destacadamente as religiosas. Habermas, em alguns textos da coletânea *Entre Naturalismo e Religião*,³⁹ constrói uma teoria discursiva da tolerância religiosa e da consecutória neutralidade do Estado, sem destacar diretamente a sua repercussão sobre entidade familiar, mesmo porque isso fugia aos seus objetivos. Não obstante, pretende-se desenvolver os seus argumentos fundamentais, no sentido de delinear como, para além da neutralidade do espaço público-político diante de comunidades religiosas, a dissolução da família matrimonial – radicalização desse processo de neutralização – desnuda a vida familiar como um fenômeno comunitário de tematização jurídica restrita, ou seja, cada vez mais distante do direito e mais próximo de uma identidade individual incoercível.

Por inferências do texto ora visado ("Entre Naturalismo e Religião"), percebe-se que Rawls propõe uma tolerância assimilável ao racionalismo iluminista – que poderia ser bem sintetizada na seguinte afirmação: nós, racionais (secularizados), toleramos as comunidades religiosas, porque somos bons⁴⁰. A neutralidade colimada pelo Estado, na perspectiva liberal moderna, reflete o pretense êxito da construção da racionalidade iluminista, que, pela ruptura com o sagrado e com as tradições pré-modernas, acreditou forjar o próprio modelo do cidadão neutro. O Estado, então, como simples reflexo de concepções supostamente homogêneas dos chamados “cidadãos seculares” – aqueles que não pautam as suas opções de vida por nenhuma orientação religiosa –, assumiria uma postura de “benevolência desdenhosa”⁴¹ em relação às comunidades religiosas, tidas como manifestações arcaicas e em extinção. Tal concepção rememora a pretensão nuclear da razão atemporal, embora com esta não se confunda.⁴² Guardando em si o potencial de

³⁹ HABERMAS. *Entre Naturalismo e Religião – Estudos filosóficos*. 2007, passim.

⁴⁰ Na visão de Habermas.

⁴¹ HABERMAS. *Entre Naturalismo e Religião – Estudos filosóficos*. 2007. p. 136.

⁴² A posição do liberalismo contemporâneo ostenta diferença fundamental em relação à razão atemporal iluminista. Tal diferença consiste, em linhas gerais, no reconhecimento do fato da pluralidade de concepções individuais de vida, de modo a superar o conceito do sujeito ideal – cognitivo e normativo –, do qual se poderiam extrair regramentos morais universais, por meio de deduções da razão prática. Em Rawls, especificamente, o fato não circunscrito da pluralidade – em que os indivíduos teriam plena autonomia, inclusive quanto à adesão a doutrinas compreensivas – não obsta a formação de um espaço neutro de

plena ruptura com as tradições obscurantistas do medievo, a razão se incorporaria ao Estado de direito emergente, tratando as comunidades de valor não racionais como retalhos residuais a serem colhidos “democraticamente” pela laicização, numa espécie de aprendizado de mão única.

As reflexões habermasianas, na linha de reconstrução crítica da neutralidade do Estado de direito democrático, partem da desafiante indagação de Wolfgang Böckenförde, posta na introdução do texto “Bases Pré-Políticas do Estado de Direito Democrático”: “Será que o Estado secularizado continua alimentando-se de pressuposições normativas que ele não consegue garantir por si mesmo?”⁴³ A resposta, em linhas gerais, retomando a gênese da moral pós-convencional, parte da admissão de que não é aceitável que a neutralidade do Estado, diante da pluralidade das formas de vida (“coletivas” e individuais) pautadas na religião, tenha sido construída por uma razão pronta que se abatesse sobre crentes e não crentes. O desencantamento do mundo, ao ensejar a destituição das comunidades axiológicas antigas da posição compreensiva e inquestionável das trajetórias de vida dos seus membros, não produziu uma razão por si só compreensível, ou seja, provida de um instrumental pronto para fornecer aos indivíduos uma moral universal substitutiva dos ditames irrefletidos do sagrado e da tradição.

construção de normas gerais aceitáveis por todos. Para tanto, parte da convicção de que a característica inerente à sociedade democrática é a convivência de diversas doutrinas compreensivas razoáveis. A razoabilidade importa a capacidade de os indivíduos se distanciarem de suas inserções compreensivas, de modo a se reconhecerem em um plano de autonomia racional. É nesse plano que se engendra a normatividade apta a garantir a coexistência estável de iguais espaços de liberdade e, conseqüentemente, o respeito pela pluralidade não circunscrita de valores e crenças. Rawls, conforme se sustenta no corpo do texto, recai na racionalidade atemporal, na medida em que atribui a esse plano contrafático, por ele designado “posição original”, a característica de um acordo hipotético por meio do qual os cidadãos livres e iguais vestem-se com o “véu da ignorância”. Devem, nesse sentido, separar-se de suas personalidades e de suas concepções de vida digna, historicamente situadas, para constituir, agora capazes de imparcialidade, as normas aceitáveis por todos, inclusive no que concerne ao respeito à pluralidade fática – a autonomia plena de indivíduos situados. Com isso, apesar de Rawls compreender, de certo modo, o fato da pluralidade como o desafio fundamental para a afirmação da contrafática posição original repele qualquer interação de aprendizado recíproco entre os dois planos. O espaço normativo das autonomias racionais, assim artificialmente isolado pelo “véu da ignorância”, passa a ditar normas de tolerância para os indivíduos inseridos em doutrinas compreensivas, fazendo as vezes da razão prática. (RAWLS, apud CITTADINO. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*, 2004, p. 75-139; RAWLS. *Liberalismo Político*, 1995.)

⁴³ HABERMAS. *Entre Naturalismo e Religião – Estudos filosóficos*, 2007, p. 115.

A razão, na caracterização comunicativa formulada por Habermas, diversamente da razão prática kantiana (solipsista), não se faz portadora de normas informativas para a ação. Surge, antes, sob o pano de fundo de formas solidárias baseadas em planos de convicção pré-modernos das próprias comunidades religiosas outrora dominantes. Estas, quando se veem desafiadas a sustentar seus dogmas – antes acolhidos espontânea e irrefletidamente pelos indivíduos – diante de pretensões secularizantes, experimentam, por um lado, a perda progressiva (atualmente, vertiginosa) de compreensibilidade, mas, por outro lado, reconstituem-se já num plano em que os dogmas – embora sem perder o cerne de convicções sagradas que aglutinam os seus integrantes – aparecem, extrinsecamente, como pretensões destinadas à construção de formas de convivência com comunidades concorrentes e com os próprios cidadãos secularizados. Vale dizer que mesmo estes últimos, embora de forma não tematizada, compartilham com os demais indivíduos aspectos fundamentais dessa base de “certeza imediata”, que se manifesta como eticidade, a sustentar a solidariedade pressuposta na construção do agir comunicativo. Tanto é verdade que, pelo menos nos países ocidentais, a problematização das influências religiosas no direito de família, tolhida pela falsa dicotomia entre contrato e instituição, nunca se mostrou suficiente para proporcionar a sua superação. Pode-se entrever, portanto, uma trama tensionada entre facticidade e validade, na qual as comunidades de valor, no mesmo passo em que se afirmam no plano de validade resultante dessa evolução, reconstroem-se como facticidade, em uma base estabilizada de convicções comuns não problemáticas. É uma manifestação particular do que Habermas define, em outra obra célebre, como “nivelamento da tensão entre facticidade e validade”:

Falta-lhe [ao mundo da vida] o nexu interno com a possibilidade de vir a ser problematizado, pois ele só entra em contato com pretensões de validade criticáveis no instante em que é proferido e, nesse momento da tematização, ele se decompõe enquanto pano de fundo do mundo da vida. Entretanto, há algo que lhe confere uma surpreendente estabilidade, imunizando-o contra a pressão de experiências geradoras de contingência: é o curioso “nivelamento da tensão entre facticidade e validade: na própria dimensão da validade é extinto o momento contrafactual de uma idealização, a qual ultrapassa respectivamente o que é factual e que poderia propiciar um confronto decepcionante com a realidade; ao mesmo tempo

permanece intacta a dimensão da qual o saber implícito extrai a força de convicções.⁴⁴

Se a concepção liberal (sobretudo de Rawls), apesar das substanciais diferenças acima descritas, recai nas antinomias de uma razão que se pretende atemporal, as posições comunitaristas, surgidas da crise da racionalidade kantiana, sustentam a impossibilidade de construção de um discurso jurídico laico apto a forjar a neutralidade do Direito. A ordem jurídica, não podendo desmentir suas origens pré-modernas – planos axiológicos que informam seus próprios conteúdos normativos –, seria incapaz de se constituir como espaço institucional discursivamente neutro. Portanto, as pretensões das comunidades religiosas, a par de não necessitarem de tradução laica para ingressar nos debates públicos cruciais sobre temas afetos às suas convicções inarredáveis, podem integrar a fundamentação do Direito, sem se desfazerem de feições dogmáticas espontaneamente acessíveis apenas aos respectivos adeptos. Para tanto, basta que prevaleçam na disputa política, impondo-se como expressão da vontade da maioria.

Na linha de argumentação desenvolvida por Habermas, a importância constitutiva das bases de convicção pré-modernas na gênese da moral pós-convencional e, conseqüentemente, do Direito moderno, sela a falência da pretensão de neutralidade liberal, como sendo fundada a partir de si mesma.⁴⁵ Contudo, não se pode negar que, nos vazios deixados pela desintegração dos liames sagrados, nasce o reclamo de construção normativa da convivência laica. Como o entendimento não mais se contenta com recursos sacralizados, instauram-se os espaços público-político e estatal e, conseqüentemente, um âmbito de comunicação entre cidadãos, o qual se faz esteio da configuração do Direito. E essa

⁴⁴ HABERMAS. *Direito e Democracia – Entre facticidade e validade*, 2003, p. 41-42.

⁴⁵ “Mesmo quando se apresentam como o ‘outro’ intransparente da razão, as tradições religiosas continuam, aparentemente, presentes, inclusive de modo mais intenso do que a metafísica. Seria irracional lançar fora, a priori, o pensamento, segundo o qual, as religiões mundiais – que são tidas como o único elemento sobrevivente das culturas dos velhos reinos, as quais se tornaram estranhas – conseguem manter um lugar em meio à estrutura diferenciada da modernidade porque o seu conteúdo cognitivo ainda não perdeu sua validade. Não podemos, em todo caso, excluir de todo que elas levam consigo certos potenciais semânticos capazes de desenvolver força inspiradora para a sociedade inteira, a partir do momento em que libertam seus potenciais de verdade profanos” (HABERMAS. *Entre Naturalismo e Religião*, 2007, p. 161).

esfera comunicativa, embora deva pressupor e acolher respeitosamente, no debate, a carga de eticidade trazida pelos participantes, crentes ou não, prevalece sobre tais particularismos axiológicos, exigindo-lhes que, ao se manifestarem como pretensões de validade, submetam-se à tradução para argumentos racionais, acessíveis a todos. Assim como não se pode cogitar numa neutralidade estatal imposta a indivíduos crentes, como se fosse uma espécie de pedagogia civilizatória, também é inconcebível a construção de normas de convivência entre indivíduos de comunidades religiosas diferentes e indivíduos desprovidos de crenças fora de um espaço construído como neutro. E isso somente é possível, na medida em que os indivíduos, sem que lhes seja exigido renunciar às convicções comunitárias pelas quais traçam suas vidas, dispõem-se a traduzi-las como pretensões de validade discursivamente universalizáveis. Gisele Cittadino sintetiza a posição habermasiana:

Habermas parte do pressuposto de que os sujeitos capazes de linguagem e ação estabelecem práticas argumentativas através das quais se asseguram de que, intersubjetivamente, compartilham de um contexto comum, de um “*mundo da vida*”. A eticidade concreta do mundo da vida é delimitada pela totalidade das interpretações que são propostas pelos sujeitos capazes de linguagem e ação. Há, portanto, um saber “*compartilhado intersubjetivamente pela comunidade de comunicação*”. Seriam, neste sentido, racionais os indivíduos que interpretam suas necessidades à luz dos padrões valorativos de sua própria cultura. Habermas, entretanto, amplia o conceito de racionalidade e designa como racionais os indivíduos que, frente aos seus padrões valorativos, têm capacidade de adotar um atitude reflexiva e, portanto, crítica. De outra parte, os valores culturais do mundo da vida não possuem qualquer pretensão de universalidade, na medida em que o seu reconhecimento intersubjetivo é capaz de revelar a sua “aceitação”, mas não a sua “justificação”. Daí a necessidade de ultrapassar o processo comunicativo inscrito no mundo da vida e ingressar, pela via desta racionalidade reflexiva e crítica, no território da “argumentação”⁴⁶ (grifou-se).

Mas o discurso da tolerância, tal como explicitado – o espaço público-político permeável à convivência construtiva de comunidades de valor, que, inclusive podem influenciar a formação da vontade geral, respeitando o uso universalizante da linguagem –, abre caminho para reflexões que, embora o tenham como pressuposto, ultrapassam o âmbito de uma proposta restrita à coexistência de comunidades de

⁴⁶ CITTADINO. *Pluralismo Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*, 2004, p. 108.

valor. A dissolução do sagrado e da tradição desafia a construção de um plano de normatividade incondicional, no qual as pretensões caras a comunidades religiosas devam, a um só tempo, obter respeitoso acolhimento para o debate e, em contrapartida, adequar-se a padrões de linguagem generalizantes. Trata-se, no decorrer do processo de afirmação do espaço público-político neutro, do surgimento de uma identidade individual que desborda os discursos de reconhecimento relacionados a comunidades axiológicas.

Na pré-modernidade ocidental, o mundo da vida refletia, sem filtros críticos, os dogmas salvíficos da Igreja. As restritas opções individuais constituíam mero espelhamento da concepção cristã intransponível do “bem”. O desencantamento do mundo e a conseqüente demanda por uma normatividade laica voltada para o devir abalam, em crescente medida, a compreensibilidade de tal comunidade religiosa, levando os seus integrantes a conviver com concepções religiosas diversas e com opções não religiosas. Mas, por força da referida estabilização entre facticidade e validade, o arcabouço dogmático cristão, com variações entre estados nacionais – decorrentes de peculiaridades culturais e, mesmo, de diferenças religiosas cismáticas (católicos e protestantes) –, recompõe-se, como plano acrítico de eticidade. Ainda hoje, do ponto de vista da política internacional, o núcleo explosivo das grandes contendidas – sobretudo aquelas que contrapõem os países centrais do ocidente e países orientais – é integrado, também, por etnocentrismos de fundo religioso, com amplo apelo entre os respectivos povos. Isto, sem que os contendores ocidentais, pretensamente civilizados, deem-se conta de que são inconciliáveis a ideia de neutralidade do Estado e a assunção de perspectivas de uma comunidade religiosa, ainda que esta seja hegemônica no território sujeito à soberania.

No que interessa à presente exposição, o plano do saber irrefletido em que a tradição religiosa se reconstrói, após cada sobressalto crítico no interior do mundo da vida, diz respeito ao tratamento jurídico da família. Este reproduziu e – pretende-se – ainda reproduz, seja textualmente, seja como ecos axiológicos, conteúdos oriundos de tabus religiosos, os quais servem a insistentes relações desiguais de poder. Prestigiava-se, a propósito, até meados do século XX, a autoridade impositiva do homem, chefe da família, em detrimento da condição da mulher, cuja inferiorização já presente na sacralizada família antiga (romana) remonta às

interpretações bíblicas dos primeiros padres da Igreja.⁴⁷ Distinguia-se a prole legítima dos filhos extraconjugais, como expressão da exclusividade da família fundada no casamento, numa derivação do pessimismo sexual cristão: o ato sexual presta-se apenas à procriação, sendo a vivência casta imperativa, também, para os indivíduos não integrantes do clero. A proposta liberal, já imbuída da pretensão de neutralidade do Estado, não proporcionou, todavia, substratos críticos para o enquadramento jurídico da família.⁴⁸ A pretensão de reduzir o casamento ao simples contrato de direito privado, numa leitura rasa da autonomia privada, só fez absorver, quase sem retoques, os mesmos elementos da sagrada discriminação, com os novos contornos da vida privada burguesa. Esse fenômeno pode ser lido, em uma perspectiva diferente, mas não conflitante, como o compartilhamento, entre religiosos e não religiosos, do mesmo horizonte de sentido não problematizável amalgamado pelo sagrado. Apenas nas primeiras décadas do século XX, pode-se perceber a emergência de um potencial de eficaz desconstrução do ainda sagrado estatuto da família.

Nesse sentido, os movimentos de afirmação dos direitos da mulher e, mais tarde, de homossexuais – cidadania e autonomia privada plenas, reconhecimento etc – não podem ser vistos apenas na perspectiva restrita dos anseios manifestos de igualdade jurídica. Eles propiciam o incremento da reflexão sobre uma identidade individual propriamente dita. O horizonte não problemático compartilhado depara-se com uma concorrência diferente daquela que confronta comunidades axiológicas antigas – cada qual com seus arcabouços dogmáticos – entre si e com cidadãos seculares. Os integrantes de comunidades axiológicas são desafiados, na esteira da dissolução de compreensibilidade de suas doutrinas, a descentrarem-se (o que não significa abdicar) de suas posições fundamentais, para construir apenas uma neutralidade normativa propícia à convivência com comunidades divergentes. Diversamente, no referido processo de incremento da identidade individual, as bases de pronto conhecimento são confrontadas por movimentos típicos da modernidade, sem vinculação com elementos sagrados e, principalmente, animadas por claras pretensões de dissolução de empecilhos sociais e jurídicos neles assentados.

⁴⁷ Tema desenvolvido no Capítulo 1.

⁴⁸ Tema desenvolvido no Capítulo 2.

Na concorrência de comunidades religiosas, a vida familiar constitui um capítulo importante das respectivas doutrinas, sendo certo que, pelo menos no interior das três grandes religiões monoteístas, o *status* inferiorizado da mulher e dos filhos diante da autoridade masculina difere apenas em intensidade. Os debates desenvolvidos estritamente entre doutrinas não se prestam, por força do seu conteúdo dogmático, a problematizar a família intrinsecamente, pois os tabus compartilhados perfazem um plano essencial de convergências em torno do tema. Mesmo a noção de cidadania secular, tomada isoladamente, na idealização liberal da sociedade política e da sociedade civil, como já foi vista (no presente capítulo e no anterior), só faz reproduzir tradições que não são tocadas pela linear concepção de sujeito de direito que a informa.

Consequentemente, prevalecem modelos familiares compatíveis com a doutrina religiosa hegemônica no interior de cada sociedade. Trata-se, em suma, de uma colonização residual do indivíduo, na sua esfera potestativa de realização, pela comunidade de valor que logra fazer com que suas concepções acerca da família sejam absorvidas, sem tradução universalizável, pelo direito. Nesse contexto, forma-se uma contradição desconcertante para as pretensões emancipatórias da modernidade. É dizer que, no plano linear, liberal, das relações negociais, em que os envolvidos vinculam-se reciprocamente, garantidos e limitados, em última análise, pela coerção estatal – seja para preservar a esfera patrimonial, seja para impor as restrições típicas do denominado Estado social – conhece-se o indivíduo autônomo.⁴⁹ Mas, precisamente, no plano da expressão particularíssima do indivíduo, no recesso potestativo de realização da personalidade – afetos e opções

⁴⁹ Para afastar qualquer dúvida quanto ao ponto de vista aqui adotado, não se tem nas restrições promovidas pelo Estado social uma oposição, senão empírica, à autonomia de vontade, mas, antes, uma tentativa de criação de condições para o exercício ampliado dessa autonomia. Segundo Habermas: “A restrição às liberdades fundamentais clássicas na esfera social, que se distingue tanto da esfera privada mais estreita, como da mais ampla, não deve ser atribuída à interferência de outros princípios jurídicos, tais como a justiça social ou a responsabilidade social. O que parece ser uma limitação constitui apenas a outra face da implantação de liberdades de ação subjetivas iguais para todos; pois a autonomia privada, no sentido desse direito universal à liberdade, implica um direito universal à igualdade, ou seja, mais precisamente, o direito ao tratamento igual conforme as normas que garantem a igualdade do conteúdo do direito. Se uma das partes sofrer, de fato, restrições com relação ao status quo ante, não se trata de restrições normativas derivadas do princípio da liberdade jurídica, e sim da eliminação dos privilégios incompatíveis com a distribuição igual de liberdades subjetivas, exigida por esse princípio” (HABERMAS. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, 1997, p. 138)

livres de construção da vida familiar, dentro do foco temático deste trabalho –, ele se vê cooptado e, depois, constrangido pela indisponibilidade decorrente da institucionalização jurídica de formas religiosas arcaicas, pelo simples fato de que estas expressam, ainda, uma decisão política majoritária.

Como um salto qualitativo sobre esse espaço público ainda restrito, os movimentos minoritários modernos constituem manifestações emblemáticas da fundação de uma ampliada identidade individual. Seus questionamentos afetam a instituição familiar, interiormente, incompatíveis que são com os tabus dominantes, entre os quais aqueles elevados ao plano do direito positivo. Cumpre destacar, nesse particular, o movimento feminista, cujas conquistas já se consolidaram juridicamente a partir da segunda metade do século XX. Não sendo tributárias de comunidades de valor antigas, essas minorias contribuem, em um arranjo de reciprocidade com os demais cidadãos laicos, para que o tratamento jurídico da família despenda-se da tipologia derivada de doutrinas dominantes. Abrem caminho para que as opções individuais pertinentes à vida familiar encontrem espaços de manifestação isentos de prévia tipificação jurídica, que não é senão manifestação temporã da concepção religiosa dominante. E, por meio dessa pluralidade emergente, a família começa a se insinuar como fenômeno comunitário pré-discursivo de restrita apropriação jurídica. O discurso do direito, por sua vez, inicia uma nova etapa rumo à neutralidade, pois deixa de ser instrumentalizado pela moralidade religiosa da maioria. Passa a acolher, com efeito, formas múltiplas e indefiníveis de existência familiar, as quais, de inspiração religiosa ou não, podem reclamar igual respeito.

A disputa entre comunidades religiosas, diante de imperativos de convivência postos pela laicização e pela conseqüente necessidade de construção do espaço político e institucional neutro em face da pluralidade de visões do mundo, deixa entrever apenas crentes aderidos aos seus credos. Cabe-lhes, em debates públicos sobre temas que perpassam suas convicções fundamentais (como, por exemplo, o aborto, a eutanásia etc), sustentar posições, traduzindo-as em uma linguagem universalizante, e sujeitarem-se a uma resultante normativa eventualmente desfavorável. Já a ampliação da identidade individual, decorrente do questionamento específico da entidade familiar, embora afete o debate entre

comunidades de valor e seja atingida, em última análise, por essa disputa entre concepções religiosas e laicas, permite entrever o surgimento de um âmbito exclusivamente potestativo da realização individual. Essa nova eticidade, reconhecida difusamente por todos, é, ela mesma, consequência da trama neutralizante em que se constitui e se reproduz o espaço público-político. Mas, uma vez engendrada, libera-se de imposições racionalizantes desse espaço. O indivíduo, nesse âmbito potestativo, não se submete às deliberações do espaço público, a não ser nos pontos em que a convivência das individualidades exige intervenção heterônoma.

O aprofundamento do espaço público-político neutro, o qual foi fomentado pelo aparecimento de opções individuais não pertencentes a comunidades de valor antigas, engendra um universo de pertencimento que não mais se remete ativamente a tal neutralidade. Trata-se de uma instância não discursiva, cujas “pretensões” – por isso mesmo – não se sujeitam à aprovação dos demais indivíduos. Mas, por outro lado, reporta-se passivamente ao espaço discursivo, pois depende da estabilidade deste para existir, na medida em que não mais se permita que pretensões de comunidades religiosas acerca da identidade individual tornem-se, por meio do Direito, imperativas para todos.

Mesmo assim, em que pesem os apreciáveis reflexos jurídicos dos mencionados movimentos libertários no assim chamado Estado democrático de direito, os capítulos seguintes tentarão responder se tais aquisições normativas e as doutrinas modernas que tentam interpretá-las reconhecem e atendem plenamente as pretensões universalizantes do discurso jurídico. Ou se a evolução da identidade individual, na sua manifestação potestativa, ainda esbarra em empecilhos comunitários e axiológicos impropriamente juridicizados.

CAPÍTULO 4. A TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO E AS BASES DA POTESTATIVIDADE – A IDENTIDADE INDIVIDUAL COMO RECESSO INSUSCETÍVEL DE IMPUTAÇÃO JURÍDICA⁵⁰

Uma vez estabelecida a identidade individual como espaço incoercível da autonomia,⁵¹ aquisição percebida neste estágio avançado da modernidade, é imperativo abordar de que modo o direito, do ponto de vista da teoria do discurso, lida com ela. E, nesse sentido, a partir do reconhecimento das incongruências do civilismo, enredado no estéril debate sobre a natureza da família matrimonial,⁵² deve-se cogitar sobre quais são os limites da tutela jurídica sobre a família, tendo em conta a afirmação do referido âmbito potestativo.

Antes da virada para a modernidade, bases de entendimento não problemáticas, estabelecidas sob instituições arcaicas, tradicionais, na conjugação entre a autoridade e o sagrado, inseriam-se, inatacáveis, nas consciências, cingindo os comportamentos individuais ao mero espelhamento de preceitos dogmáticos. Daí se afirmar que:

Nessas instituições, o saber que se torna disponível forma-se através da fusão entre facticidade e validade, mediado pelo agir comunicativo que canaliza, através de tabus, o agir para uma base comum. As ações recebem uma orientação imediata por parte dessas instituições, que, por sua vez, sedimentam as relações sociais.⁵³

O surgimento do indivíduo moderno, com seus reclamos de normatividade laica, produziu a distinção entre facticidade e validade e, conseqüentemente, a possibilidade de dissenso, no compasso da dissolução das comunidades de valor compreensivas. Na ruptura dessa fusão pré-moderna, a dimensão da validade manifesta-se como crivo crítico, a desafiar as bases de convicção situadas no

⁵⁰ Neste capítulo, foram conferidos, no que se refere à teoria discursiva do direito, Luiz Moreira (MOREIRA. *Fundamentação do Direito em Habermas*. 2004. p. 99 – 170) e Jürgen Habermas (HABERMAS. *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*, 2003, p. 17-63 e p. 139-168).

⁵¹ Cf. Capítulo 3.

⁵² Cf. Capítulo 2.

⁵³ MOREIRA. *Fundamentação do Direito em Habermas*, 2004, p. 114.

sagrado e na tradição, abalando-lhes progressivamente a compreensibilidade. Na medida em que as instituições tradicionais veem-se compelidas a sustentá-las diante de pretensões racionais, essas bases desprendem-se de seu plano não problemático, submetendo-se à falibilidade, com o que se abre o caminho para a sua superação.

Entretanto, as pretensões secularizantes e a tendência ao dissenso produziram, nas sociedades modernas, a dificuldade de estabelecer padrões normativos, diante da pluralidade de opções disponíveis à tomada de posição dos indivíduos. Isso se explica porque os imperativos de integração social, antes reportados à tradição, restaram enredados na perplexidade suscitada pela incapacidade de encontrar a respectiva base de validade. A partir desse marco interrogativo, Habermas desenvolverá o conceito de agir comunicativo, propondo que uma linguagem reconhecida e praticada intersubjetivamente, sob critérios públicos de racionalidade, promoverá a integração social.

A dificuldade fundamental dessa integração, inserida em sociedades plurais e secularizadas, reside na insuficiência dos processos de entendimento para regular as múltiplas ações estratégicas emergentes da secularização, especialmente fomentadas pelos sistemas do dinheiro e do poder. Com o desmantelamento das comunidades de valor compreensivas, os dois sistemas em questão, liberados do substrato unificador do sagrado e da tradição, tornaram-se autônomos em relação ao mundo da vida, desenvolvendo um potencial extraordinário para colonizá-lo, de modo a perturbar os laços de integração solidária dos indivíduos, que antes se estabilizavam em bases de convicção acríticas.

O apelo colonizador de tais sistemas reflete-se na convivência social, determinando a proliferação de ações puramente estratégicas, atribuídas aos indivíduos que atuam apenas inspirados pela busca do sucesso. Esse agir instrumental bate-se contra o plano do agir comunicativo, próprio aos indivíduos que, em suas interações com os outros, buscam o entendimento, sob a mediação da linguagem. A ação comunicativa constitui, portanto, o plano contrafactual racional voltado para a construção da moral pós-convencional, ao passo que o agir estratégico é portador do potencial fático do dissenso.

Todavia, mesmo aqueles que agem instrumentalmente, desprezando empecilhos lançados por pretensões normativas hauridas da racionalidade comunicativa, deparam-se com os obstáculos objetivos inerentes à convivência com atores estratégicos concorrentes. Desse modo, a própria ação estratégica, em última análise, a fim de viabilizar o sucesso de cada um, demanda pretensões de validade reconhecidas intersubjetivamente, induzindo o desenvolvimento de uma dimensão normativa de transcendentalidade fraca,⁵⁴ na qual o risco do dissenso, inexistente em uma comunidade de atores voltados ao entendimento, enseja a conjugação entre a liberdade subjetiva e a sanção do direito objetivo, na raiz do direito moderno. Vale dizer: o risco do dissenso significa a possibilidade de que alguma ação estratégica viole pretensões de validade comunicativamente reconhecidas.

Recorrendo, de início, à teoria kantiana, Habermas estabelece a validade do direito a partir da relação interna entre coerção e liberdade. Sob a égide da razão solipsista, o direito apresenta-se como o garante do somatório de liberdades individuais, contando, em última análise, com a chancela da coerção: a liberdade de cada um sustenta-se na sanção jurídica, que opera no sentido de impedir que o abuso no exercício da liberdade por um indivíduo comprometa a realização da liberdade dos outros. O direito, desse modo, supriria a moral, na medida em que, uma vez excedido o campo da adesão espontânea apropriado a esta, intervém para promovê-la por meio da coerção.

Para Habermas, entretanto, a validade do direito não se sustenta em uma liberdade abstrata, tida como qualidade apriorística de cada indivíduo, nem mesmo como propriedade da razão. Ela advém de procedimentos juridicamente válidos – emblematicamente expressos no processo legislativo –, permeados por um arranjo basilar racional. Nesse plano imperativo (“coerção não-coercitiva”, segundo Habermas), os indivíduos, reconhecendo-se iguais, como seres de linguagem,

⁵⁴ O termo transcendentalidade fraca, na visão habermasiana, opõe-se à pretensão de transcendentalidade kantiana, que tinha na razão atemporal – portanto, provida de transcendentalidade forte – a instância geradora das normas morais, às quais o Direito subordinava-se como instância complementar. Cabia-lhe pouco mais do que acolher conteúdos provenientes da razão prática e sancioná-los com a ameaça do uso da força, a fim de prevenir as condutas dissonantes.

atribuem-se reciprocamente direitos de participação, de modo que os enunciados e decisões resultantes do procedimento tornam-se aceitáveis por cada participante.

A racionalidade da atribuição recíproca de direitos de participação no espaço público-político resulta na sujeição de cada um dos participantes aos melhores argumentos aferidos no debate. Isso garante que os integrantes da sociedade possam se reconhecer, performativamente, como autores e destinatários do direito. Sobre essa base neutra, ou seja, desprovida de valores prévios ao discurso, os conteúdos, sempre marcados pela revogabilidade, são traduzidos em enunciados normativos. Assim, pela compatibilidade com procedimentos racionais, o direito encontra uma de suas dimensões de validade, pertinente à legitimidade.

A legitimidade, por sua vez, municia a dimensão da validade social, relativa à eficácia do direito. Esta é aferida por meio da recepção fática das normas jurídicas pelos destinatários. Nesse plano, o direito vale-se da possibilidade de sanção, a ser aplicada, sobretudo, pelo aparato judicial, por meio do monopólio da força. Essa “facticidade artificial” consiste no sucedâneo de formas de sociabilidade assentadas no sagrado e na tradição. Com a dissolução das bases pré-modernas não problemáticas de integração social, a legitimidade dos procedimentos destinados à produção de normas jurídicas, conjugada com a eficácia garantida pela atuação do aparato coercitivo, passa a promover a coesão social.

A validade do direito, portanto, não mais se resolve em compreensões comuns tradicionais. Fundamenta-se, antes, na suposição de legitimidade do ordenamento jurídico, na medida em que ao destinatário não é dado recusá-la. A estrutura discursiva do procedimento, em que se pressupõem partícipes voltados para o entendimento, faz dele também autor da norma. Diz-se suposição de legitimidade porque a elaboração de normas e decisões, nas democracias modernas, cabe a esferas decisórias artificiais (poder legislativo, poder judiciário, esferas administrativas, conselhos etc), calcadas na representação, direta ou indireta, da vontade popular, o que perfaz, como contraponto ao risco de dissenso, a aceitabilidade do ordenamento jurídico para a estabilização da vida social. Não se pode falar em aceitação, pois esta supõe o êxito de discursos morais conduzidos entre atores voltados ao entendimento. Estes, sempre concebidos num sentido ideal,

realizariam a fusão, desta feita reflexivo-reconstrutiva (racional), entre validade e facticidade.

A construção habermasiana da teoria discursiva do direito assenta-se sobre três premissas. Primeiramente, verifica-se a superação crítica da razão prática, visto que a razão comunicativa não se presta a informar a conduta. Desse modo, afasta-se do imperativo categórico kantiano, segundo o qual um conceito acabado de liberdade fundado no sujeito possibilitaria, por meio do teste racional e abstrato da universalização de máximas, o estabelecimento de condutas compatíveis com a convivência de autonomias individuais concorrentes. A segunda premissa, corolário da primeira, diz da validade falível intrínseca ao direito. Este deixa de ser pouco mais que um reflexo da moral pretensamente transcendente, que se confunde, no racionalismo clássico, com a razão prática, para tornar-se a resultante da institucionalização procedimental. Daí a validade das normas jurídicas – que, no sistema da razão prática, seria tributária da instância abstrata da moral – franqueia-se permanentemente à possibilidade de problematização, tornando-as revogáveis pelo próprio procedimento institucionalizado que as criou. Na terceira perspectiva, superada a razão apriorística, com sua pretensão de definir de forma fundante normas para a conduta, estabelece-se a relação de cooriginariedade entre direito e moral. Isso porque, como não mais se vislumbra uma razão prática definidora de condutas, lançando bases incondicionais para a criação de normas de ação, tanto a moral pós-convencional como o direito somente podem nascer “a partir das reservas da eticidade substancial em decomposição”, por meio da atuação mediata da racionalidade comunicativa.⁵⁵

A partir de tal constatação, o caráter incondicional desloca-se da razão prática, orientadora de condutas, para o princípio do discurso, provido de neutralidade deontológica. A discursividade, conquanto definida em termos abstratos, permeia os esforços de entendimento contidos em atos comunicativos cotidianos, por meio dos quais os indivíduos, iguais no plano da linguagem, levantam pretensões de validade, submetendo-as à aceitação dos demais. Desse modo, o discurso já se apresenta como elementar para a estabilização da

⁵⁵ HABERMAS. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, 1997, p. 10.

convivência social. O princípio do discurso, nesse intento, insere-se no universo jurídico como princípio da democracia. Este, por sua vez, é compatível com a superação da subordinação efetuada por Habermas, em forma de complementaridade, do Direito positivo ao Direito natural, antes exposta nas “*Tanner Lectures*”.⁵⁶ A institucionalização jurídica do princípio do discurso, como princípio da democracia, tem no processo legislativo a sua principal expressão. Mas, longe de exaurir a implementação discursiva, o processo legislativo, por si só, não garante a legitimidade do Direito, pois pode se realizar arbitrariamente. Sua efetivação, portanto, não pode ser dissociada do plano de atribuição recíproca de iguais direitos, que caracteriza uma comunidade jurídica.

A definição de comunidade jurídica, essencial para a proposta deste capítulo, é obtida por meio da diferenciação habermasiana entre moral e direito. Essas duas instâncias são tratadas, na teoria da razão comunicativa, como especificações do princípio do discurso, assim expresso sinteticamente: “D: São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”.⁵⁷ No âmbito de especificação da moral pós-convencional, a fragmentação do arcabouço coeso da tradição, por um lado, relega as regras até então preponderantes na determinação das condutas individuais à condição de convenções, costumes e direito consuetudinário.⁵⁸ Essas categorias passam a gozar de uma normatividade restrita a comunidades antigas, ou, no máximo, são admitidas no sistema jurídico de estados nacionais, nos quais tais comunidades ainda são hegemônicas.

Já a moral, diante da complexidade cognitiva própria a essa nova realidade, desveste-se da pretensão imperativa de fornecer preceitos conteudísticos para condutas individuais. Torna-se mais um recurso do saber, a propiciar, sempre na dependência dos ânimos individuais de participantes do discurso, diretrizes de coordenação para a solução de questões morais. É por isso que, salvo em uma concepção idealizada de agentes voltados ao entendimento, a moral vê-se fragilizada como fator de coesão social. As sociedades complexas sobrecarregam

⁵⁶ Escrito anterior a *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, inserido no volume II da edição brasileira desta obra (HABERMAS. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. 1997. p. 193-325).

⁵⁷ HABERMAS. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, 2003 p. 142.

⁵⁸ HABERMAS. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, 2003. p. 149.

cognitivamente o indivíduo na busca da definição de formas solidárias de agir. E, mesmo se se admitisse tal conhecimento, a exigência de motivação (força da vontade) individual para a adesão à moral não permitiria que esta se afirmasse como estabilizadora da convivência. Tal fragilidade, inerente à moral, franquearia a vida social a interações estratégicas incontroláveis, porquanto comprometeria a eficaz imputação intersubjetiva de normas, mercê da perplexidade intransponível dos indivíduos, seja na propositura, seja na resolução de questões relacionadas a normas de conduta. Segundo Habermas:

[...] o problema da fraqueza da vontade acarreta o da *imputabilidade*. De acordo com uma moral da razão, os indivíduos singulares examinam a validade de normas, pressupondo que estas são seguidas faticamente por cada um. E, se a validade das normas implica o assentimento racionalmente motivado de todos os atingidos, sob a condição de uma prática de obediência geral a normas, então não pode ser *exigido* de ninguém que se atenha a normas válidas, enquanto a condição citada não estiver preenchida. Cada um deve poder esperar que todos sigam as normas válidas. Normas válidas só são imputáveis quando puderem ser impostas faticamente contra um comportamento desviante.⁵⁹

O suprimento desses dois aspectos da fragilidade da moral – o cognitivo e o fático – encontra, na especificação discursiva do direito, a via de estabilização das relações sociais. A moral vê-se desafiada por uma realidade não circunscrita, ou seja, interseções naturais entre indivíduos, tomados na integridade de suas biografias individuais, valores e ânimos particulares. O direito, ao contrário, pressupõe uma comunidade artificial, criada de forma reflexiva sob mediação do próprio código jurídico. E isso se realiza, numa aplicação do princípio do discurso, pela atribuição de qualificações jurídicas (pessoa natural, associações, sociedades, proprietário etc) e pela tipificação de relações destinadas a circunscrever os partícipes a interações extrínsecas (contrato, domínio, função social da propriedade, interesse público etc). É dizer que, por força do *medium* jurídico, os participantes do discurso, assim aliviados da sobrecarga das questões morais, capacitam-se a atribuir reciprocamente direitos. E tal se dá por meio da supressão das condições imponderáveis da ambiência natural.

Trata-se de uma intersubjetividade criada, que permite, por um lado, cingir as resultantes normativas dos debates públicos aos sujeitos de direito (não aos

⁵⁹ HABERMAS. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. 2003. p. 152.

indivíduos naturais) e, por outro, autoriza a supressão das condutas desviantes, valendo-se da sanção jurídica. Os indivíduos são liberados de buscar, necessariamente, o entendimento, senão o sucesso de suas ações, ao passo que o direito fica autorizado a limitar, sob ameaça de sanção, as esferas possíveis do êxito individual, a bem da convivência social.

É essa artificialidade que instaura a relação de complementariedade entre autonomia privada – desdobrada na declaração de direitos subjetivos – e autonomia pública – manifestada como soberania popular. Permite-se que os indivíduos, uma vez titulares de ambas, reconheçam-se, ao mesmo tempo, como autores e destinatários das normas jurídicas, donde estas se qualificam como aceitáveis, por legítimas, e, no mesmo passo, são garantidas pela coerção. Longe de negar a moral pós-convencional, a circunscrição artificial da comunidade jurídica promove a sua universalização, ao restringir o âmbito do discurso e, assim, garantir a reflexividade das soluções normativas – uma vez que as normas jurídicas são produzidas por e para pessoas juridicamente construídas. A proposta reconstrutiva da moral, vista pelo filtro do direito, torna-se cognitivamente acessível e compartilhável, formando, por conseguinte, o substrato de legitimidade para que o direito, se necessário, manifeste-se como coerção.

A circunscrição jurídica da intersubjetividade, na mesma perspectiva em que cria as condições para o êxito da relação construtiva entre autonomia pública e autonomia privada, traz à luz o seu contraponto: a dimensão metajurídica em que habita a identidade individual. A ambiência natural das interações que desafiam a intervenção da moral pós-convencional não permite distinguir a ação individual vinculante dos comportamentos personalíssimos, nos quais o indivíduo prescinde da alteridade para fruir a forma de vida que tomou para si. Apenas a especificação discursiva do direito possibilita tal distinção. A forma jurídica engendra a igualdade extrínseca entre os indivíduos, transformados em sujeitos de direito. E a igualdade sustenta uma trama de imputações irrecusáveis entre os membros da comunidade jurídica, vez que o sujeito de direito, sendo titular das mesmas qualificações reciprocamente atribuídas, não pode alegar peculiaridades valorativas individuais para recusar ao semelhante os direitos resultantes dessa reciprocidade.

Em contrapartida, porém, não é dado à comunidade jurídica, sob nenhum pretexto de precedência sobre o indivíduo natural, suprimir particularidades valorativas atinentes à pura e simples fruição da liberdade. A artificialização promovida pelo direito, aliás, somente tem sentido se se prestar à tutela externa das formas individuais de vida, sob pena de se negar a pluralidade característica da modernidade: na hipótese absurda de uma inversão da facticidade pré-moderna, a comunidade jurídica terminaria por instaurar uma contrafactualidade totalizante, suprimindo a possibilidade de realização das identidades “coletivas” e individuais.

A identidade individual constitui, portanto, uma esfera que é liberada pelo processo de formação discursiva do direito, posta normativamente como espaço de permissividade, e, por isso mesmo, infensa a interações racionais típicas do discurso. Nesse âmbito, a igualdade jurídica não é possível e nem devida, pois nele têm lugar opções pessoais, ligadas ou não a atos intersubjetivos de reconhecimento comunitário, correspondentes a bases de convicção não problemáticas ou, mesmo, não problematizáveis. E a ausência de problematização, cingindo tais interações à facticidade valorativa, repele a intervenção da dimensão contrafactual da discursividade do direito. Daí se inferir que relações naturais – aqui compreendidas como interações liberadas pela especificação discursiva do direito – não ensejam o nascimento de relações jurídicas, pois não são reconhecíveis racionalmente. Habermas, com as usuais ressalvas críticas em relação à concepção kantiana da autonomia privada – nas suas pretensões originárias e atemporais –, destaca, no marco reconstrutivo da teoria do discurso, a validade formal do recesso potestativo da identidade individual, sob a tutela exterior do direito:

Na base de direitos, igualmente distribuídos, os deveres do direito só se colocam a partir das expectativas justificadas que outros dirigem a nós. Tal assimetria pode ser explicitada pela autolimitação do direito moderno, o qual permite tudo o que não esteja explicitamente proibido. Já que o direito serve primariamente à proteção das esferas da vida privadas e autônomas contra intervenções arbitrárias de um poder público. Ao passo que o poder penetrante da moral abrange todos os domínios da vida, não conhecendo nenhum limiar entre a consciência privada e a responsabilidade pública. O direito é uma forma seletiva, não-holista, de regulação do comportamento, não atingindo o indivíduo na figura concreta de uma pessoa individuada em uma história de vida. Ele atinge as pessoas, porém, somente à proporção que pessoas naturais assumem o status artificial e

extremamente circunscrito de pessoas de direito, isto é, de portadores de direitos subjetivos.^{60 61}(grifou-se)

Examinada a questão por outro ângulo, tem-se que a especificação discursiva do direito, no plano da autonomia privada, é reclamada para proporcionar a coordenação contrafactual do agir estratégico, que, por sua vez, supõe o conflito de interesses de indivíduos voltados ao sucesso. As interações não conflituosas, pertinentes a eticidades coletivas (comunidades de valor) e identidades individuais, constituem espaços intangíveis da liberdade, os quais remetem a intervenção do direito à posição de garante externo de sua realização.

Nesse ponto, tomada a modernidade na perspectiva dinâmica do desencantamento do mundo e do correlato desenvolvimento de espaços públicos neutros – político e estatal –, o papel do direito consiste em suprimir pretensões coercitivas de comunidades de valor. Na linha do que já se expôs no capítulo anterior,⁶² a dissolução das bases do sagrado e da tradição, outrora inconteste guias das ações e valores dos indivíduos, acarreta a perda de compreensibilidade das comunidades religiosas, que, então, veem-se desafiadas a sustentar suas pretensões. E, nesse intento, no ainda exíguo espaço público-político do Estado liberal, mercê da supostamente exauriente razão prática, tais comunidades predominantes lograram persistir em conteúdos normativos jurídicos, de que se tem, como melhor exemplo, o modo de regulação da vida familiar. Assim, cabe ao direito

⁶⁰ HABERMAS. *Entre Naturalismo e Religião*. 2007, p. 106.

⁶¹ No trecho que se segue, Habermas expõe o ponto de vista liberal, acerca das esferas potestativas, desenvolvendo, nos parágrafos seguintes, as conhecidas críticas aos liberais, no que se refere à mitigação do papel da soberania popular na constituição dos próprios espaços privados. Entretanto, a comparação com o texto citado no corpo deste trabalho permite inferir a proximidade entre a teoria discursiva e os liberais, no que se refere ao reconhecimento de um âmbito potestativo, infenso à imputação jurídica: “A liberdade positiva da pessoa ética concretiza-se na realização consciente de uma biografia individual e manifesta-se em esferas privadas onde as biografias dos membros do mundo da vida, compartilhado intersubjetivamente, entrelaçam-se no quadro de tradições comuns e no nível de interações simples. Por ser ética, essa liberdade não depende da relação jurídica; ao mesmo tempo, porém, ela não é possível sem a liberdade jurídica. Noutras palavras, as liberdades clássicas do direito privado, tais como os direitos da personalidade, da proteção do indivíduo, os direitos de autonomia dos contratos e da propriedade privada, o direito privado de associações, protegem esta esfera íntima, onde a pessoa ética pode sair do casulo do sujeito de direito e documentar, de certa forma, o valor de uso, ético e metajurídico da liberdade jurídica” (grifou-se) (HABERMAS. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, 1997. p. 135-136).

⁶² Cf. Capítulo 3.

– ao mesmo tempo, *medium* e expressão da relação interna entre soberania popular e declaração de direitos – realizar a pretensão laica que desveste o arcabouço normativo de conteúdos valorativos de comunidades axiológicas majoritárias.

Tal processo, além de propiciar o convívio de comunidades religiosas concorrentes, garantindo-lhes, também, igual acesso comunicativo aos espaços públicos (político e institucional), desvincula, ao suprimir a instrumentalização da coerção estatal por maiorias religiosas, a trajetória das identidades individuais de desígnios comunitários predefinidos. A propósito, a expressão eticidades coletivas, nesse contexto, reveste-se de singular provisoriedade. Na medida em que a institucionalização discursiva do direito liquida as pretensões coercitivas internas às comunidades de valor, a tutela jurídica das eticidades coletivas torna-se tributária da tutela das manifestações plurais da individualidade. A autonomia gestada no ocaso inexorável do mundo encantado, quando o indivíduo se depara com eticidades diversas daquela interação comunitária em que se formou, manifesta-se reflexivamente pelo juízo do indivíduo sobre a própria biografia. Gisele Citadino, a propósito, em artigo inserido em coletânea comemorativa dos oitenta anos de Habermas, comenta a precedência da identidade individual sobre a coletiva:

São claras as conseqüências normativas desse compromisso com uma autonomia moral que nos garanta o direito de *pular fora*. Necessitamos, sem dúvida, de uma teoria da justiça ancorada em um ponto de vista deontológico que nos assegure um sistema de direitos capaz de transformar esse indivíduo moral autônomo em autor e sujeito de direito. Esse processo de atribuição de direitos não pode estar simplesmente ancorado em uma herança cultural comum. É preciso esclarecer que o processo de atribuição de direitos não é posterior ao sentimento de pertencimento a uma comunidade, porque o sistema de direitos não pode ser considerado apenas uma expressão valorativa de um sistema cultural específico. Ainda que tenha surgido, como ideal normativo, em um mundo particular de cultura, isto não significa que não possa ser visto como resultado de um processo reflexivo a partir do qual os indivíduos podem tomar certa distância em relação às suas próprias tradições e aprender a entender o próximo a partir de sua própria perspectiva. Se estamos falando de sociedades democráticas em que os cidadãos asseguram a todos, como legisladores, esferas de liberdade em face da autodeterminação moral de cada um, não há dúvidas de que ninguém encontrará obstáculo normativo à realização de seus projetos pessoais de vida. O sistema de direitos que assegura os direitos culturais para aqueles que pretendem dar continuidade ao que receberam de seus antepassados é o mesmo sistema de direitos

que permite a qualquer outro a possibilidade de *pular fora*.⁶³ (grifou-se)

Cria-se, então, uma espécie de descentramento, por meio do qual o indivíduo – entre pertencer à comunidade valorativa que o formou e a autonomia que adquiriu, como membro da comunidade artificial do direito – libera-se de qualquer vínculo compulsório comunitário. Em suma, ao indivíduo autônomo é permitido dispor de preceitos oriundos de sua comunidade de valor original. Cabe-lhe, ao sabor da potestatividade, aderir a outra comunidade, laicizar-se e, mesmo, enfim, construir uma inserção comunitária particularíssima, sem coerções, além daquelas impostas pela implementação discursiva da comunidade jurídica.⁶⁴

O descentramento torna-se possível, na medida em que, para o indivíduo, aspectos valorativos de sua comunidade deixam o plano do conhecimento espontâneo e não problemático, desafiando-o a sustentá-los como pretensões, diante dos demais participantes do discurso. O direito, assim considerando, tutela eticidades “coletivas” apenas para manter substratos comunitários, majoritários ou não, disponíveis aos indivíduos deles emergentes, a partir, inclusive, da constatação de que a comunidade jurídica não é capaz de reproduzir o ambiente comunitário que os forjou. A especificação discursiva do direito, enfim, ao liberar o arcabouço normativo das coerções comunitárias antigas, clarifica a diferenciação fundamental

⁶³ CITADINO. In: *Jürgen Habermas, 80 anos – Direito e Democracia*. 2009, p. 175/176.

⁶⁴ Também esclarecedor a respeito desse descentramento, embora não aborde o tema específico do presente trabalho – família e identidade individual –, é o pensamento de Nancy Fraser, em sua contundente crítica, no tema do reconhecimento à concepção da prevalência dos imperativos do grupo social (identidade cultural do grupo) sobre a identidade dos seus integrantes. A autora estadunidense, na citação que se segue, rejeita a abordagem de correntes comunitaristas modernas, e sua posição reflete a constatação do desprendimento dos indivíduos das imposições das eticidades “coletivas”: “Ao impor a elaboração e manifestação de uma identidade coletiva autêntica, auto-afirmativa e autogerada, impõe-se uma pressão moral aos membros individuais para se conformarem à cultura do grupo. O resultado é geralmente a imposição de uma identidade de grupo única, drasticamente simplificada, que nega a complexidade das vidas das pessoas, a multiplicidade de suas identificações e os contragolpes de suas várias afiliações. Além disso, o modelo materializa a cultura. Ao ignorar os fluxos transculturais, ele trata as culturas de fortemente limitadas, nitidamente separadas e de não interagentes, como se isso fosse óbvio quando, na realidade, onde uma acaba a outra começa. Com resultado, ele tende a promover o separatismo e o isolamento do grupo em vez da interação transgrupal. Além disso, ao negar a heterogeneidade interna, o modelo de identidade obscurece as lutas internas dos grupos sociais em favor da autoridade e, de fato, do poder para representá-los. Consequentemente, ele mascara o poder das frações dominantes e reforça a dominação intragrupal. Em geral, então, o modelo de identidade presta-se muito facilmente às formas repressivas de comunitarismo” (FRASER. *Teoria crítica no século XXI*. 2007. p. 113-140).

que matizará a sua intervenção coordenadora na autonomia individual: de um lado, as interações estratégicas, que demandam, contrafactualmente, a instauração de vínculos entre sujeitos de direitos, e, de outro, interações entre identidades individuais, em que a intervenção jurídica manifesta-se apenas como garante da fruição de modos personalíssimos e, portanto, potestativos, de vida.

Não se trata de conceber a possibilidade do surgimento de uma esfera potestativa não situada, a qual se tornaria absolutamente independente do plano comunitário que formou o indivíduo. A desarticulação da compreensibilidade das comunidades de valor antigas não elimina necessariamente as respectivas bases de adesão não problemáticas. Elas se reordenam, sob a precedência crítica dos indivíduos, que, em contato com comunidades de valor diversas, e animados pelo apelo da própria racionalização das relações intersubjetivas, podem tomá-las como convicções. De qualquer modo, ainda que nesse processo as bases pré-modernas percam conteúdo para a laicidade, elas são substituídas por opções individuais inominadas, as quais, também injustificáveis racionalmente, passam a integrar os diversos projetos de vida. Os valores intangíveis não desaparecem, apenas se transformam em conteúdos do âmbito potestativo dos indivíduos autônomos.

Tampouco se pode entender que a relação equiprimordial e complementar entre soberania popular e declaração de direitos, implicada na especificação discursiva do direito, compreenda a absorção de manifestações cruas da eticidade. Isso significaria a adesão comunitarista: a admissão de que a soberania popular, filtro exclusivo da construção do direito, poderia acolher valores como normas. A autonomia individual seria, então, revogável, já que se admitiria, em última análise, o ingresso de preceitos obrigatórios a todos, embora o seu conteúdo, incognoscível, não possa ser traduzido como pretensão de validade no espaço de institucionalização do princípio da democracia. Do mesmo modo, se o crivo de compreensão da eticidade fosse a comunidade laica ideal, segundo os liberais, o direito trataria os integrantes das comunidades de valor como aprendizes da laicidade; e as próprias comunidades, como resíduos pré-modernos em extinção. E isso justificaria a omissão de normas jurídicas destinadas à preservação de identidades coletivas, inviabilizando a disponibilidade de conteúdos para o reconhecimento individual e, correlatamente, o rompimento do aprendizado

recíproco entre o direito e as formas solidárias do mundo da vida, fomentadas pela moral pós-convencional.

A propósito, em se tratando da dinâmica do espaço público-político, que abriga, para a sua própria reprodução, a institucionalização discursiva do direito pelo princípio da democracia, a questão da identidade individual supera a da convivência de comunidades de valor minoritárias e majoritárias (religiosas, étnicas, culturais). A sobrevivência destas fundamenta-se em bases de conhecimento espontâneas não problemáticas, mas problematizáveis, sempre desafiadas a sustentar suas posições diante da marcha laicizante da modernidade. Já o âmbito potestativo da realização individual, que inclui ou não inserções comunitárias, é, por definição, não problematizável. Nesse sentido, pode-se afirmar que minorias e maiorias são, cada vez mais, manifestações de agrupamentos de unidades irreduzíveis – comunidades de valor antigas, grupos identificados com causas de reconhecimento (mulheres, homossexuais, negros etc) e de inclusão social –, sempre minoritárias, denominadas indivíduos.

Como se pode perceber, a afirmação da identidade individual, na sua definição jurídica de âmbito potestativo da autonomia, não significa o seu isolamento autossuficiente. Mesmo porque o que se concebe isoladamente é a intransferível esfera de fruição do indivíduo, quanto ao seu modo de vida. A constituição da autonomia privada, no âmbito potestativo e no plano do agir estratégico, dá-se a partir das interações comunitárias, reportadas ou não às comunidades de valor antigas. Evidência disso é a influência da cristandade na universalização da dignidade do indivíduo, base informativa de toda a construção moderna dos direitos humanos.⁶⁵

A diferença é que, no curso da dissolução da compreensibilidade da eticidade pré-moderna, a autonomia, que os indivíduos passaram a se atribuir reciprocamente, surge como crivo crítico das inserções comunitárias: as comunidades tradicionais deixaram o plano não problemático, por meio do qual assimilavam as existências individuais, e se submeteram aos juízos individuais em emancipação. A sujeição da

⁶⁵ Tema abordado no capítulo 3.

vivência comunitária às experiências individuais autônomas desafia a moral pós-convencional, especificação do princípio do discurso, cuja pretensão é reconstruir as interações solidárias fragilizadas pela perda de compreensibilidade das comunidades antigas.

Nesse contexto – em que a moral pós-convencional, desprovida de instrumentos de uniformização cognitiva e, conseqüentemente, de coercibilidade, não impõe condutas –, a circunscrição artificial instaurada pela especificação discursiva do direito ingressa como elemento coordenador. Cabe ao direito, entre as interações solidárias em reconstrução e o potencial desagregador do agir estratégico, evitar ou minimizar a colonização do mundo da vida, que tem como substrato aquelas interações. O objeto do controle são os sistemas do dinheiro e do poder, fomentadores do agir estratégico, os quais tendem a assimilar o mundo da vida ao modo da razão instrumental que os anima. Sem o controle jurídico, o destino das interações solidárias seria sucumbir ao modo do agir estratégico.

Todavia, Habermas, no debate em torno do denominado processo de juridificação (década de 80 do século passado)⁶⁶ desenvolveu reflexões sobre a colonização interna do mundo da vida pelo próprio direito. O despertar dessa questão foi provocado pela particular ampliação da temática jurídica pelo Estado social e democrático de direito.⁶⁷ A positivação dos direitos sociais, a adoção de mecanismos compensatórios da desigualdade social e a regulamentação jurídica da vida familiar e da esfera educacional cumprem, de certo modo, seu papel de promoção do acesso dos indivíduos a iguais esferas de fruição da liberdade. Todavia, paradoxalmente, abrem as portas para que o direito, ao assimilar a seu modo de coordenação os enlaces comunitários (solidários), que caracterizam a

⁶⁶ HABERMAS. *Teoria de la Accion Comunicativa*, 1987, p. 469-572.

⁶⁷ Marcelo Neves assim sintetiza a divisão habermasiana das fases do processo de juridificação, anteriores ao Estado social e democrático de direito: “O processo de juridificação desenvolveu-se no Estado moderno em quatro fases. Na primeira, a juridificação conduz aos clássicos direitos subjetivos privados, estando vinculada ao conceito de ‘Estado burguês’. Em um segundo período, ela implica a positivação dos direitos subjetivos públicos de caráter liberal, correspondendo ao ‘Estado burguês de direito’. Posteriormente, com o surgimento do Estado democrático de direito, ocorre a emergência dos direitos subjetivos públicos democráticos (juridificação do processo de legitimação) [...]” (NEVES. *A Constitucionalização Simbólica*, 2007, p. 166).

convivência social e familiar, transforme-se, ele mesmo, em desagregador do mundo da vida.

Para o enfrentamento do tema, Habermas distingue o direito como meio de coordenação – aderido aos sistemas que coordena (dinheiro e poder) – do direito como instituição, que regula situações do mundo da vida, que não são apropriáveis pelo discurso jurídico. Pertencem ao primeiro tipo, por exemplo, o direito econômico, o direito comercial e o direito administrativo, e ao segundo, o direito de família e a legislação de ensino. A circunscrição artificial promovida pelo direito abrange as ações estratégicas – a razão instrumental que se afeiçoa aos sistemas do direito e do poder –, assumindo a sua coordenação contrafactual.

Essa contrafactualidade incide sobre relações conflituosas entre indivíduos, do ponto de vista de suas pretensões de sucesso, a fim de viabilizar o próprio sucesso. Os sujeitos de direito, do ponto de vista da autonomia patrimonial, nada mais são que formas constituídas e alimentadas pelo reconhecimento recíproco de direitos, a fim de garantir a coexistência das esferas iguais voltadas ao sucesso. Assim, por definição, o discurso jurídico internaliza apenas conflitos de interesse, que demandam o seu papel coordenador, sendo-lhe estranhas as interações não conflituosas no plano do agir comunicativo: (na modernidade desencantada) as formas solidárias em reconstrução, na medida do acolhimento do saber disponibilizado pela moral pós-convencional.

A compatibilidade entre o modo sistêmico da razão instrumental e a linguagem do direito transforma-o em um sistema colonizador, se ele implantar sobre as bases solidárias do mundo da vida a sua fundamental característica coordenadora de conflitos. É como se o direito, ao apreender situações do mundo da vida e tratá-las como conflitos sujeitos à tutela jurídica, extirpasse delas a espontaneidade intrínseca, possibilitando que os envolvidos, mesmo quanto às suas inserções comunitárias, passem a agir em busca do sucesso. Sobre as interações solidárias do mundo da vida, assim ameaçadas, Habermas preconiza o direito como instituição, a fim de garantir, pela regulamentação, que a reprodução daquelas se dê sem perturbações sistêmicas.

É que o alargamento da tutela jurídica da família e do ambiente escolar reclama alta especificação de disciplinas jurídicas, que atribuem aos fatos intrínsecos a essas instituições sociais consequências jurídicas. Por meio dessa juridificação, modalidades da ação tipicamente comunitárias da vida familiar e escolar franqueiam-se a intervenções burocráticas e judiciais. Mas a família e a escola não são assimiláveis a âmbitos de ação formalmente organizados. Trata-se de esferas do mundo da vida anteriores a juridificação, contendo, portanto, conjuntos de ações funcionalmente dependentes do modo de entendimento para coordená-las. A juridificação dessas esferas, longe de significar o incremento normativo de uma rede de regulações formais – típicas do direito como coordenador das ações estratégicas –, serve para subsidiar, pela regulamentação e atribuição de sanções jurídicas, o desenvolvimento de um âmbito de ação comunicativamente estruturado.⁶⁸

Além de preservar o âmbito de fruição potestativa do indivíduo, cabe ao direito, de forma correlata e dependente, garantir a integridade dos planos solidários do mundo da vida, cuja reconstrução reclama os subsídios da moral pós-convencional. Sem a preservação das interações solidárias do mundo da vida, perde-se a relação de aprendizado recíproco entre aquele e o próprio direito.

CAPÍTULO 5. AS LIMITAÇÕES IMPOSTAS À IDENTIDADE INDIVIDUAL DIANTE DA APROPRIAÇÃO DA FAMÍLIA PELO DIREITO POSITIVO – A CONSTITUIÇÃO DE 1988: OS RESÍDUOS E SUCEDÂNEOS DO SAGRADO

A definição jurídico-discursiva da identidade individual, como âmbito avesso à imputação e, conseqüentemente, incoercível, abre caminho para a superação da perplexidade do civilismo no enquadramento jurídico da família.⁶⁹ Mas a resultante

⁶⁸ HABERMAS. *Teoria de la Accion Comunicativa*. 1987. p. 521-522.

⁶⁹ Cf. Capítulo 2.

dessa superação consiste na acentuada restrição da justificativa para a intervenção coordenadora do direito sobre os atos individuais que constituem e reproduzem a vida familiar.

O contrato civil, manifestação extrínseca, por excelência, da autonomia privada, nada mais representa que a elementar intervenção do direito como coordenador das interações estratégicas.⁷⁰ Trata-se de submeter o sucesso dos envolvidos aos limites discursivamente estabelecidos, no âmbito de coexistência complementar entre soberania popular (autonomia pública) e declaração de direitos (autonomia privada), com vistas a garantir, por meio da estabilização normativa, o êxito do próprio agir estratégico. E este, por sua vez, reflete a razão instrumental, que sustenta pretensões individuais voltadas para o sucesso.

O contrato, portanto, apenas tem sentido como instância contrafactual. É expressão jurídica da razão comunicativa, que canaliza ações estratégicas conflitantes para padrões normativos artificiais afeitos ao modo do entendimento, sob pena de se inviabilizar o sucesso socialmente sustentável de cada indivíduo. Nesse ponto, o conceito de igualdade dos modernos, ou aritmética, com as correções da razão comunicativa sobre a razão prática – a concepção totalizante do contrato⁷¹ –, assume papel crucial. É que, em se tratando da autonomia privada, quando se busca identificar a sua face que permite imputações traduzíveis em contrato, a igualdade artificial própria à comunidade jurídica somente pode ser considerada no plano da autonomia patrimonial. A restrição voluntária da autonomia, inerente ao contrato, confunde-se com o exercício da própria autonomia: restringe-se a liberdade para, precisamente, confirmá-la, numa conduta que, de resto, fornece ao indivíduo meios materiais para realizar objetivos atinentes à identidade individual.

⁷⁰ Essa afirmação abrange o contrato liberal clássico e as transformações impostas pelos microssistemas de intervenção que tiveram origem no Estado social – direito do trabalho, direito econômico, direito do consumidor, etc. Pode-se afirmar, seguindo Habermas, que tais transformações, ao invés de antagonizarem o contrato clássico, apenas reconheceram a sua insuficiência para coordenar as ações estratégicas, diante da investida colonizadora do sistema do dinheiro. Tratou-se, na verdade, de diferenciar a intervenção coordenadora do contrato, pela ampliação do conceito artificial de igualdade, o que é definido, com extrema frequência e equivocadamente, como superação da igualdade “formal” (burguesa) pela igualdade “material” (Estado social).

⁷¹ Tema abordado no capítulo 2.

Na igual liberdade de contratar, a liberdade coincide com a igualdade: a expressão patrimonial dos interesses conflitantes resolve-se quantitativamente, em prestações recíprocas que admitem, por reconhecimento dos contratantes e da comunidade jurídica, juízos de equivalência. O inadimplemento das obrigações faz recair a responsabilidade sobre os bens do devedor. Na constituição da obrigação e na responsabilidade dela decorrente, reconhece-se um plano de igualdade restrito entre os indivíduos, cujas consequências não podem exceder a patrimonialidade, para atingir aspectos da integridade individual. Essa aquisição da modernidade, já na perspectiva universalizante do reconhecimento recíproco de iguais medidas de liberdade, teve um antecedente embrionário na *Lex Poetelia Papiria* (326 a.C.), por meio do qual, com as limitações comunitárias da sociedade romana, vedou-se que a responsabilidade contratual recaísse sobre a pessoa do devedor.⁷²

Ao contrário, no âmbito da identidade individual, a liberdade potestativa, embora encontre a tutela extrínseca na igualdade artificial, desprende-se da igualdade e da artificialidade, manifestando-se com intangível diferença. Pode-se dizer, a propósito, que a superação progressiva da instrumentalização do direito por comunidades religiosas predominantes, ao propiciar a afirmação das identidades individuais, transforma desigualdades assentadas em tabus em diversidade (desigualdades essas que antes sustentavam relações de poder –de inclusão e de exclusão, de reconhecimento e de não reconhecimento). Nesse plano singular, “pretensões”, “interesses” e “prestações” têm “objetos” alheios à cognição dos circunscritos sujeitos de direito, aos quais só é dado conhecer e reconhecer prestações quantificáveis e simétricas, e, externamente, a igualdade de todos na assunção e fruição das diferenças individuais.

⁷² Interessa notar que, em uma intuição incipiente, ainda desprovida da noção de universalizante da dignidade humana, o sentido da lei romana foi o de separar um dos aspectos do âmbito irreduzível do indivíduo (o corpo) do plano negocial, restrito, na constituição e a realização dos direitos, ao patrimônio. Esse sentido fica evidente nas palavras de Moreira Alves: “No direito romano primitivo, a obrigação era intransmissível *inter vivos*, ativa ou passivamente, em virtude do caráter estritamente pessoal da relação jurídica entre devedor e credor. Mas, com a *Lei Poetelia Papiria* (326 a.C.), o devedor deixa de responder pelo débito com o seu próprio corpo, passando a fazê-lo com o seu patrimônio. A obrigação, em consequência, deixa de vincular o corpo do devedor ao credor. A partir de então não mais deveria haver a impossibilidade de transmissão de crédito ou de débito” (MOREIRA ALVES. *Direito Romano*, 2007, p. 436).

Mesmo quando a identidade individual manifesta-se como interação com o outro, o “conhecimento” das motivações e dos atos dessa reciprocidade dá-se em planos de linguagem não vinculantes, do ponto de vista jurídico. São, nesse caso, interações inspiradas em valores comunitários ou não, dependendo da inserção voluntária ou espontânea (relativa a bases de conhecimento não problemáticas) dos indivíduos em comunidades de valor. Mas não excedem, por força da tutela extrínseca do direito, a diferença, que as priva da vinculação jurídica e, conseqüentemente, da garantia última da coerção heterônoma.

À luz da especificação discursiva do direito, pode-se afirmar que a diferença, que caracteriza a identidade individual, não permite imputações interpessoais – formação de relações jurídicas –, pois não é possível, no plano de igualdade artificial instaurado por tal especificação, a universalização de “pretensões” nascidas dessa eticidade. A limitação cognitiva que o direito exerce sobre o modelo da moral pós-convencional, significando a circunscrição artificial do que sejam partícipes atingidos (participantes/destinatários do discurso), torna impossível o assentimento, por parte de cada sujeito de direito, a normas jurídicas que prevejam hipóteses vinculativas para interações pertinentes à eticidade.

O direito moderno, embora se deva reconhecer a influência extrínseca das bases solidárias do mundo da vida em sua formação,⁷³ suprime de suas cogitações, por meio da circunscrição artificial da comunidade jurídica, as imponderáveis questões da eticidade. O que caracteriza, aliás, o direito moderno revela-se na função primordial de aliviar a moral pós-convencional do fardo de normatizar condutas de indivíduos integrais: biografias tornadas diferentes entre si, no processo de esvaziamento da compreensibilidade das antigas comunidades de valor. Essa impossibilidade de absorção jurídica de questões postas no plano da eticidade, em última análise, evoca a distinção entre o plano valorativo e o plano deontológico. Nas palavras de Luiz Moreira:

[...] Compõem igualmente o mundo da vida as valorações específicas de cada sociedade, aquilo que é considerado melhor e bom, e a

⁷³ Tema desenvolvido no capítulo 3: a superação – pela construção habermasiana da tolerância – da racionalidade pedagógica dos liberais, bem como da eticidade jurígena do comunitarismo.

estrutura normativa, aquilo que vincula, que liga as ações a um critério universalizável. As questões que envolvem o melhor, o bom, o bem para o indivíduo ou para a comunidade não são acessíveis à ética do discurso, ao passo que o critério normativo fundamental que orienta as tomadas públicas de decisão confere-lhe caráter deontológico, ainda que *a posteriori*. Esta polissemia de valores resulta em tantos axiomas quanto mais complexa for a sociedade. Se obtivermos consensos sobre alguns destes valores, eles podem se constituir como normas e estarem elas sujeitas às considerações públicas que envolvem as tomadas de decisão. Não obstante, as orientações individuais ou coletivas, isto é, os valores, como expressão da emoção e das preferências pessoais, não podem ser justificadas, não podendo, por isso, ser elevadas a um patamar normativo que vincula as decisões a um critério racional.⁷⁴ (grifou-se)

A se considerar a incapacidade jurígena da eticidade, mesmo as conquistas dos movimentos de minorias políticas não pertencentes a comunidades antigas (mulheres e homossexuais), cujas reivindicações questionam as bases textualmente religiosas da construção da família, ainda não se satisfazem as pretensões universalizantes do discurso. É certo que as ordens jurídicas ocidentais têm acolhido, sob influência de tais movimentos, a ampliação da tipologia das formas constitutivas da família e a igualdade de direitos entre conviventes. Essa positivação, no bojo do chamado Estado democrático de direito, não deixa de representar a pretensão do aprofundamento do processo de separação entre o sagrado e o laico, já presente no ideário dos primeiros movimentos constitucionais da modernidade. Mas, como “um tiro que saiu pela culatra”, mercê do entendimento de que a forma do direito absorve valores, a positivação de modelos de relações familiares, por mais plural que pareça ser, materializa a colonização interna do mundo da vida. É o direito, como meio, frustrando as relações genuinamente espontâneas, que fazem da família o principal núcleo de gestação das interações solidárias, cuja reconstrução apela ao modo de entendimento alargado da moral pós-convencional.

A tipologia familiar ampliada – no Brasil, pelo art. 226 da Constituição de 1988, que prevê, além do casamento, modalidades “informais” de constituição da família (união estável e família monoparental) – busca ampliar o rompimento com a exclusividade da família matrimonial. A igualdade de direitos entre cônjuges e companheiros, por sua vez, volta-se à eliminação da inferiorização da mulher – que remonta à grande família patriarcal romana – e encontra eco na já reduzida família

⁷⁴ MOREIRA. *A Constituição como simulacro*, 2007, p. 42.

cristã. E o crescente acolhimento jurisprudencial e doutrinário das uniões entre pessoas do mesmo sexo manifesta a intenção de desvestir o direito das discriminações da eticidade judaico-cristã: a pecaminosidade de atos sexuais “não naturais”, ou seja, não voltados para estrita procriação.

Contudo, os limites impostos pela identidade individual sobre a implementação discursiva do direito repercutem exemplarmente na questão da juridificação da vida familiar, permitindo críticas, mesmo em se tratando da mais recente positivação constitucional. Os modos de constituição da família, todos eles, remetem-se a opções individuais, cujos conteúdos são situados no plano pré-discursivo: paixões, desejos, sexualidade, afeto, religiosidade etc. Uniões afetivas podem surgir de interações em que os envolvidos, pertencentes a uma comunidade religiosa, submetem-se de bom grado aos ditames de sua respectiva fé, na condução de suas vidas. Mas também, não raro, constituem-se entre indivíduos laicos, que não sujeitam suas motivações íntimas a postulados e limitações oriundos da religião. Fato é que, em qualquer caso, o direito, ao contrário do que se dá no plano da aritmética igualdade artificial, depara-se, no que se refere à vida familiar, com interações naturais – o universo das identidades comunitária e individual.

Esse plano da eticidade, sobretudo depois de ser colhido pelo desmantelamento das comunidades compreensivas da pré-modernidade tradicional, perdeu a característica de garantidor da reprodução da vida comunitária, tal como se dava naquela fase. A continuidade das inserções comunitárias transferiu-se para o plano individual: para o crivo do indivíduo autônomo. A eticidade, desse modo, deixou de ser tematizada necessariamente pelo sagrado, passando a se submeter à crivação atemática concernente às inumeráveis opções individuais de vida. De qualquer modo, ainda que não seja mais fundada em bases monolíticas de conhecimento espontâneo, a vida comunitária continua a ser estruturada por relações solidárias não sujeitas à circunscrição jurídica. Na medida das opções individuais, vai-se de um extremo ao outro: os indivíduos podem buscar padrões solidários em comunidades de valor antigas, ou, prevalecendo a laicidade, encontrar formas solidárias que substituam a antiga precedência daquelas. Não há, portanto, conflito de interesses típico do agir estratégico a demandar a intervenção contrafactual do direito. E eventuais divergências, por pertencerem a relações entre

diferentes, desde que não se expressem como violência⁷⁵ – o que reclamaria a tutela jurídica extrínseca –, são resolvidas em plano metajurídico, ao sabor das incontáveis motivações e comportamentos inerentes à diversidade.

O estabelecimento constitucional da igualdade de direitos entre os cônjuges e a “pluralidade” das formas constitutivas da família, mesmo que reflitam o aprimoramento de entendimentos compartilhados compatíveis com as aquisições do Estado democrático de direito em detrimento do sagrado e da tradição, frustram a plena realização da identidade individual. A igualdade de direitos entre os cônjuges (ou companheiros) mitiga o âmbito potestativo liberado pela igualdade artificial dos sujeitos autônomos. Ou seja, referenda a contratualização anômala, por meio do legislador ordinário, de manifestações pré-discursivas (interações naturais), impondo o surgimento de “vínculos jurídicos” a partir de manifestações passionais e valorativas.⁷⁶

Já que representa, também, a interferência do modo da igualdade artificial em foros potestativos, a contratualização permite que o legislador ordinário destine às referidas interações o mesmo tratamento da autonomia patrimonial. Assim é que, ao sabor de imperativos de “ordem pública”, as leis civis, com frequente respaldo doutrinário, indisponibilizam as manifestações genuinamente afetivas que constituem a vida familiar. Impõem-lhes limites e condições estruturalmente semelhantes àquelas que, para regular o agir estratégico a bem do interesse público, restringem o exercício do direito de propriedade e do livre contrato.

É possível estabelecer a diferença entre o tratamento da questão pelo constitucionalismo liberal⁷⁷ e pela nossa positivação. No primeiro – mercê da insuficiência da compreensão do já conhecido âmbito irreduzível do indivíduo – o conteúdo indisponível era informado diretamente por preceitos religiosos da comunidade de valor hegemônica, que sustentavam, por exemplo, a

⁷⁵ Sentido lato – qualquer conduta que viole os limites jurídicos de coexistência das individualidades

⁷⁶ Obrigação alimentícia entre conviventes e regimes de bens.

⁷⁷ Cf. capítulo 2.

indissolubilidade do matrimônio. Já no modelo comunitário da CF de 1988,⁷⁸ a indisponibilidade, antes caracterizada pela obscuridade do sagrado, passou a ser representada pela intangibilidade semântica dos princípios-valores, sem excluir alguns resquícios da comunidade religiosa predominante.

De outra parte, a própria liberdade patrimonial é intensamente mitigada. Ao tornar as relações afetivas indisponíveis, alçando-as ao tratamento de “ordem pública”, as relações patrimoniais que a elas se referem são tipificadas em categorias que permitem a mitigação da disponibilidade ou a sua eliminação: elenco restrito de regimes de bens, regime de bens imposto pela lei em relação a pessoas e a imutabilidade relativa do regime (artigos 1.639 e seguintes do CC). Em suma, a pretensão de igualar os envolvidos em relações afetivas não atinge esse objetivo, por ser incompatível com a especificação discursiva do direito; e, como se não bastasse, resulta na negação da imperativa igualdade entre sujeitos de direito.

Os indivíduos são plenos no exercício da autonomia de vontade, nos ônus e bônus da liberdade, até o casamento ou a união estável. Depois, tornam-se portadores de uma espécie de incapacidade, passando a necessitar da tutela jurídica especial para “avaliar” os sentimentos e as “culpas” e atribuir-lhes efeitos, por ocasião da ruptura.⁷⁹ Interações afetivas, apropriadas pelo direito positivo, também dão lugar a repercussões patrimoniais, típicas da convivência dos sujeitos

⁷⁸ Gisele Cittadino, na obra *Pluralismo Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*, demonstra a franca opção comunitarista da Constituição de 1988, destacando a influência – sobre a maioria dos juristas que contribuíram na elaboração do texto – do comunitarismo europeu e americano, acessível, a princípio, por intermédio do constitucionalismo ibérico (CITTADINO. *Pluralismo Direito e Justiça Distributiva: Elementos da filosofia constitucional contemporânea*, 2004, p. 11/73).

⁷⁹ Corrente expressiva da doutrina e da jurisprudência brasileiras, além do acolhimento de condições e termos para o fim do matrimônio, reconhece ao “cônjuge inocente” o direito de ser indenizado pelo cônjuge culpado. Segue ementa exemplificativa: “1. O cônjuge responsável pela separação pode ficar com a guarda do filho menor, em se tratando de solução que melhor atenda ao interesse da criança. Há permissão legal para que se regule por maneira diferente a situação do menor com os pais. Em casos tais, justifica-se e se recomenda que prevaleça o interesse do menor; 2. O sistema jurídico brasileiro admite, na separação e no divórcio, a indenização por dano moral. Juridicamente, portanto, tal pedido é possível: responde pela indenização o cônjuge responsável exclusivo pela separação; 3. Caso em que, diante do comportamento injurioso do cônjuge varão, a Turma conheceu do especial e deu provimento ao recurso, por ofensa ao art. 159 do Código Civil, para admitir a obrigação de se ressarcirem danos morais” (grifou-se) (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp. 37051. 3ª T. Rel. : Min. Nilson Naves. Julgado em : 17.04.2001. Publicado em: DJ 25.06.2001).

de direito no plano do agir estratégico (plano controlado pelo contrato e suas modificações, destinadas a limitar a intervenção sistêmica no mundo da vida): deveres de manutenção material que se eternizam para além dos afetos e dos ódios, no que se denomina obrigação alimentícia; comunhão parcial ou total do patrimônio, como se houvesse uma relação de causa e efeito entre os afetos e a vida patrimonial.

Tão significativa quanto à igualdade de direitos entre conviventes, a “pluralidade” das formas constitutivas da família, paradoxalmente, frustra a pluralidade das opções de vida, que, na incoercível ambiência das interações naturais, estabelece, faz viver e dissolve famílias inumeráveis, tanto quanto o são os afetos que as inspiram.

O casamento civil, uma vez firmada a sua exclusiva origem sagrada⁸⁰, não passa de uma insistente reminiscência religiosa. A instrumentalização do direito por comunidades antigas majoritárias ainda garante, mesmo que em intensidade mitigada pela revogabilidade (divórcio), a persistência do “vínculo”. A comunidade religiosa predominante, de fato, deixou de contar com o direito para garantir a indissolubilidade. Mas o arcabouço de enunciados infraconstitucionais, que se vê autorizado pela simples palavra “casamento”, fornece armas para que os envolvidos perpetuem-no. Assim é que, presa de uma transmissão espontânea da tradição, com baixíssimo grau de reflexividade, o codificador brasileiro ainda condiciona a dissolução do “vínculo” à prova de ilícitos expressamente tipificados (artigo 1.573 do CC).

Relações originalmente espontâneas e solidárias, em virtude da colonização do mundo da vida pelo modo sistêmico do direito, transformam-se em “conflitos de interesses”. O estabelecimento de deveres (fidelidade, coabitação, mútua assistência) e sanções enseja um modo fraudulento de conflito. O conteúdo das expectativas recíprocas típicas de interações afetivas, desprovidas de expressão patrimonial, não comporta a busca do sucesso, na forma da razão instrumental. Entretanto, os litigantes da separação judicial, tendo em vista que o direito, apesar

⁸⁰ Cf. capítulos 1 e 2.

da anômala positivação, é incapaz de interferir na realidade dos afetos, somente podem pretender resultados patrimoniais, exprimíveis em dinheiro.⁸¹

Sob a crença doutrinária de que houve avanço da codificação civil em relação à tipificação estrita dos ilícitos conjugais, atribui-se à toga a clarividência mística da batina. Previu-se que o juiz “poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum” (parágrafo único do artigo 1.573 do CC). O poder concedido ao juiz para extrair consequências “jurídicas” do imponderável campo das interações naturais que a união afetiva encerra assemelha-se, não na forma, mas na intensidade, ao poder de controle do sacerdote confessor sobre as consciências. Perscrutar e qualificar as intenções e motivos subjacentes à separação judicial ou ao divórcio evoca o sistema de controle que a Igreja, na fase tradicional, exercia sobre a vida íntima dos seus integrantes, com vistas a garantir a adequação das condutas individuais aos padrões preestabelecidos pela fé.⁸²

O exemplo ideal dessa mistificação consta do enunciado do artigo 3º, § 2º, da Lei nº 6.515/77. Por força desse dispositivo, o juiz, sem a presença dos advogados, deve “promover todos os meios para que as partes se reconciliem ou transijam, ouvindo pessoal e separadamente cada uma delas e, a seguir, reunindo-as em sua presença, se assim considerar necessário”. Ao magistrado, o agente público munido

⁸¹ A situação não é similar à obrigação indenizatória decorrente do dano moral. Este supõe a conduta ilícita que viola aspectos inerentes à personalidade do lesado – tutela extrínseca do direito, que zela pela integridade dos indivíduos nas relações sociais. Diversamente, o que torna a relação afetiva não assimilável ao discurso jurídico é a impossibilidade de sua constituição contratual, na medida em que não há conflitos de interesse voltados para o sucesso.

⁸² À propósito, Luiz Moreira, ao expor sobre a ampla transmissão simbólica entre o poder religioso e o secular, na fase inicial da modernidade, diz assim: “Ocorre que na aurora da modernidade a consciência é erigida tendo em vista um catálogo de deveres e obrigações, constituído a partir do decálogo, o catecismo. Trata-se da formulação dos preceitos que passarão a orientar a vida do cristão. Mas como passar da orientação de condutas à sua exigibilidade? Frise-se que a Igreja desenvolveu um sofisticado modo de passar da proposição à concretude. Tal propósito é realizado por meio da instalação de um lugar físico que efetiva a crença: o confessionário. Como lugar, ele se destina a duas perspectivas: A primeira, a de realizar a aferição entre a orientação proferida e a ação empreendida. Desse modo, o confessor detém a prerrogativa de controle, exercendo o ajuste das consciências ao padrão normativo estabelecido pela Igreja. A segunda, diz respeito ao controle exercido pela comunidade à rotina com a qual o crente se dispõe a ajustar-se ao modelo prescrito. Trata-se da faculdade conferida à comunidade para medir a constância com que o crente comparece à confissão. Configuram-se, assim, duas instâncias de controle, uma interna, caracterizada pela introjeção de normas tendentes a moldar a consciência, e outra externa, por meio da qual há o controle social com o propósito de submetê-lo efetivamente ao prescrito.” (MOREIRA. *A Constituição como simulacro*, 2007, p. 78/79)

de autoridade e especialmente habilitado para dizer o direito, sob justificativas acessíveis à compreensão de todos, atribui-se uma função que lhe permite investigar motivações íntimas dos interessados e, a partir delas, promover a manutenção do matrimônio. Os cônjuges são convidados a expor conteúdos personalíssimos, pertinentes as suas opções existenciais, e, a seguir, ouvir aconselhamentos. A imperativa ausência dos advogados deixa transparecer a concepção de que o juiz é provido de algum atributo exclusivo – de origem desconhecida – que o diferencia dos outros profissionais do direito, conferindo-lhe acesso privilegiado – e especialmente produtivo – à intimidade dos envolvidos.

Fosse apenas o matrimônio uma rasa concepção da autonomia de vontade, aquela que qualifica o casamento como contrato – ou algo jamais esclarecido entre contrato e instituição –, conseguiria “resolver” pragmaticamente o problema: o caráter voluntário da adesão deixaria os demais indivíduos, desinteressados pelo casamento, livres para constituir suas vidas em comum, sem se submeter a consequências jurídicas. A Constituição, entretanto, lançando por terra a mais remota perspectiva de pluralidade, instituiu uma espécie totalizante e compulsória de família: a união estável.

No Brasil, a união estável teve sua origem em uma construção jurisprudencial e doutrinária que, diante de uma família matrimonial excludente, anterior à Constituição de 1988, tinha o objetivo de garantir aos excluídos – por exemplo, pessoas separadas judicialmente que constituíram relações informais – o acesso a alguns direitos nascidos do casamento (alimentos, previdenciário, partilha de bens etc).⁸³ Tratava-se de um imperativo de igualdade, dentro das limitadas possibilidades impostas pela ordem jurídica. A Justiça, desse modo, passou a reconhecer a sociedade de fato e a união concubinária designada pura (em oposição à impura, ou seja, o relacionamento extraconjugal). E esse entendimento acabou sustentando a introdução da união estável na atual Constituição, em um contexto jurídico completamente diferente.

⁸³ Sobre essa evolução, confira Cláudia Grieco Tabosa Pessoa. (PESSOA. *Efeitos Patrimoniais do Concubinato*, 1997, p. XVI – XXI).

Contudo, a anunciada “pluralidade” das formas constitutivas da família e a conseqüente supressão das restrições relativas ao exclusivismo matrimonial esvaziariam o sentido das referidas categorias inclusivas, criativamente desenvolvidas, em contexto excludente, pela doutrina e pela jurisprudência. Ora, se a constituição da família por meio do casamento abre-se aos que assim o desejam (atendidos os impedimentos previstos na lei civil), não há razão para a criação de institutos supletivos para uniões excluídas, sobretudo se eles repetem os mesmos impedimentos do matrimônio. Criou-se, não obstante, com a união estável, um verdadeiro contrato-realidade, por meio do qual as múltiplas e indefiníveis formas de convivência são reduzidas a apenas uma, com repercussões jurídicas não necessariamente queridas pelos conviventes.

O suprimento da vontade do indivíduo pela norma jurídica tem como fundamento, além das incapacidades civis clássicas, o imperativo de intervenção, por meio do qual o direito, no seu papel de coordenação, de estabilização social, controla a colonização sistêmica do mundo da vida. Nesse sentido, os denominados microsistemas jurídicos – direito do trabalho, direito do consumidor, direito econômico etc – destinam-se a minimizar os efeitos da prevalência do capital sobre as relações interpessoais, os quais tendem a frustrar o pleito de iguais esferas de autonomia. Dentre tais hipóteses de intervenção jurídica, é apropriado destacar os direitos trabalhistas diferenciados, estabelecidos em favor das mulheres, exemplo de um campo em que a diferenciação interessa à constituição da igualdade artificial relativa à comunidade jurídica. A função clara do tratamento diferenciado (licença-maternidade, aposentadoria especial etc.) é impedir que as particularidades fisiológicas das mulheres, bem como sua cultural sobrecarga de atividades nas relações sociais, perturbem a igualdade jurídica.

Para a comunidade artificial do direito não interessa a diferença de gênero, senão quando se quer obstar que essa diferença, vista como desvantajosa pelos interesses dos sistemas colonizadores do mundo da vida (dinheiro e poder burocrático), soe como desigualdade, em detrimento da equiparação artificial dos sujeitos de direito. É o reconhecimento da diferença pré-jurídica para promover a igualdade jurídica. No exemplo, a consideração da diferença entre os sexos, para fins de tutela especial, somente tem sentido quanto à promoção dos indivíduos do

sexo feminino à condição de igualdade em face dos indivíduos masculinos e quanto à minimização da sujeição da empregada ao patrão. Restringe-se a estas categorias jurídicas: trabalhadores, empregados e contrato de trabalho.

Mas, quando se tem em conta que a própria ordem jurídica considera a pluralidade dos modos de constituição da família e supõe a “igualdade” das pessoas que se envolvem em interações afetivas, o suprimento da vontade, no caso da união estável, constitui uma incongruência autofágica sobre a pluralidade e a igualdade. Como se não bastasse, a exclusão de relações afetivas não admissíveis pelo instituto do casamento permanece íntegra, na medida em que a união estável, tributária da estrutura da família matrimonial,⁸⁴ traz consigo os impedimentos relativos ao casamento. Ou seja, a frustração da pluralidade anunciada manifesta-se, também, como redundância, porquanto a união estável reporta-se ao matrimônio com todos os seus aspectos excludentes.

Em suma, o tratamento jurídico da família, curiosamente, ao pretender superar a desigualdade da mulher em relação ao homem e instaurar a pluralidade de seus modos de constituição, criou, com a tutela de relações afetivas, a potencial desigualdade de ambos e consolidou a unicidade.⁸⁵

⁸⁴ O artigo 226 da CF dispõe que a união estável é uma situação tendente ao casamento.

⁸⁵ Luiz Moreira, ao se contrapor ao caráter fundante e hierarquicamente superior das constituições modernas, diz do papel da absorção constitucional de valores na alienação da autonomia (com enfoque preferencial na autonomia pública). Consequentemente sustenta, em termos gerais, efeito daquela apropriação valorativa na supressão da pluralidade: “O sistema posto pela Constituição passa a ser fechado, exatamente por inadmitir proposições que a contradigam. Nesse caso, a propalada pluralidade só admite identidade, tendo aversão à diferença conceitual ou a uma terceira perspectiva. Nesse caso, a única saída para a Constituição seria constituir-se como um sistema formal de controle de validade normativo. Jamais poderia ela propugnar pelo controle material das normas, pois, como instância de controle de validade, sua tessitura deve ser permanentemente forjada” (MOREIRA. *Constituição como Simulacro*, 2007. p. 91).

CAPÍTULO 6. A TENSÃO ENTRE A PRETENSÃO UNIVERSALIZANTE DO DISCURSO JURÍDICO E O DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO. A INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DOS CONTEÚDOS PRÉ-MODERNOS.

A intangibilidade jurídica da identidade individual, de um lado, e a positivação de institutos pré-modernos aptos a obstá-la, de outro, explicitam uma tensão entre a pretensão universalizante do discurso jurídico e o direito constitucional positivo.

Todavia, ainda que essa dimensão não jurígena reporte-se ao modelo universal do discurso jurídico, não se pode desconsiderar a problemática lançada por estados nacionais, assumidamente democráticos de direito, que positivam institutos pré-modernos em detrimento da identidade individual. É o que se dá com a Constituição brasileira de 1988, nos enunciados que preservam a família matrimonial, diretamente, pelo casamento e, indiretamente, pela união estável. A tensão, portanto, instala-se entre a pretensão de validade estruturante do discurso jurídico – o âmbito potestativo individual liberado pela própria especificação discursiva do direito – e a facticidade concernente ao ingresso, na ordem jurídica brasileira, de resíduos de comunidades de valor antigas, aptos a comprometer a afirmação da identidade individual. A dimensão potestativa de fruição da liberdade, a propósito, não deixa de contar com subsídios constitucionalizados, já que a CF de 1988, após declarar a adesão ao modelo de Estado Democrático de Direito (artigo 1º, *caput*), elenca, em seu artigo 5º, inciso X, direitos compatíveis com aquela expressão da autonomia: a inviolabilidade da intimidade e da vida privada.

A supressão dos enunciados pré-modernos, evidentemente, não seria a solução da tensão. A implementação do discurso jurídico supõe o arranjo construtivo entre a autonomia pública e a autonomia privada nos espaços deliberativos dos estados nacionais, que têm no poder constituinte o marco inicial e regulador das deliberações. Desse modo, a eliminação de dispositivos – consideração indevida de

uma inconstitucionalidade intraconstitucional –, significaria subtrair ao princípio democrático institucionalizado a aferição concreta da manifestação dos cidadãos diante dos limites impostos pela declaração de direitos.

É cabível, entretanto, a adoção da especificação discursiva do direito, como diretriz de interpretação. A circunscrição cognitiva da comunidade artificial de sujeitos de direito admite o surgimento de relações jurídicas apenas no plano de coordenação contrafactual que o direito exerce sobre o agir estratégico, excluindo o plano da eticidade. Logo, os institutos constitucionais que promovem a apropriação jurídica de interações próprias à eticidade, merecem, de um lado, a interpretação restritiva do seu alcance e, de outro, uma interpretação ampliativa, como espaços laicizados de reconhecimento. É dizer que os enunciados constitucionais em questão e os dispositivos correlatos constantes da legislação infraconstitucional devem ter o seu alcance matizado sob dois aspectos: a supressão máxima possível dos resquícios da eticidade, por meio da redução de obrigações horizontais derivadas de valores impostos e afeições supostas – deveres matrimoniais e suas repercussões; e a ampliação reconstrutiva de tais instituições, que, não podendo ser simplesmente suprimidas, devem se transformar, dentro dos limites sacraliformes que lhes são inerentes, em receptáculos da diferença. Sob esse último aspecto, a interpretação satisfaria o prestígio à diferença, ampliando facetas do matrimônio e da união estável pertinentes a direitos contra o Estado e contra particulares, que não os próprios cônjuges (direito à previdência pública, direito à previdência privada e a seguros de saúde), e referentes a obrigações horizontais entre os cônjuges, desde que possam ser concebidas validamente no campo da igualdade aritmética – celebração de contratos e declaração de última vontade –, das quais se tem exemplo apenas nas questões estritamente patrimoniais (regimes de bens, partilha, herança, testamento etc.).

A questão da assimilação, pelos questionados institutos (casamento e união estável), de relacionamentos não tipificados explicita as dificuldades interpretativas geradas pela imprópria apreensão jurídica de interações pertencentes à eticidade. A união estável entre pessoas do mesmo sexo aparece como pleito de reconhecimento: reputa-se discriminatório e em descompasso com a pluralidade de modos de vida o impedimento de acesso a direitos, em virtude de orientação sexual.

Entretanto, o instituto em questão representa exatamente o não reconhecimento da identidade individual, na medida em que contempla o surgimento de liames jurídicos de interações não jurígenas, próprias ao plano solidário da eticidade. A extensão da união estável, tal como ela é vista, a pessoas do mesmo sexo proporciona não apenas um reconhecimento meramente simbólico, mas sacrifica o âmbito potestativo do indivíduo, submetendo-o a impróprias consequências jurídicas: “obrigações” estritamente afetivas (lealdade e respeito) – iniciadas e findas nas próprias interações do mundo da vida, à revelia do direito – e obrigações obliquamente reportadas ao agir estratégico (a indenização por violação de algum “dever”; e obrigações alimentícias para além da convivência).

Ademais, o acolhimento jurídico anômalo das relações de afeto, ainda que não se verificasse a reedição da família matrimonial, já significaria exclusão, pela incapacidade de o direito lidar, de forma constitutiva (direito-meio), com uma realidade que o precede e que existe independentemente dele. Designar os indivíduos cônjuges ou companheiros não é o mesmo que designá-los contratantes, consumidores ou proprietários. Estas são designações reflexivas, ou seja, referem-se a criações interiores ao próprio direito, e, conseqüentemente, dentro dele se resolvem. Aquelas, entretanto, são designações de realidades pré-jurídicas, que o constituinte, inspirado na sobrecarga valorativa inerente à fundação constitucional comunitária, resolveu juridificar.⁸⁶

Partindo da constatação de que as relações afetivas pertencem a uma facticidade inumerável e, portanto, não cognoscível juridicamente, o acolhimento constitucional de algumas delas importa, necessariamente, a exclusão de outras. Qualquer tentativa de incluir, apesar do texto, essa ou aquela relação afetiva faz a positivação perder o reduzido sentido que ainda lhe resta. É que o discurso jurídico, não estando a lidar com suas próprias categorias – que lhe permitem um tratamento exauriente (proprietário, contrato, empregado, patrão, consumidor etc.) –, mas com categorias estranhas, indevidamente apropriadas, não possui justificativa interna

⁸⁶ Embora a concepção de princípios-valores tenha outras vertentes, não podendo ser reduzida ao comunitarismo, este é inseparável do entendimento, segundo o qual a constituição de um país é resultado da sedimentação histórica e situada dos valores predominantes em determinada comunidade. E o filtro principal de aferição dessa predominância é a soberania popular. Sobre as origens comunitárias da Constituição de 1988, conferir Gisele Cittadino (CITTADINO. *Pluralismo Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 2004, p. 11-73).

(reflexiva) para selecionar relações de afeto. Ao libertar-se da visão pré-moderna unívoca do que seja o “bem”, o que lhe possibilitou o acolhimento da pluralidade das posições axiológicas individuais, como facticidade, o direito pós-convencional tornou-se incapaz de escolher, para ingresso na ordem jurídica, as pretensões que se classificam sob critérios de “bem” e “mal”. Então, o acolhimento de uma relação de afeto não positivada obrigaria o acolhimento de todas as outras, em institutos que, originariamente e por definição, são contrários à pluralidade.

A doutrina e a jurisprudência brasileiras, adeptas da juridificação ampliada de relações familiares, vêm enfrentando as restrições constitucionais quanto às relações afetivas, na abordagem da união homossexual. Sustentam, em síntese, que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana impõe o tratamento dos afetos – especificamente, as orientações sexuais –, manifestações da intimidade, como expressões da esfera personalíssima do indivíduo. Daí se justificar o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo.

O valor afeto, entronizado na Constituição pela leitura axiológica do princípio da dignidade da pessoa humana, ao qual essa corrente atribui – bem como a outros princípios-valores – efeitos irradiantes sobre todas as relações jurídicas, operaria uma ampliação da união estável para a convivência entre pessoas do mesmo sexo. Outros diversos princípios, harmonicamente considerados com o da dignidade, se incumbiriam de densificar a inovadora abrangência do instituto: o da igualdade substancial (CF, artigos 3º e 5º), o da não discriminação (CF, artigo 5º) e o do pluralismo familiar (CF, artigo 226), “consagrando diferentes modelos de entidade familiar”.^{87 88}

⁸⁷ FARIAS. *A separação judicial à luz do garantismo constitucional: a afirmação da dignidade humana como um réquiem para a culpa na dissolução do casamento*. 2006, p. 53.

⁸⁸ Também em Luiz Edson Fachin: “Principiando desse modo, pode ser localizada, a partir do texto constitucional brasileiro que assegura a liberdade, a igualdade sem distinção de qualquer natureza (artigo 5º da Constituição Federal de 1988), a inviolabilidade da intimidade e a vida privada (artigo 5º, inciso X), a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa humana. Assim, como direito fundamental, surge um prolongamento de direitos da personalidade imprescindíveis para a construção de uma sociedade que se quer livre, justa e solidária” (FACHIN. *Direito de Família: Elementos Críticos à Luz do Novo Código Civil Brasileiro*. 2003, p.121).

Ao se basear no afeto, como resultado dos referidos arranjos principiológicos, a corrente doutrinária em questão transfere para o direito positivo toda a facticidade imponderável que aquele valor encerra. O reconhecimento da união estável homossexual, por meio dessa proposta hermenêutica, suprime a diferenciação constitucional, de modo a tornar sem sentido os limites inerentes à positivação. Então, em uma imprópria supressão de texto, todas as relações afetivas seriam reconhecidas, para produzir consequências jurídicas. A incongruência dessa interpretação, a par de refletir o caráter incontrolável de aplicações valorativas, reforça a concepção de que o discurso jurídico, como pretensão universal, é incompatível com a apropriação de aspectos da eticidade. Não se pode ampliar impunemente, por meio de princípios-valores, o reconhecimento jurídico de relações afetivas, à semelhança de outras relações comunitárias, sob pena da eliminação dos institutos constitucionais, no reconhecimento de uma inconstitucionalidade interna à Constituição.

Na hipótese do valor afeto, como acontece com o princípio-valor da solidariedade, o sinal mais evidente da incompatibilidade é que se tem uma contradição em termos: se a coerção é elemento inerente ao direito,⁸⁹ os princípios e valores que evocam prestações espontâneas não são aptos a formar relações jurídicas. A propósito dessa contradição, Habermas, em passagem sobre a relação entre autonomia pública e autonomia privada, fez referência à solidariedade, destacando o seu caráter de elemento integrante na formação da autonomia pública (participação). Mas, e também conseqüentemente, o pensador alemão repele a dimensão jurídica da solidariedade:

A liberdade subjetiva que permite fazer e deixar de fazer, no âmbito das leis, qualquer coisa que se deseje, constitui o núcleo da autonomia privada, não da autonomia de cidadãos de um Estado. Ao invés disso, aos cidadãos do Estado, democráticos, imputa-se, tomando como base uma liberdade de arbítrio garantida juridicamente, autonomia no sentido mais pretensioso de uma formação racional e solidária da vontade – mesmo nos casos em que essa última pode apenas ser *sugerida* e não exigida legalmente. Um dever jurídico exigindo solidariedade seria tão absurdo como, por exemplo, um “ferro de madeira”⁹⁰ (grifou-se)

⁸⁹ Tema examinado no capítulo 4.

⁹⁰ HABERMAS. *Entre Naturalismo e Religião: Estudos Filosóficos*. 2007, p. 305.

Contudo, se a interpretação é desenvolvida no intento da implementação do circunscrito e não holístico discurso jurídico, o reconhecimento é possível, com proveito para o acolhimento da pluralidade. Apenas a eliminação do corpo estranho da eticidade – consequências “jurídicas” atreladas a afetos, supostos em relações familiares – permite que os referidos institutos sejam reconstruídos, sob os parâmetros cognitivos acessíveis à comunidade artificial dos sujeitos de direito. Aí, finalmente, encontrarão a justificativa para abranger todas as relações, não mais por que interessa ao direito atribuir vínculos obrigatórios a duas opções personalíssimas do que seja bom, mas para viabilizar, extrinsecamente, condições iguais de realização dos modos de vida livremente escolhidos. Nesse sentido, a consideração jurídica da convivência entre duas pessoas que, por algum motivo, cujo conteúdo não interessa, tornam-se reciprocamente dependentes do ponto de vista econômico, pode respaldar, por exemplo, pretensões contra o Estado – estas, previdenciárias – e contra outros sujeitos privados (planos de saúde, previdência privada etc.). Pode-se conceber, ainda, o surgimento de relações jurídicas entre os envolvidos, desde que estas sejam adequadas ao plano sujeito ao modo de coordenação contrafactual do agir estratégico, pois, sem a racionalidade instrumental, a especificação discursiva do direito perde a sua justificativa original, assentada na incapacidade cognitiva, motivacional e normativa da moral pós-convencional.

As mesmas diretrizes interpretativas servem às relações textualmente contempladas (heterossexuais). Quanto ao matrimônio, a consideração do atributo da potestatividade nas intenções dos cônjuges conduz à desconsideração de vínculos entre eles, por ocasião da ruptura (supressão de condições para a “extinção” do relacionamento e o não reconhecimento de obrigações que se remetam a interações afetivas).⁹¹ E, no que se refere à união estável, o corolário

⁹¹ O nascimento de obrigações jurídicas de relações afetivas representa uma incômoda heterogeneidade, já que interações do mundo da vida são, por definição, pré-discursivas. Mas o seu reconhecimento quando os afetos, supostamente, extinguem-se denuncia uma incongruência interna nos argumentos calcados na principiologia dos valores: interações extintas continuam obrigando duas pessoas que se tornaram, uma para a outra, o que um indivíduo autônomo é para o seu semelhante. Todavia, o reconhecimento “útil” de tais obrigações se dá, quase sempre, por ocasião da dissolução da união estável e do casamento. Numa radicalização sem precedentes, chega-se a cogitar do surgimento de obrigação alimentícia entre dois indivíduos já divorciados, sob os mesmos princípios metajurídicos: “É certo que a possibilidade de pleitear alimentos depois da separação – e, em especial, depois do divórcio – é rara, pois, ordinariamente, quem precisa de pensão já

específico da potestatividade é a eliminação dos aspectos compulsórios (a substituição da vontade dos envolvidos pelo fato da convivência) estabelecidos pelo legislador infraconstitucional, a pretexto de interpretar o instituto, seja na constituição da situação, seja quanto ao surgimento de vínculos estranhos ao direito.⁹²

pleiteou na própria ação dissolutiva do casamento. Todavia, não se pode esquecer hipóteses de necessidades supervenientes imprevisíveis atingindo aquele cônjuge que, anteriormente, não precisou da assistência do outro. Situação de miséria absoluta ou doenças incuráveis ou degenerativas que, muitas vezes, comprometem a própria capacidade laborativa são hipóteses bastante ilustrativas. Sérgio Gischkow Pereira é enfático ao realçar o sério equívoco que seria absolutizar a afirmação de que, após o divórcio, não mais é possível reclamar alimentos do ex-cônjuge. Por isso, trinta, quarenta, cinquenta anos de casamento não podem ser reduzidos à eficácia zero apenas porque foi decretado o divórcio” (FARIAS; ROSENVALD. *Direito das Famílias*, 2010, p. 700-701).

⁹² Artigos 1.723 e seguintes do Código Civil.

CAPÍTULO 7. ENTRE A INCAPACIDADE E A CAPACIDADE JURÍDICA – AS POSSIBILIDADES RESTRITAS DO DIREITO, NO RECESSO DA AUTONOMIA

Mesmo com as restrições extremas, quanto à juridificação da família, a ordem jurídica depara-se com uma situação limite, incômoda, diante desse fenômeno comunitário, que comumente abriga indivíduos desprovidos de capacidade discursiva plena. Trata-se, no campo da dogmática jurídica, da ausência ou da insuficiência das capacidades pertinentes à autonomia privada (capacidade civil), à cidadania (liberdade de participação nos espaços político e institucional) e à imputação criminal. É a única situação que justifica, do ponto de vista das pretensões universalizantes e incondicionais do discurso jurídico, a excepcional e subsidiária intervenção jurídica na vida familiar.

A tensão entre as pretensões universalizantes do discurso jurídico e a positivação constitucional de restos do sagrado e de seus sucedâneos valorativos resolve-se na restrição interpretativa dos respectivos enunciados, na abordagem infraconstitucional. Essa interpretação deve se dar ao sabor da projeção racional da extinção daqueles institutos estranhos, pertencentes ao universo comunitário e às diferenças incognoscíveis das identidades individuais. Contudo, a facticidade comunitária da família, no que se refere aos incapazes, diz de uma necessária desigualdade, a desafiar a comunidade de sujeitos de direito.

Os incapazes, como os demais indivíduos, são destinatários da ordem jurídica. Contudo, determinados e necessários critérios jurídicos, variáveis de Estado para Estado, obstam-lhes o exercício da autonomia pública (direitos de participação) e da autonomia privada (nos planos patrimonial e potestativo). Não participam do discurso, que supõe imputações recíprocas e irrecusáveis de direitos, mas são

afetados por pretensões normativas, deduzidas nos espaços público-políticos que os alienam.⁹³

Alijados do discurso, os indivíduos considerados em formação situam-se entre o jugo do pertencimento comunitário familiar e o imperativo de se integrar gradativamente à comunidade dos artificialmente iguais. O direito, pela definição adotada neste trabalho, não consegue reproduzir a vida comunitária – rede de interações próprias à eticidade –, que, paradoxalmente, forma o indivíduo para a autonomia. Assim, a ordem jurídica deve, por um lado, aceitar os influxos plurais do fenômeno familiar e, por outro, submeter os limites dessa aceitabilidade a critérios de maioria. O direito atua, diante dessa situação limite, entre as manifestações comunitárias plurais da família – que podem não corresponder à concepção predominante de vida comunitária, em um dado território estatal ou ser-lhe antagônica – e a comunidade concebida pela vontade geral.

Não se reconhece aos incapazes, ou se lhes reconhece parcialmente, a aptidão para a reflexão crítica sobre os aspectos comunitários que os condicionam. Desse recesso da autonomia extrai-se o fundamento da restrição jurídica da possibilidade de escolha do que seja vida boa, nos planos da eticidade e do agir estratégico. O direito, quanto aos incapazes, mitiga a pluralidade das formas de vida. Adota, para tanto, em um notório recesso da relação de complementariedade recíproca entre autonomia pública e autonomia privada, parâmetros exclusivamente hauridos da soberania popular, considerando que os incapazes são privados de qualquer modalidade de autonomia ou que a têm de forma reduzida. Daí a imposição excepcional, pelas normas jurídicas, da definição de incapacidade, das suas condições e limites: idade em que se atinge a capacidade; extensão das

⁹³ Segundo Habermas, ao abordar criticamente as considerações de Menke sobre o liberalismo de Rawls, “A neutralidade da meta de uma concepção de igualdade de cidadãos do Estado se mede pela inclusão completa e simétrica dos cidadãos. Todos eles devem ser incluídos simetricamente na comunidade política, isto é, sem nenhuma discriminação de seu modo de viver ou de sua autocompreensão ou da compreensão que eles têm do mundo. Tal meta exige, evidentemente, uma demarcação (Abgrenzung) de doutrinas (tal como as sexistas, racistas ou fundamentalistas) inconciliáveis com o princípio da igualdade de cidadãos do Estado, bem como uma limitação (Begrenzung) de direitos e deveres para com pessoas (tal como, por exemplo, crianças menores de idade, ou pacientes não imputáveis no sentido do direito) que ainda não têm – ou que provisoriamente não têm – condições de preencher os papéis de cidadãos ou de pessoas privadas capazes de negociar [...]” (HABERMAS. *Entre Naturalismo e Religião – Estudos filosóficos*, 2007, p. 315). (grifou-se)

restrições à autonomia; deveres de guarda e tutela dos responsáveis, aos quais se atribui, sob sanção, o encargo de inserir os menores em espaços comunitários e em espaços institucionalizados – como a escola –, que os preparem para o exercício da liberdade e da igualdade inerente aos espaços público-políticos.

A prevalência da soberania popular para a formulação de normas destinadas à tutela especial dos incapazes advém do fato de que a esses indivíduos não se reconhece a autonomia, sob critérios científicos, aliados a concepções culturais predominantes. Controla-se a vida familiar por meio de preceitos queridos pela maioria, a fim de que desvios comportamentais dos responsáveis e da comunidade (violência física e moral, por exemplo) e vivências comunitárias iliberais dos membros da família ameacem o aprendizado para a autonomia pública e privada.

Embora se admita a pluralidade comunitária vivenciada pelos ditos incapazes, essa experiência plural, diversamente do que se dá com os indivíduos autônomos, sofre restrição de uma espécie de senso comunitário médio, proveniente da vontade geral. Nesse caso, determinadas situações desafiam a intervenção do Estado: pais que tentam restringir a frequência da criança à escola, em virtude de incompatibilidade entre crenças religiosas e teorias científicas adotadas pela autoridade de ensino; praticas rituais que envolvam mutilação de tecidos genitais de meninas para reproduzir situação de inferioridade feminina, segundo padrões também religiosos; e a resistência à adoção de terapias reconhecidas pela comunidade científica, substituindo-as por rituais “terapêuticos” religiosos. A comunidade jurídica deve zelar para que determinadas experiências comunitárias não comprometam a transição dos incapazes para a autonomia plena.

Em resumo, excepcionalmente, o direito deixa o seu papel de coordenador das ações estratégicas e de tutela extrínseca da convivência das identidades individuais, para promover, quanto aos incapazes, a transição destes à capacidade discursiva, com destaque, dentro do tema desenvolvido, para as capacidades jurídicas.

Mas nem por isso o discurso jurídico despe-se da vinculação conceitual à coerção. Não se trata, portanto, de impor aos incumbidos da guarda e da tutela, ou

do direito de visitação, prestações incoercíveis, tais como afeto e solidariedade. Essas prestações, por definição, são espontâneas e desnaturam-se tão logo passam a ser “garantidas” heteronomamente. De qualquer forma, seria uma “garantia” ineficaz, já que afetos e manifestações solidárias, impassíveis de imputação, nascem e morrem indiferentes a qualquer disposição jurídica.

Na formulação de juízos relativos aos interesses de incapazes, fenômenos comunitários como afeto e solidariedade ingressam subsidiariamente no sistema jurídico, por meio do recurso a disciplinas científicas capazes de clarificá-los e transformá-los em dados aproveitáveis ao julgamento. Por exemplo, na definição do guardião de uma criança, o juiz, necessariamente, considera subsídios técnico-científicos de assistentes sociais e psicólogos que informam, comparativamente, entre outros dados, sobre a intensidade da interação afetiva do menor nos lares das partes em disputa. Mas isso não transforma o afeto em uma prestação sancionável.

O fenômeno continua pertencendo ao imponderável universo de interações naturais impermeáveis ao direito. Contudo, o estado-juiz, de um ponto de vista jurídico extrínseco a essas interações e tendo em conta a incapacidade do direito de reproduzir a vida familiar, vale-se das conclusões sobre o ambiente afetivo mais favorável para, em seguida, definir os principais responsáveis pelo acompanhamento da criança, do adolescente, ou do incapaz acometido de patologia que lhe prejudique o juízo. E sobre os responsáveis, conseqüentemente, segundo o papel atribuído a cada um, pesarão encargos, estes sim, jurídicos – garantidos por modalidades coercitivas (civis, penais, administrativas) –, de sustento material, intelectual e moral. De qualquer modo, o afeto não é a prestação jurídica, mas a condição para a indicação do sujeito passivo do dever.

A situação descrita, que desafia excepcionalmente a comunidade artificial dos iguais e livres, soa incômoda. O direito, em última análise, reconhece que a transição para a autonomia dá-se em meio a uma tensão entre o senso comunitário predominante, referendado pela soberania popular e a inserção comunitária da família. Para que cada indivíduo atinja a plenitude da autonomia, que o habilita a participar da construção do direito e se reconhecer como seu destinatário, deve, antes, submeter-se aos ditames de uma instância decisória que o aliena. Fora dessa

excepcionalidade, o tratamento jurídico da família deve ceder à pluralidade não tipificável de opções individuais, ao âmbito potestativo que delimita a identidade individual.

CONCLUSÃO

Ao fim deste trabalho, as reflexões desenvolvidas levaram às conclusões propostas a seguir, com as quais se pretende ter respondido as indagações inaugurais.

A família matrimonial, a despeito da sua apropriação pelo direito positivo moderno, tem origem nas bases de conhecimento espontâneo e não problematizado, oriundas do sagrado e da tradição, sobretudo – em se tratando do ocidente – na eticidade cristã. Tais planos não problemáticos caracterizavam as denominadas sociedades pré-modernas. Nessa fase, os indivíduos, com reduzida reflexividade acerca de seu pertencimento comunitário, apenas espelhavam, em suas existências particulares, valores onipresentes e incontestes dos respectivos agrupamentos.

O processo de dissolução das bases do sagrado e da tradição teve início na esteira da afirmação da autonomia individual, marco definidor da própria modernidade. Nesse ponto, o indivíduo desenvolve, no ápice de uma trajetória

intensamente influenciada pela Reforma, a capacidade de refletir criticamente sobre as bases comunitárias de sua formação e, conseqüentemente, de estabelecer uma perspectiva singular de inserção social. Daí a percepção da crescente pluralidade das formas de vida, fenômeno que desafia o chamado Estado democrático de direito.

O surgimento da autonomia individual inaugura duas vias paralelas e interdependentes de desenvolvimento da sociedade moderna. De um lado, os indivíduos afastam-se da homogeneidade valorativa que caracteriza a comunidade de valor antiga, esvaziando-lhe, gradativamente, a compreensibilidade. Emerge a identidade individual, entendida como o espaço por meio do qual cada indivíduo, embora forjado na vivência comunitária, passa a construir uma concepção singular do que seja vida boa para si. E, de outro lado, a compreensibilidade decadente – que se mostra no enfraquecimento dos referenciais sagrados e tradicionais, presentes na totalidade da vida dos indivíduos – dá lugar, em ritmo idêntico, à demanda pela construção de uma normatividade racional. Trata-se de suprir as lacunas deixadas pelos valores comunitários, que, na pré-modernidade, garantiam a coesão social.

A teoria do direito natural racional, derivada da razão prática e inspiração do pensamento liberal, destacou-se, já no final do século XVIII, no esforço de lançar as bases dessa normatividade moderna. E, percebendo a relação entre a nova demanda normativa e a superação do mundo regado pelo sagrado e pela tradição, os primeiros movimentos constitucionais da modernidade já expressavam a pretensão fundamental de laicidade do Estado.

Conquanto o pensamento liberal, de forma manifesta, tenha reconhecido uma dimensão irredutível do indivíduo – que define a sua identidade diante dos demais –, a assimilação da relação matrimonial ao contrato de direito privado fez tábula rasa da identidade individual. Da mesma forma que reduziu a sociedade política a um mero reflexo da sociedade civil, que tinha no contrato de direito privado a sua forma estruturante, mitigou aspectos personalíssimos do indivíduo ao contratualizar o casamento. O estabelecimento de vínculos jurídicos entre cônjuges, aliado à influência ainda dominante da comunidade religiosa antiga (a Igreja), definiu a

persistência textual de relações desiguais entre os cônjuges, até o final do século XX, sempre em detrimento da figura feminina.

A igualdade aritmética, aspecto fundamental do liberalismo, responde a contento à referida demanda de normatividade no plano das obrigações patrimoniais. Os aspectos irredutíveis da personalidade dos sujeitos da relação jurídica são preservados, porquanto as repercussões do inadimplemento são circunscritas ao patrimônio. Porém, o tratamento contratual para o ato instituidor da família distorceu o sentido dessa restrição racional, pois resulta na imputação de obrigações, sancionadas pelo direito, a partir de manifestações pertencentes ao âmbito irredutível dos indivíduos.

Essa incompreensão inicial da eticidade encontra emblemático exemplo na perplexidade que se instalou nos debates doutrinários sobre a natureza jurídica do casamento. Os civilistas dividiram-se em contratualistas – que destacam o aspecto contratual do casamento – e institucionalistas – que prestigiam o seu viés institucional. Esses últimos, não obstante se inspirassem, explícita ou implicitamente, nas bases sagradas do matrimônio, tidas como indisponíveis, intuíram a insuficiência fundamental do contrato: o envolvimento de aspectos valorativos e afetivos, incompatíveis com o vínculo contratual. Essa falsa dicotomia, frequentemente, transforma-se em falso amálgama, na medida em que outros tantos pensadores pretendem ver no casamento um contrato desprovido de viés patrimonial. Todavia, em meio a esse debate infrutífero, que persiste, em termos essenciais, até nossos dias, não se responde à questão central: o que significam os ditos aspectos não patrimoniais para o direito (?).

Nas fases posteriores da modernidade, a demanda pela normatividade neutra intensificou-se. Os espaços público-políticos, despindo-se progressivamente da influência de comunidades antigas dominantes, já manifestam, com algumas limitações residuais da tradição, feições procedimentais. Integrantes de comunidades de valor minoritárias, desde que estejam dispostos a sustentar suas pretensões em padrões linguísticos universalizantes – ou seja, no âmbito racional que propicia atribuições recíprocas de liberdades comunicativas irrecusáveis (“coerção não coercitiva”) –, são admitidos como partícipes na formação da vontade

geral. Em contrapartida, sob pena de esvaziar-se o sentido do acesso à participação, vem se impondo o respeito a eticidades “coletivas” minoritárias.

Mas, para além da convivência respeitosa entre comunidades de valor concorrentes, o desgaste das pretensões compreensivas de comunidades axiológicas dominantes é marcado pelo surgimento de novas minorias. Esses grupos – primeiro, as mulheres e, mais recentemente, os de orientação sexual “diferente” –, dentro de um contexto de reivindicações laicas generalizadas, exemplificam a ampliação inaudita da pluralidade das formas de vida. As suas pretensões, diversamente dos movimentos afirmativos de minorias culturais e religiosas, não se prendem a modelos coletivizados que coordenam as vidas dos seus integrantes. As novas minorias políticas constituem movimentos voltados à afirmação de identidades individuais, que apenas compartilham aspectos que ainda impedem a plenitude do exercício da autonomia privada e da autonomia pública.

No decorrer da segunda metade do século XX, as mulheres deram grandes passos no sentido de sua afirmação política e jurídica. No âmbito da família, obtiveram a igualdade de direitos em relação ao homem. Entraves do sagrado que obstavam a vida familiar, tipicamente comunitária e, portanto, metajurídica, foram suprimidos, no Brasil, pelas leis divorcistas e pela Constituição de 1988 (artigo 226 da CF). Entretanto, uma vez adotada a perspectiva discursiva do direito, é possível notar que bases da comunidade religiosa dominante ainda persistem, inclusive como princípios e institutos constitucionais. E essa persistência traduz a instrumentalização do jurídico por elementos do sagrado e da tradição. O próprio sentido do reconhecimento pretendido pelos grupos minoritários modernos acima referidos – sem se desprezarem as conquistas jurídicas das mulheres, como aquisições históricas contra a comunidade de valor dominante – deságua, no âmbito do direito constitucional positivo, em institutos originários do sagrado e da tradição, portanto, contrários ao reconhecimento.

A especificação discursiva do direito presta-se a suprir a deficiência da moral pós-convencional em regular normativamente a vida social. O dismantelamento das bases de conhecimento espontâneo e não problemático – assentadas no sagrado e na tradição – desloca a moral para o campo do saber, esvaziando-lhe

normativamente. A progressiva perda de compreensibilidade das comunidades antigas, que antes constituíam os liames solidários da convivência entre os seus integrantes, libera opções valorativas e ações estratégicas centradas no indivíduo, cujo sucesso torna-se potencialmente mais importante que a inserção comunitária. Isso significa que a cognição valorativa e a motivação para o agir – tornadas imponderáveis e incontrolláveis – inviabilizam a intervenção normativa da moral, que não mais encontra elementos axiológicos uníssomos, nos quais possa fundamentar regras gerais. Desse modo, o caráter discursivo da moral pós-convencional – que, pressupondo a comunidade de indivíduos voltados para o entendimento, produz normas de ação passíveis de obter o assentimento dos atingidos – confronta-se com uma intransponível perplexidade: as diferenças valorativas e motivacionais dos indivíduos impedem a consolidação discursiva de um entendimento que possa ser aceito por todos.

Nesse contexto, o direito, embora independente da moral, presta-se a suprir suas deficiências, circunscrevendo o discurso a uma comunidade engendrada em termos artificiais e racionais. Por meio da especificação discursiva do direito, os indivíduos reduzem a imponderabilidade representada por suas biografias pessoais, atribuindo-se qualidades pertinentes ao exercício da autonomia público-privada. Na comunidade artificial, há sujeitos de direito, providos de qualidades reciprocamente atribuídas, na medida das exigências da coordenação de suas ações estratégicas. Apenas assim é possível a formação de um círculo, por meio do qual a normatização da vida social torna-se aceitável pelos indivíduos, que, sendo partícipes do discurso, não podem recusar a destinação das normas produzidas por meio dele. Com isso, o direito vê-se legitimado a acionar o aparato coercitivo, para suprir a deficiência motivacional, coibindo o potencial dissenso representado por manifestações díspares do agir estratégico.

Tal circunscrição reduz o papel do direito à coordenação de ações estratégicas. Somente se pode falar em vínculos jurídicos, no plano da autonomia privada, em relações informadas pelo agir estratégico, nas quais há conflitos entre sujeitos de direito que sejam universalmente reconhecíveis. Por outro lado, a especificação discursiva do direito libera uma esfera potestativa individual, em que habitam valores, motivações, afetos e paixões não pertencentes ao plano de

imputações recíprocas voltado para a coordenação do agir estratégico. Trata-se de interações naturais e comunitárias, que, por se conterem no âmbito impermeável à discursos universalizantes, não admitem a intervenção coordenadora do direito. No que se refere a essas interações, o direito não pode atuar de modo a estabelecer vínculos garantidos pela coerção, senão para tutelá-las extrinsecamente, ao coibir a violação da órbita em que a identidade individual pode fluir livremente.

A intervenção coordenadora do direito na vida familiar, tal como ainda é acolhida pelo direito positivado – casamento, união estável e obrigações deles decorrentes –, revela a persistente incompreensão da identidade individual, no mesmo passo em que manifesta a presença residual de elementos do sagrado e da tradição. A família é fenômeno comunitário – pré-jurídico – cujos modos de constituição remetem-se a interações naturais e comunitárias, inspiradas em afetos e valores não tipificáveis pela artificialização própria à comunidade dos sujeitos de direito. Por conseguinte, a atribuição de vínculos jurídicos a partir de tais interações sacrifica a pluralidade das formas de vida que a própria especificação discursiva do direito liberou sob a garantia extrínseca do âmbito potestativo da identidade individual.

Do ponto de vista da implementação do discurso jurídico, tais institutos, originariamente sagrados, somente podem subsistir, sem violar as pretensões universalizantes do Estado democrático de direito, sob uma interpretação que negue propriedades jurígenas a interações comunitárias e naturais que os constituem. Assim neutralizadas, é possível a sua reconstrução dentro do direito – comunidade artificial de sujeitos de direito –, para acolher relações de convivência e dependência entre duas pessoas, sem considerar os conteúdos potestativos das opções que as formaram. Superam-se, nesse sentido, as restrições sexistas, bem como os deveres e vínculos obrigacionais nascidos da anômala apropriação da identidade pelo modo de coordenação do direito.

O estabelecimento de vínculos jurídicos no interior da família somente persiste, excepcional e restritivamente, no que se refere à tutela da transição dos indivíduos da incapacidade para a capacidade, ou seja, para o ingresso na comunidade dos sujeitos autônomos. Como os juridicamente incapazes

presumivelmente não estão habilitados a refletir criticamente sobre sua inserção familiar (comunitária), cabe ao direito, por meio de padrões comunitários hauridos da soberania popular, garantir-lhes a mencionada transição, estabelecendo, em primeiro plano, deveres de provimento material e moral aos designados responsáveis.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Lucia. *Habermas: Filósofo e Sociólogo do Nosso Tempo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

BARBOSA, Rui. *O divórcio, as bases da fé e outros textos*. São Paulo: Martin Claret, 2008.

BOBBIO, Norberto. *Locke e o Direito Natural*. Trad. Sérgio Bath. 2. ed. Brasília: UnB. 1997.

CAENEGEN, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CITTADINO, Gisele Guimaraes. Autodeterminação e Identidade. Sobre os direitos individuais e direitos coletivos em Habermas. *Jürgen Habermas, 80 anos – Direito e Democracia*. Orgs. Günter Frankenberg e Luiz Moreira. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

_____. *Pluralismo Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

DICIONÁRIO DE FILOSOFIA DE CAMBRIDGE. Dir.: Robert Audi, São Paulo: Paulus, 2006.

DICIONÁRIO DO PENSAMENTO MARXISTA. Ed.: Tom Bottomore, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família – Elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro*. 2. ed. Coord: Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2003.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Dever Alimentar para um Novo Direito de Família*. Rio de Janeiro – São Paulo – Recife: Renovar, 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

FIUZA, César. *Direito Civil – Curso Completo*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

FRASER, Nancy. *Reconhecimento sem ética? Teoria crítica no século XXI*. Orgs. Jessé de Souza e Patrícia Mattos. São Paulo: Annablume, 2007.

FREITAG, Bárbara. *Itinerários de Antígona: A Questão da Moralidade*, Campinas: Papirus, 1992.

FUSTEL DE COULANGES. *A cidade antiga*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gubenkian, 1995.

GOYARD-FABRE, Simone. *Filosofia Crítica e Razão Jurídica*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional – Ensaio político*. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

_____. *Direito e Democracia*. v. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Direito e Democracia – Entre facticidade e validade*. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. Pluralismo Religioso e Solidariedade de Cidadãos do Estado. *Entre Naturalismo e Religião – Estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

_____. *Racionalidade e Comunicação*. Trad. Paulo Rodrigues. Lisboa: Edições 70, 2002.

_____. Tolerância. *Entre Naturalismo e Religião – Estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação: Ensaio Filosófico*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

LEITE, Roberto Basilone. *A Chave da Teoria do Direito de Habermas: Direitos Humanos e Soberania Popular*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris (Ed.), 2008.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

MATTOS, Patrícia Castro. *A Sociologia Política do Reconhecimento: As Contribuições de Charles Taylor, Axel Honneth e Nancy Fraser*. São Paulo: Annablume, 2006.

_____. *As Visões de Weber e Habermas sobre Direito e Política*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris (Ed.), 2002.

MOREIRA, Luiz. *A Constituição como Simulacro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MOREIRA, Luiz (org.). *Com Habermas, Contra Habermas: Direito, Discurso e Democracia*. São Paulo: Landy Editora, 2004.

_____. *Fundamentação do Direito em Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: Uma relação difícil*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (orgs.). *Direito e Democracia: Um Guia de Leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. V. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de Família*. 1. ed. Campinas: Russell, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de Família Contemporâneo: Doutrina, Jurisprudência, Direito Comparado e Interdisciplinariedade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

PETTIT, Philip. *Teoria da Liberdade*. Trad. Renato Sérgio Pupo Maciel. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PRODI, Paolo. *Uma História da Justiça: Do Pluralismo dos Foros ao Dualismo Moderno entre Consciência e Direito*. Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira et. al. *Reviravolta Lingüístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001.

RANKE-HEINEMANN, Uta. *Eunucos pelo reino de Deus – Mulheres, sexualidade e igreja católica*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1999.

RAWLS, John. *História da Filosofia Moral*. Trad. Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Liberalismo Político*, México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

_____. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

REALE, Miguel. *Horizontes do Direito e da História*. São Paulo: Saraiva, 1956.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SKINER, Quentin. *As Fundações do Pensamento Político Moderno*. Trad. Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

WOLKMER, Antônio Carlos (org.). *Fundamentos de História do Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.