

Humanismo e abstração no direito de família

José Antônio Peres GEDIEL*

Rafael de Sampaio CAVICHIOLI**

RESUMO: Este artigo analisa o Parecer de Portalis a respeito do casamento entre protestantes na França do século XVIII e duas decisões de tribunais brasileiros acerca de uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, para demonstrar a antinomia entre a abstração dos modelos jurídicos em face da realidade social. O artigo identifica o caráter estrutural dessa antinomia que resulta na exclusão jurídica de grupos sociais em virtude da aplicação desses modelos. Destaca, ainda, como o humanismo jurídico é utilizado para temperar esses modelos com elementos da vivência social.

PALAVRAS-CHAVE: União estável; abstração jurídica; humanismo; repersonalização do direito civil.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. A técnica retórica de Portalis: humanismo jurídico contra a abstração do Direito; – 3. A repersonalização do Direito Civil: o humanismo jurídico revisitado; – 4. A união estável entre pessoas do mesmo sexo no Brasil: variações sobre a segurança patrimonial; – 5. Conclusão; – 6. Referências.

TITLE: Humanism and Abstraction in Family Law

ABSTRACT: This paper analyzes Portalis' opinion on protestant marriage in France, in the 18th century, and two Brazilian courts' decisions on same-sex "consensual marriage", to show the antinomy of legal-models' abstraction against social reality. The paper identifies the structural nature of such antinomy, which results in legal exclusion of certain social groups by virtue of said models' application. It is worth highlighting how legal humanism is used to temper these models with social life's elements.

KEYWORDS: "Consensual marriage"; legal abstraction; humanism; private law re-personalization.

CONTENTS: 1. Introduction; – 2. Portalis' rhetorical technique: legal humanism versus abstraction in Law; – 3. The re-personalization of Private Law: legal humanism revisited; – 4. "Consensual marriage" applied to same-sex couples in Brazil: variations on property security; – 5. Conclusion; – 6. References.

* Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (PPGD/UFPR). Professor Titular de Direito Civil da UFPR. Coordenador do Grupo de Pesquisa Biotec - Direito, biotecnologia e sociedade, do Núcleo de Direitos Humanos e Desenvolvimento do PPGD/UFPR. Pós-Doutor pela Universidade de Montréal, Canadá. Pesquisador-visitante junto à Universidade de Buenos Aires, Argentina (2016). Pesquisador-visitante, Bolsista-Sênior CAPES, junto à Universidade de Columbia, Nova Iorque, Estados Unidos da América (2017). *E-mail:* jagediel@gmail.com.

** Mestre e doutorando em Direito das Relações Sociais pelo PPGD/UFPR. Membro do Grupo de Pesquisas Biotec - Direito, biotecnologia e sociedade, do Núcleo de Direitos Humanos e Desenvolvimento do PPGD/UFPR. Promotor de Justiça integrante do Ministério Público do Estado do Paraná. *E-mail:* rcavichioli@yahoo.com.br.

1. Introdução

O Código Civil francês já foi definido por Orlando de Carvalho como "... um código humanista ou (*hoc sensu*) personalista, afirmando o primado do homem sobre a lei, da pessoa sobre a imposição que a constrange, que ainda hoje parece um ideal não proscrito".¹

Essa definição é interessante porque ressalta, entre as características do Código, um conflito inerente ao Direito Moderno, aquele estabelecido entre a abstração das categorias jurídicas e a contingência instável da realidade disciplinada por tais categorias.

A definição intriga também ao remeter a qualificação humanista ao objetivo por ele identificado no Código: afirmar o primado do homem sobre a lei, fazer prevalecer a pessoa sobre a abstração jurídica. Se o humanismo jurídico pode ser relacionado a essa percepção, segundo a qual o caráter abstrato do Direito necessita ser temperado com as vivências concretas, é legítimo afirmar que, no Direito Civil moderno, há uma tradição humanista que perpassa por orientações distintas e separadas no espaço e no tempo, todas demarcadas pela racionalidade Moderna. Entre elas, destacam-se o pandectismo alemão, a técnica retórica de Portalis (um dos redatores do Código Civil francês) e, posteriormente, outras formulações teóricas, como a da *repersonalização do Direito Civil*, no Brasil.

Em contraste com a busca humanista pela vida concreta, o Direito Civil positivo, para normatizar um largo espectro de situações fáticas não-patrimoniais e familiares, se vale da abstração, pela qual modelos ideais se destinam a regulamentar essas situações que são percebidas como participantes das características desses modelos. Em contrapartida, diversas idiosincrasias e vicissitudes da vida concreta dos indivíduos inseridos nessas situações são ignoradas pelo Direito, ocasionando uma verdadeira antinomia da abstração: para regular e proteger juridicamente certas relações existenciais, o Direito se vale da abstração e, ao abstrair a concretude, o Direito exclui e desprotege os indivíduos e relações, que não podem ser subsumidos aos modelos normativos ideais.

Nisso reside a antinomia da abstração do Direito moderno: para disciplinar determinadas relações e situações existenciais, o Direito se vale da técnica de abstração,

¹ CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica - seu sentido e limites*. 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981. p.35.

que o habilita a abranger largo espectro de relações. A outra face dessa abstração conduz à exclusão jurídica e à desproteção pessoal dos indivíduos e interesses presentes nessas situações existenciais, mas que não se subsumem ao modelo jurídico abstrato.

O humanismo jurídico pode ser entendido como a sensibilidade segundo a qual o caráter abstrato do Direito necessita ser temperado com as vivências concretas e é invocado como possibilidade de superar a abstração. A permanência do enfrentamento dessa antinomia pelo humanismo jurídico no Direito de Família é exemplarmente demonstrada por dois problemas clássicos: o Parecer de Portalis sobre casamento de protestantes, após a revogação do Edito de Nantes na França; e decisões a respeito união estável entre pessoas do mesmo sexo, no Brasil.

Para além da incontestável importância desses dois exemplos para a problematização e possível desenvolvimento do Direito Civil, a sua abordagem é valiosa para demonstrar como os tópicos argumentativos do humanismo jurídico são semelhantes, a despeito dos contrastes espaço-temporais, o que indica o caráter estrutural da antinomia da abstração do Direito.

2. A técnica retórica de Portalis: humanismo jurídico contra a abstração do Direito

O primeiro exemplo do enfrentamento do humanismo jurídico à abstração do Direito fica evidenciado no Parecer² – assinado por Portalis e seu amigo Pazeri – escrito em 1770. O Parecer defendeu a validade de casamentos entre protestantes na França, mesmo após a revogação do Edito de Nantes, e antecedeu em dezessete anos o Edito de 28 de novembro de 1787, pelo qual o estado civil dos protestantes foi estabelecido e regulamentado.³

O Edito de Nantes, que estabelecia certa tolerância religiosa entre católicos e protestantes, foi revogado em 1685, tornando-se proscrita a religião protestante na França e “... o rei apenas permitiu aos protestantes, que não eram ainda convertidos, permanecerem no reino, praticarem o comércio, gozarem de seus bens, na esperança

² A descrição do cenário de normas que regulavam o casamento na época leva em conta apenas as informações contidas no Parecer.

³ Comentários prévios ao Parecer e realizados pelo organizador da publicação: PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. Consultation sur la validité des mariages des protestants en France. In: PORTALIS, Frédéric (Ed.). *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code Civil, Par Jean-Étienne-Marie Portalis publiés par le Vicomte Frédéric Portalis*. Paris: Librairie de La Cour de Cassation, 1844. p.441.

que Deus os esclareça.”⁴ Ainda, abstraindo da existência concreta de milhares de pessoas que professavam a religião protestante, pelo Edito de 1697, foi determinado que os casamentos dos súditos do rei deviam se realizar perante a Igreja Católica.⁵

A revogação do Edito de Nantes e as condições ofertadas aos protestantes teriam promovido a emigração destes para outros países, protestantes ou com tolerância religiosa. Assim, para evitar uma “deserção geral”, a Declaração de 13 de setembro de 1699 tornou

... proibida a emigração do reino a todos esses súditos ainda adeptos da religião pretensamente reformada, sob pena de imposição de trabalhos forçados nas galeras para os homens e, para as mulheres, de serem reclusas em lugares que seriam determinados pelos juízes.⁶

Por fim, a declaração de 14 de maio de 1724, distanciando-se da imposição geral do Edito de 1697, restringiu apenas aos católicos e aos súditos recentemente convertidos à fé católica o cumprimento das ordenanças, editos e declarações sobre casamentos. Nas palavras de Portalis, “... essa lei nada fala dos casamentos daqueles que ainda não abriram seus olhos à verdade [os protestantes, por óbvio], e sobre os quais, nessa época, não se podia dissimular nem a existência e nem o número”.⁷

Nesse contexto normativo, os casamentos dos protestantes, realizados perante os seus ministros religiosos e não perante a Igreja Católica, eram, segundo o direito positivo estatal, destituídos de efeitos legais. Eis aí a evidente abstração jurídica e a exclusão por ela operada. A jurisprudência, no intuito de contornar a legislação e “*mais humana que os editos*”, atribuía proteção jurídica a essas uniões ao qualificá-las pela posse de

⁴ Tradução livre de: “... le roi permit seulement aux protestants, qui ne s’*étaient* point encore convertis, de demeurer dans le royaume, d’y faire leur commerce et d’y jouir de leurs biens, en attendant qu’il plût à Dieu de les éclairer.” (PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. Consultation sur la validité des mariages des protestants en France, cit., p.445.)

⁵ PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. Consultation sur la validité des mariages des protestants en France, cit., p. 446.

⁶ Tradução livre de: “... défendit à tous ses sujets encore engagés dans la religion prétendue réformée de sortir à l’avenir du royaume ... sous peine, pour les hommes, des galères à vie, et pour les femmes, d’être récluses dans les lieux qui seraient ordonnés par les juges.” (PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. Consultation sur la validité des mariages des protestants en France, cit., p. 447.)

⁷ Tradução livre de: “...cette loi ne parle en aucune manière des mariages de ceux qui n’ont point encore ouvert les yeux à la vérité, et dont on ne pouvait pourtant à cette époque se dissimuler ni l’existence ni le nombre.” (PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. Consultation sur la validité des mariages des protestants en France, cit., p. 448.)

estado de casados.⁸ Trata-se de uma solução formulada sob a sensibilidade do humanismo jurídico.

A consulta, então, realizada pelo Duque de Choiseaul a Portalis demandava saber

... se em relação a um casamento, contratado no deserto por dois nubentes protestantes e em presença de seus parentes mais próximos e de um ministro da sua religião, podia ser demandada sua nulidade por um colateral que pretendesse excluir os filhos legítimos da sucessão de seu pai, enquanto esses filhos e os pais destes [o pai falecido e a mãe protestantes] sempre gozaram publicamente e tranquilamente de seu estado(...).⁹

Estabelecida a questão, Portalis considera necessárias duas proposições para fixar a legitimidade do casamento entre protestantes: 1) os protestantes não são obrigados a observar as instituições religiosas católicas; 2) a boa-fé conhecida e constatada dos cônjuges deve ser suficiente para legitimar os casamentos dos protestantes.¹⁰ O Parecer de Portalis, que concluiu pela legitimidade do casamento dos protestantes, exerceu grande influência sobre a jurisprudência que se estabeleceu à época e que resultou no Edito de 28 de novembro de 1787.¹¹

Os primeiros argumentos de Portalis centram-se em demonstrar que o casamento pode

⁸ Esses comentários são elaborados pelo organizador da publicação da obra ora analisada e não integram o texto do Parecer. Cf. PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. Consultation sur la validité des mariages des protestants en France, cit., p. 441-442. No regime jurídico brasileiro atual, a posse de estado de casados é uma forma de provar o casamento destituído de registro público. Está previsto no art. 1.545, *caput*, do Código Civil e, no regime do Código Civil de 1916, a matéria era tratada no art. 203, *caput*. Em ambas as situações, o objetivo da norma é a proteção dos filhos e (ou) dos cônjuges. Para a explicação sobre a posse de estado de casados, cf. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de família: (direito matrimonial)*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990. p.149-151., onde se lê: “A posse do estado de casado resulta da reunião de fatos que, considerados de modo unitário, revelam no plano social a existência do estado de casado. Assim, as pessoas que vivem publicamente como marido e mulher, gozando dessa reputação e consideração nas relações sociais, são consideradas na posse do estado de casadas.” (OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de família*, cit., p.150.)

⁹ Tradução livre de: “... *si un mariage, contracté dans le désert par deux époux protestants en présence de leurs plus proches parents et d'un ministre de leur religion, peut être querellé de nullité par un collatéral qui veut exclure les enfants légitimes de la succession de leur père, tandis que ces enfants et ceux dont ils ont reçu le jour ont toujours joui publiquement et tranquillement de leur état(...)*.” (PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. Consultation sur la validité des mariages des protestants en France, cit., p. 444.)

¹⁰ PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. Consultation sur la validité des mariages des protestants en France, cit., p. 450.

¹¹ Comentários prévios ao Parecer e realizados pelo organizador da publicação: PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. Consultation sur la validité des mariages des protestants en France, cit., p. 443.

existir sem o rito sacramental religioso, vale dizer, que o casamento é um contrato¹² e a Igreja Católica apenas abençoa esse contrato, que existe e é válido em razão da disciplina das leis civis e independe das instituições religiosas. Para Portalis, o poder de invalidar um casamento particular – e, portanto, estabelecer os critérios gerais de validade do casamento – é um poder de coação e constrangimento, que só pode pertencer ao magistrado político. O poder da Igreja é apenas espiritual.¹³

Na técnica retórica de Portalis, antes da revelação cristã, o Poder Civil regulava com independência o casamento, e, como a revelação não alterou o Poder Civil, os soberanos permanecem com o poder exclusivo de validar ou invalidar os casamentos. “Disso, nós vemos que o divórcio, ainda que proscrito pelo Evangelho, foi, durante muito tempo e após o estabelecimento da religião cristã, uma parte do direito comum no império romano, assim como em todo o resto do Ocidente.”¹⁴ Uma vez que a forma jurídica do casamento é contratual e independente do rito religioso, fica definido que as leis civis são as únicas competentes para regular o casamento e as únicas que podem obrigar os protestantes a se casarem perante a Igreja Católica.¹⁵

Desse modo, a investigação, para Portalis, centra-se em averiguar se as leis civis francesas proibem o casamento entre protestantes. Segundo Portalis, de todas as normas que regulam o casamento entre protestantes após a revogação do Edito de Nantes, não há uma sequer que prescreva uma forma especial de casamento para os protestantes, mas nenhuma também obriga os protestantes a observarem as

¹² Pelo Concílio de Trento, a Igreja Católica reafirma a noção sacramental do vínculo matrimonial. “Toda a matéria referente ao casamento é exaustivamente apreciada nos diversos cânones do Decreto de Tametsi [1563], aprovado no concílio tridentino. (...) exige-se para a validade do casamento que ele seja contraído diante de um padre; (...)” (LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de direito de família: Origem e Evolução do Casamento*. Curitiba, Juruá, 1991. p.262.). Sobre o mesmo tema e com reprodução de documentos históricos, cf. GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p.565-584. Note-se que a posição de Portalis é típica do galicanismo, que visando autonomizar o poder estatal em relação ao poder eclesiástico, fazia com que os decretos dos concílios da Igreja Católica fossem publicados pelo rei da França, adquirindo força de lei estatal e, apenas a partir daí, passavam a ser dotados de eficácia (cf. LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de direito de família*, cit., p.268.). Os galicanistas ou regalistas defendem a concepção do casamento como contrato, dando azo à competência do Estado para regular o matrimônio. Cf. LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de direito de família*, cit., p.269.

¹³ PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. Consultation sur la validité des mariages des protestants en France, cit., p.453. Afinal, diz Portalis, a regulação do casamento por dois poderes traria confusão e grandes abusos que implicariam a destruição do princípio da unidade da potência pública instituído por Deus ao ter declarado que seu reino não era desse mundo. PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. Consultation sur la validité des mariages des protestants en France, cit., p.454.

¹⁴ Tradução livre de: “De là nous voyons que le divorce, quoique proscrit par l’Envagile, a été longtemps après l’établissement de la religion chrétienne, une partie du droit commun dans l’empire romain, ainsi que dans tout le reste de l’Occident.” (PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. Consultation sur la validité des mariages des protestants en France, cit., p.454-455.)

¹⁵ PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. Consultation sur la validité des mariages des protestants en France, cit., p.456-457.

instituições católicas para se casarem¹⁶, o que legitimaria seus casamentos.

Nesse ponto, a técnica retórica de Portalis se utiliza da normatividade jurídica para afirmar direitos e incluir indivíduos (os protestantes) no espectro de regulação jurídica, com o objetivo de proteger interesses concretos desses indivíduos, antes excluídos da norma. Resta, porém, um problema a ser solucionado pelo Parecer: se a legislação estatal adota as instituições católicas, como podem ser válidos os casamentos dos protestantes? Ao deixar de disciplinar e dar forma específica ao casamento dos protestantes, o Estado não pretenderia convertê-los à Igreja Católica?

A religião, afirma Portalis, atua sobre a alma e todo constrangimento ou violência contra as pessoas, sob o pretexto da religião, são destrutivos da humanidade. “Nós não estamos autorizados a usar de violência e constrangimento em nome de um Deus justo, que recomenda por tudo o amor dos homens; que nos ordena amar nosso próximo como nós mesmos;...”¹⁷ A retórica de Portalis se situa entre o humanismo cristão e a defesa de certa tolerância religiosa assimilada pela legislação civil.

Os princípios católicos-cristãos de amor mutual, portanto, inspiram o Estado e não permitem alterar o sentido das leis francesas para supor que essas vedariam o casamento dos protestantes com o objetivo de convertê-los ao catolicismo. Uma interpretação desse tipo contraria o próprio sentido do amor fraterno e universal que inspira os católicos-cristãos.¹⁸ Assim, é muito mais razoável pensar

... que os soberanos, submetendo apenas *os católicos e os novos convertidos* a nossas formas religiosas, seguiram a doçura tão fortemente recomendada no Evangelho; a caridade cristã e universal; o plano que eles sempre seguiram de não constranger as consciências, *aguardando que queira Deus esclarecer os protestantes*; e procuraram conservar os cuidados e arranjos devidos a um corpo do povo cuja residência é forçada e que por ignorância permanece vinculado a uma religião introduzida na França segundo as leis desde muito tempo autorizadas.

¹⁶ PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. Consultation sur la validité des mariages des protestants en France, cit., p.457-458.

¹⁷ Tradução livre de: “*Nous ne pouvons être autorisés à user de violence et de contrainte au nom d’un Dieu juste, qui recommande partout l’amour des hommes; qui nous ordonne d’aimer notre prochain comme nous-mêmes;...*” (PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. Consultation sur la validité des mariages des protestants en France, cit., p. 465.) Note-se, nesse trecho, a patente influência do pensamento cristão de Jean Domat sobre os argumentos de Portalis, em que os fundamentos da lei civil são as leis da convivência e da equidade cristãs. Destaque-se, nesse sentido, que para Domat, o direito natural comanda o amor a Deus e, por consequência, a todos os homens, compondo a união e o amor mutual. Cf. ZARKA, Yves Charles. *Philosophie et politique à l’âge classique*. Paris: PUF, 1998.p.209-210.

¹⁸ PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. Consultation sur la validité des mariages des protestants en France, cit., p.466.

De todos os meios que seriam possíveis de imaginar para constranger os protestantes a abraçar a religião católica, não há um mais terrível em si, mais inconciliável com a ordem pública, com os costumes, com o bem do Estado, com as vias da religião, com nossas leis particulares sobre os protestantes, que aquele que tenderia a vedar a liberdade de se casar na França.¹⁹

Os protestantes, então, ignoram a verdade católica, mas o Estado, alçado nos pilares cristãos, perdoa a culpa dos protestantes no aguardo que Deus os esclareça. Com esses argumentos que apontam para a tolerância, baseados na liberdade cristã que fundamenta o perdão da culpa, Portalis “absolve” os protestantes e afasta a interpretação de que a legislação francesa objetivaria convertê-los para o catolicismo, mediante a proibição do casamento. Todavia, a formulação seguinte de Portalis revela o verdadeiro teor de sua tolerância religiosa: os protestantes estão absolvidos, desde que o seu comportamento matrimonial seja adequado aos padrões legislativos. Mas, que comportamento é esse?

Primeiro, Portalis sustenta que, após o dever de conservar a própria pessoa, não há outro dever mais necessário que o de perpetuar a espécie. Diante disso, até mesmos os escravos romanos – privados de toda liberdade – conservavam a liberdade de se casarem. O casamento juridiciza o instinto de perpetuação e nenhum governo humano proibiu o casamento; os governos humanos “... jamais conheceram essa forma de despotismo terrível, que iria ao ponto de destruir e suprimir o instinto”.²⁰

Ademais, do “... casamento depende a força física e o bem político do Estado; é o casamento que fornece os comerciantes, os soldados, os agricultores, e é ele que faz povoar nossas cidades e campos”.²¹ Segundo a declaração de 13 de setembro de 1699 (que proibia aos protestantes a emigração da França), o Estado necessitava de súditos,

¹⁹ Tradução livre de: “...que les souverains, en ne soumettant que les catholiques et les nouveaux convertis à nos formes religieuses, ont suivi la douceur si fort recommandée dans l’Évangile; la charité chrétienne et universelle; le plan qu’ils sont toujours fait de ne pas contraindre les consciences, d’attendre qu’il plût à Dieu de les éclairer; et ont cherché à conserver les égards et les ménagements dus à un corps de peuple, dont la résidence est forcée, et qui par aveuglement demeure attaché à une religion introduite en France de l’aveu des lois et longtemps autorisée. De tous les moyens qu’il serait possible d’imaginer pour contraindre les protestants à embrasser la religion catholique, il n’y en a pas de plus effrayant en soi, de plus inconciliable avec l’ordre public, avec les mœurs, avec le bien de l’état, avec les vues de la religion, avec nos lois particulières sur les protestants, que celui qui tiendrait à leur ôter la liberté de se marier en France.” (PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. Consultation sur la validité des mariages des protestants en France, cit., p.467.)

²⁰ Tradução livre de: “...n’ont jamais connu ce despotisme terrible, qui irait jusqu’à détruire et à étouffer l’instinct.” (PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. Consultation sur la validité des mariages des protestants en France, cit., p.468.)

²¹ Tradução livre de: “...mariage dépendent la force physique et le bien politique de l’état; c’est le mariage qui donne des commerçants, des soldats, des cultivateurs, c’est lui qui peuple nos villes et nos campagnes.” (PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. Consultation sur la validité des mariages des protestants en France, cit., p.471.)

necessitava ser povoado. Considerando essa necessidade, “Poder-se-ia chamar de uma boa lei civil aquela que impediria o reino de se povoar em um momento em que todos os homens de estado se queixam do mais terrível despovoamento?”²²

A tolerância religiosa quanto aos protestantes está funcionalizada à utilidade deles ao Estado, na medida em que fornecem súditos. Na qualidade de comportamento tutelado pelo Direito (de todos os tempos, já que até mesmo os escravos romanos se casavam), o instinto natural da procriação valida as uniões dos protestantes e autoriza a interpretação de que seus casamentos não são proibidos pela legislação. Porém, permanece a questão: se não há uma forma legal específica para o casamento dos protestantes, como estes podem ser válidos? O controle comportamental exercido pela abstração contida no direito positivo manifesta-se, radicalmente, nos próximos argumentos de Portalis acerca do enquadramento jurídico dos casamentos dos protestantes. O humanismo jurídico de Portalis enfrentará a abstração jurídica e seus efeitos concretos.

Ora, a lei que proibisse o casamento e impusesse o celibato a um grupo da população iria acabar por forçá-lo contra a virtude e os bons costumes²³. Por isso, o casamento dos protestantes apenas deve ser tutelado pelo direito positivo caso seja desempenhado em conformidade com a virtude e os bons costumes. Como estes se manifestam? O argumento de Portalis, então, segue para estabelecer a forma jurídica do casamento dos protestantes pela qual este deve ser tutelado pelo Direito. Se a legislação francesa não oferece uma forma específica de tutela, o direito comum, recepcionado por todas as nações civilizadas, estabelece as características gerais do casamento aplicáveis também aos protestantes:

São verdadeiramente esposos aqueles que, qualquer que seja o instrumento que exterioriza o seu contrato, se unem de maneira a coabitarem apenas uma morada, uma vontade e uma alma; aqueles que, por vontade comum, se submetem aos mesmos deveres; aqueles que participam das mesmas vantagens; aqueles que partilham seus prazeres e suas dores; aqueles que têm todas as coisas comunicadas entre si, o corpo e o coração; aqueles que atendem seus filhos, fruto de sua união, como um bem comum, como um novo liame que encerra sua união, e aqueles que tornam sua união sempre mais

²² Tradução livre de: “*Pourrait-on appeler une bonne loi civile celle qui empêcherait le royaume de se peupler, dans un moment où tous les hommes d'état se plaignent de la plus affreuse dépopulation?*” (PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. Consultation sur la validité des mariages des protestants en France, cit., p. 471.)

²³ PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. Consultation sur la validité des mariages des protestants en France, cit., p. 471.

inviolável; aqueles que encontram, enfim, na fé que eles juram, o apoio, o sustentáculo, a participação íntima e recíproca *de toda a existência natural, religiosa e civil*. Esses são os caracteres essenciais que a moral, que as leis mais religiosas atribuem ao casamento; esse é o verdadeiro casamento em si e independentemente de toda cerimônia.²⁴

Portalis reafirma que o sacramento religioso não participa da essência do casamento e que este é um contrato, acrescentando que, em essência, trata-se de um contrato consensual que não é solene. Portanto, “qualquer que seja o instrumento que exterioriza o seu contrato”, o vínculo torna-se perfeito apenas pela manifestação da vontade consensual dos contratantes. A par disso, o consenso, fundamentalmente, é estabelecido por uma manifestação tácita de vontade, ou seja, por meio de um conjunto de comportamentos concludentes que caracterizam o vínculo matrimonial: “coabitação”, “partilham seus prazeres e dores”, “têm suas coisas comunicadas entre si”, “produzem filhos”, “cuidam dos filhos” etc.

Desse modo, as formas solenes não são constituintes essenciais do casamento. Essas formas – que fazem do casamento um contrato solene – apenas são estabelecidas em razão de motivos contingentes de ordem pública: o casamento implica deveres recíprocos entre os cônjuges e obrigações em relação aos filhos. Logo, a lei estabelece formas que possibilitam declarar e identificar aqueles que devem cumprir essas obrigações e deveres²⁵. Por isso,

... ainda que, legalmente, apenas o casamento feito segundo as formas prescritas pela lei, e conforme ao direito estabelecido, seja o único capaz de legitimar os filhos, reconhecem-se como legítimos os filhos nascidos de um casamento *putativo*, vale dizer, de um casamento que os cônjuges creem legítimo; que foi contratado livremente entre as partes que estavam na intenção de cumprir seus deveres inseparáveis de seu estado, e que propuseram-se viver com permanência sob os

²⁴ Tradução livre de: “*Ceux-là sont véritablement époux qui, quel que soit l'appareil extérieur de leur contrat, se lient d'une manière à n'avoir qu'une demeure, qu'une volonté, qu'une âme; qui par un voeu commun se soumettent aux mêmes devoirs; participent aux mêmes avantages; partagent leurs plaisirs et leurs peines; se communiquent toutes choses entre eux, le corps et le coeur; qui regardent leurs enfants, fruit de leur union, comme un bien commun, comme un nouveau lien qui la resserre, et qui la rend toujours plus inviolable; qui trouvent enfin dans la foi qu'ils se sont jurée l'appui, le soutien, la participation intime et réciproque de toute existence naturelle, religieuse et civile. Tels sont les caractères essentiels que la morale, que les lois les plus religieuses ont assignés au mariage; tel est le vrai mariage en soi et indépendamment de toutes cérémonies.*” (PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. Consultation sur la validité des mariages des protestants en France, cit., p.477.)

²⁵ PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. Consultation sur la validité des mariages des protestants en France, cit., p.479.

auspícios da boa-fé e na pureza do amor conjugal.²⁶

Além do casamento putativo²⁷, Portalis traz outra situação que justifica o casamento entre protestantes, prescindindo-se das solenidades legais: a legitimação dos filhos pelo casamento. Vale dizer, o casamento é o vínculo que torna a família legítima. Os filhos de pessoas que não possuem um impedimento legal em se casar, mas que não são casadas, são filhos ilegítimos que podem ser legitimados pelo casamento de seus pais. Esse casamento, tendo em conta a boa-fé dos pais e para a proteção dos filhos legitimados, tem seus efeitos estendidos retroativamente à data de nascimento destes²⁸

A boa-fé associada aos outros elementos que caracterizam o vínculo matrimonial (coabitação, procriação, direitos e deveres recíprocos, publicidade) são fatos que conduzem ao Direito reconhecer como casamento o comportamento dos cônjuges. Tal reconhecimento deriva da função social do contrato de casamento, ou, nas palavras de Portalis, do interesse público envolvido nesse contrato, ou seja, a proteção dos filhos.

Se nossas leis estabeleceram formalidades e cerimônias, é (segundo o relato de todos os autores e todas as leis mesmas) para assegurar os costumes públicos e para constatar o estado dos filhos. O interesse de ordem pública é, então, satisfeito todas as vezes que o vínculo matrimonial é honesto, e que os filhos nascidos podem nomear um pai certo. *Patrem certum demonstrare possunt*. Por essa mesma razão, nossas leis atribuem efeitos civis a um casamento nulo em si mesmo, mas contratado de boa-fé. Com efeito, as leis encontram nesse casamento o que elas exigem, vale dizer, a certeza do pai e a honestidade do casamento em si mesmo. Por que, então, refutarmos efeitos civis a um casamento contratado entre protestantes, seguido da mais solene possessão e da mais integral boa-fé? Por que refutarmos atribuir aos filhos o patrimônio de seu pai? Por que contestarmos a esses filhos um estado que nenhuma lei positiva a eles recusa no estado atual de nossa legislação, e que a eles é assegurado

²⁶ Tradução livre de: "... quoique régulièrement le seul mariage fait dans les formes prescrites, et conformément au droit établi, soit capable de légitimer les enfants, on avoue cependant pour enfants légitimes ceux nés d'un mariage putatif, c'est-à-dire d'un mariage que les conjoints ont cru légitime; qui a été contracté librement entre des parties qui étaient dans l'intention de remplir les devoirs inséparables de leur état, et qui se proposaient de vivre avec suite, sous les auspices de la bonne foi et dans la pureté de l'amour conjugal." (PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. Consultation sur la validité des mariages des protestants en France, cit., p.480.)

²⁷ Sobre o casamento putativo, no regime do Código Civil de 1.916 (mas, conceitualmente, ainda atual), cf. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de família*, cit., p.267-290.

²⁸ PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. Consultation sur la validité des mariages des protestants en France, cit., p.481-482. O direito civil brasileiro atual desconhece a distinção entre família legítima e ilegítima, embora as formas de convivência familiares não-matrimonializadas são tão-somente denominadas de "entidades familiares", sendo que, na legislação, o termo "família" permanece reservado ao grupo familiar originado do casamento. Cf. Art.226, §§ 3.º e 4.º, da Constituição Federal, e art.1.723, *caput*, do Código Civil.

pelos princípios mais santos e mais respeitáveis?²⁹

Por óbvio, o Parecer de Portalis tem um evidente conteúdo humanista: contra a abstração do direito positivo, permite que, segundo uma hermenêutica jurídico-cristã, os protestantes não sejam excluídos da proteção estatal do casamento. Contudo, Portalis não é ingênuo quanto à função, para o Estado e para os protestantes, da tutela estatal do casamento deles. Trata-se de uma função eminentemente patrimonial e vinculada à segurança jurídica das operações econômicas:

... quão perigosa consequência não seria para a ordem pública que milhares de homens na França estivessem incertos de sua sorte, de seu estado? Que confusão nas famílias, nas sucessões! No interior da França, os Franceses estariam sem família distinta, sem morada fixa, sem patrimônio, sem sociedade civil; esse ponto de vista seria terrível; nós deixamos entrever até que ponto a sociedade civil seria enfraquecida nesse caso.³⁰

A busca da validade do casamento está, portanto, também vinculada à proteção patrimonial que este garante. Para tanto, veja-se que Portalis, apesar de sua destacada retórica humanista, conduz os protestantes que almejam a validade de seus casamentos às formas comportamentais tuteladas pelo ordenamento: relacionamento monogâmico heterossexual com fins de procriação e estabelecido em coabitação permanente e pública. Fora desse padrão comportamental, não há proteção do casamento dos protestantes. Por isso, apenas aparentemente o humanismo cristão de Portalis é dotado de uma tolerância religiosa pluralista, pois o casamento dos protestantes somente pode ser protegido caso reproduza os padrões comportamentais constantes da legislação

²⁹ Tradução livre de: “*Si nos lois ont établi des formalités et des cérémonies, c’est (de l’aveu de tous nos auteurs et de toutes nos lois elles-mêmes) pour assurer les mœurs publiques et pour constater l’état des enfants. L’intérêt de l’ordre public est donc satisfait toutes les fois que l’engagement est honnête, et que les enfants nés peuvent nommer un père certain. Patrem certum demonstrare possunt. C’est même par cette raison, que nos lois donnent les effets civils à un mariage nul en lui-même, mais contracté avec bonne foi. En effet, elles trouvent dans ce mariage ce qu’elles exigent, c’est-à-dire la certitude du père et l’honnêteté du mariage lui-même. Pourquoi donc refuserions-nous aujourd’hui les effets civils à un mariage contracté entre protestants, suivi de la possession la plus solennelle et de la bonne foi la plus entière? Pourquoi refuserions-nous d’accorder aux enfants le patrimoine de leur père? Pourquoi contesterions-nous à ces enfants un état qu’aucune loi positive ne leur refuse dans l’état actuel de notre législation, et qui leur est assuré par les principes le plus saints et les plus respectables?*” (PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. Consultation sur la validité des mariages des protestants en France, cit. p.484-485.)

³⁰ Tradução livre de: “*... de quelle dangereuse conséquence ne serait-il pas pour l’ordre public, que des milliers d’hommes en France fussent incertains de leur sort, de leur état? Quelle confusion dans les familles, dans les successions! Au milieu de la France, des Français seraient sans famille distincte, sans demeure fixe, sans patrimoine, sans société civile; ce point de vue serait effrayant; nous laissons entrevoir jusqu’à quel point la société civile en serait ébranlée.*” (PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. Consultation sur la validité des mariages des protestants en France, cit., p.489.)

francesa que, por sua vez, reproduz as exigências do casamento católico³¹.

Dessa maneira, a questão do confronto entre contingência da realidade (a existência de uniões entre protestantes) e a abstração jurídica (as normas do direito positivo que ignoram as uniões dos protestantes) resolve-se, de acordo com a retórica humanista de Portalis, por uma aporia: o casamento dos protestantes é “*catolicizado*”, pois a conclusão de Portalis pressiona os protestantes para que se comportem, em seus casamentos, de acordo com modelo geral e católico do casamento disciplinado pelo direito positivo e, simultaneamente, garante mediante esse processo a regulamentação padronizada dos patrimônios familiares, efetivando, afinal, a abstrata segurança jurídica.

3. A repersonalização do Direito Civil: o humanismo jurídico revisitado

O lapso temporal entre o Parecer de Portalis e as questões contemporâneas do Direito de Família pode levar a uma falsa percepção de descontinuidade entre os problemas e soluções para o tratamento das relações familiares. No entanto, essa falsa percepção é desfeita diante da permanência das invocações do humanismo jurídico pelas exclusões que a abstração jurídica provoca para a vivência concreta, na atualidade.

A compreensão da proximidade daquilo que aparenta ser distante apenas pode ser examinada ao se considerar a emergência dos direitos da personalidade, a partir do final do século XIX. Esses direitos tentam responder a uma nova sensibilidade que identifica lacunas e exclusões resultantes da abstração jurídica que permeia toda a civilística clássica.

O humanismo jurídico ressurgiu com vigor, no século XX, e recupera um conjunto de formulações do humanismo cristão que tem como ponto de partida a ideia renascentista de dignidade da pessoa humana. Essa concepção renovada do humanismo pretende, novamente, temperar a abstração jurídica com elementos da vida concreta. O humano deixa de ser apenas um ponto de imputação dos direitos positivados (sujeito de direito) para ser visto como uma integralidade portadora de direitos pré-normativos e inserido numa ordem social que se pretende minimamente

³¹ Interessante notar, inclusive, que, como explicam Oliveira e Muniz, a extensão de efeitos jurídicos ao casamento putativo decorre do Direito Canônico (do período compreendido entre os séculos XI e XIII) como forma de proteção dos filhos em face da nulidade de vínculos matrimoniais com impedimento de parentesco, muito frequentes no período. Cf. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de família*, cit., p.267-268.

justa.³²

Diversas Constituições elaboradas no Pós-Guerra são pautadas por uma revalorização do conceito de pessoa baseada no juízo de que as tragédias das duas grandes guerras, entre outros fatores conjunturais, estariam associadas ao humanismo antropocêntrico e à organização político-jurídica formalista e abstrata que ele ensejou. É exemplificativo o comentário de Perlingieri na descrição das influências sobre a Constituição Italiana de 1948:

Nos conceitos de ‘direitos invioláveis do homem’, de ‘pessoa’, de ‘deveres inderrogáveis de solidariedade’, aos quais o art. 2 Const. faz referência, verifica-se a influência do personalismo e do solidarismo do tipo católico e, em tal perspectiva, tenta-se reconstruir o conceito de ‘pessoa’, ou melhor, de ‘valor’ da pessoa.

No personalismo confluem as ideologias que, depois da Segunda Guerra Mundial, encontram um compromisso político nos princípios fundamentais das novas democracias ocidentais e, em parte, daquelas orientais: o espiritualismo cristão, com veias modernas e sociais, que têm dado vida ao cristianismo social moderno; o existencialismo; marxismo, recusado na sua integralidade pelo personalismo, mas apreciado pela sua substância humanista de liberação social.³³

Esse modelo constitucional fundado sobre o valor da pessoa também é recepcionado pelo direito brasileiro que, no art. 1.º, III, da Constituição, traz como um dos fundamentos da República a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, importante lembrar que, em texto precursor sobre a tutela constitucional da pessoa humana, antecedendo em oito anos a Constituição brasileira, Oliveira e Muniz afirmam, com base no exemplo da Constituição alemã de 1949 e da Constituição italiana de 1948, que a tutela jurídica da personalidade humana deve se

³² OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 532, p.16-17, fev. 1980.

³³ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Tradução de: Maria Cristina De Cicco. 3.ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p.35-36.

basear em uma cláusula geral.³⁴ Os autores rejeitam a tutela da personalidade por meio de direitos subjetivos de personalidade tipificados e sustentam que apenas uma proteção ampla e não tipificada da pessoa humana, na forma de cláusula geral, pode dar conta das necessidades da vida real.³⁵

A proteção integral do ser humano apenas seria satisfatória na medida em que estivesse vinculada à cláusula geral de tutela da pessoa humana que, no direito brasileiro, encontra assento constitucional no art. 1.º, III, da Constituição. Isso porque, agora, no entendimento de Perlingieri, a personalidade não pode ser identificada a um direito, uma vez que na sua tutela jurídica, identificam-se sujeito e objeto, configurando uma proteção orgânica e infungível do humano³⁶. A par disso, apenas se a personalidade for considerada valor que informa todo o ordenamento jurídico e manifestada como cláusula geral, seria possível uma proteção jurídica adaptada às circunstâncias da existência concreta.³⁷

A repersonalização do Direito Civil foi o nome atribuído a esse conjunto de posições teóricas de valorização da dignidade da pessoa humana como centro do ordenamento

³⁴ Na terminologia de English, a dignidade da pessoa humana seria uma norma cuja expressão legislativa oferta certa autonomia ao órgão aplicador do Direito na construção do sentido da norma. Trata-se de uma manifestação do Direito dos Juristas. English distingue quatro modos pelos quais há esse tipo de expressão legislativa: os conceitos jurídicos indeterminados, os conceitos normativos, os conceitos discricionários e as cláusulas gerais. A bibliografia especializada brasileira costuma identificar o princípio da dignidade da pessoa humana como uma cláusula geral de tutela da personalidade. Por isso, destaca-se o conceito de English acerca da cláusula geral: trata-se de elaboração de hipótese legal cuja técnica se opõe a uma previsão casuística das situações reais, podendo abranger indeterminação (conteúdo e extensão incertos), normatividade (o volume normativo da cláusula dependeria de ser preenchido por um ato de valoração do órgão aplicador) e (ou) discricionariedade (dentre as alternativas legais possíveis, a escolha pessoal do órgão aplicador do Direito é suporte fático da incidência da norma jurídica). English, porém, releva a raridade de cláusulas gerais discricionárias, uma vez que a valoração da cláusula geral em relação ao caso concreto é, na maioria das vezes, praticada de modo objetivo, não havendo delegação de discricionariedade ao aplicador do Direito. Cf. sobre o tema, ENGLISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 6.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988. p.205-255. No Brasil, Sarlet também sustenta que a dignidade da pessoa humana é um conceito aberto, considerando inadequado conceituá-la de maneira fixista, ainda mais em uma ordem jurídica pertinente a uma sociedade democrática. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2.ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 105.

³⁵ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade, cit., p.14.

³⁶ Perlingieri assim define a titularidade orgânica da situação jurídica: “Estas situações ligadas organicamente ao titular, ditas situações *intuitu personae*, estabelecem um liame tão estreito com um sujeito, que encontram exclusivamente naquele liame a sua razão de ser, a sua função. A titularidade orgânica encontra aplicação sobretudo no setor das situações existenciais (...), principalmente, nos direitos fundamentais da pessoa.” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, cit., p.109.)

³⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, cit., p.155-156.

jurídico³⁸, que teve forte impacto na jurisprudência brasileira. Seus pressupostos humanistas podem ser identificados no tratamento judicial da união estável entre pessoas do mesmo sexo.

O Código Civil brasileiro de 1916, herdeiro dos modelos abstratos do século XIX, manteve o modelo de família apenas como aquela formada a partir do casamento, considerando as uniões não-matrimonializadas como fenômenos excluídos do Direito. A jurisprudência brasileira, a partir da década de 1980, elaborou, gradualmente, o conceito de união estável, atribuindo efeitos jurídicos a essas uniões, com a finalidade de proteger a pessoa (mulheres e filhos), atualizando o Direito Civil brasileiro ao movimento de repersonalização.

A Constituição brasileira de 1988 ampliou o conceito de família e acolheu a noção jurídica de união estável em seu art. 226, § 3.º, regulamentado, posteriormente, pela Lei Federal n.º 9.278, de 10 de maio de 1996. O Código Civil de 2002 seguiu a tendência de repersonalização³⁹, e, em seu art. 1723, contém a definição de família fundada fora do casamento, delimitando-a, assim como a Constituição, à união entre homem e mulher, ignorando as uniões homossexuais.

Ao tratar do tema das uniões entre pessoas do mesmo sexo, tribunais brasileiros se utilizaram da dignidade da pessoa humana como cláusula geral de proteção, em consonância com a ideia de repersonalização do Direito Civil. Na medida em que tal uso tem por objetivo reduzir a abstração do Direito para viabilizar a proteção jurídica concreta das pessoas envolvidas, considera-se relevante confrontar os argumentos usados nessas decisões com o Parecer de Portalis, pois tal confronto atesta a permanência das invocações do humanismo jurídico na busca da superação das

³⁸ A noção de ordenamento jurídico é especialmente importante para tratar de aparentes lacunas e contradições com base em seus princípios, tal como o da dignidade da pessoa humana: “São características peculiares a um ordenamento jurídico a unidade, a coerência e a completude. São problemas próprios de um ordenamento jurídico, conseqüências diretas de suas características, o seu fundamento último de validade (que serve a configurar a unidade), a solução das antinomias ou contradições (que serve a manter a coerência) e o preenchimento das lacunas (que visa atingir a completude, ao menos tendencial, de um ordenamento jurídico).” (MORAES, Maria Celina Bodin de. O Direito Civil Constitucional. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Organizadora). 1988-1998: uma década de Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.118.) Ainda, sobre a concepção do direito positivo como ordenamento, cf. BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p.197-210.

³⁹ O Código Civil de 2002 é guiado pelas diretrizes da operabilidade e da eticidade. Uma das características da sua operabilidade corresponde à sua preocupação de se dirigir à situação concreta, valendo-se, para tanto, de cláusulas gerais, como a da boa-fé objetiva. No tocante à eticidade, o Código assenta-se na premissa de acordo com a qual a pessoa é o centro do ordenamento jurídico. Nesse sentido e sobre as diretrizes da sistematicidade, da operabilidade, da eticidade e da socialidade que guiam o Código Civil de 2002: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O conteúdo do novo código em suas diretrizes fundamentais. In: _____. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 123 e 131.

abstrações excludentes promovidas pelo Direito.

Em ambos os casos (o dos protestantes e o dos homossexuais), a abstração do direito positivo (a tutela apenas dos casamentos entre católicos ou a tutela jurídica apenas das uniões heterossexuais) conflita com a contingência da realidade (a existência fática de uniões entre protestantes ou a existência real de uniões entre pessoas do mesmo sexo). Esse conflito opera evidentes prejuízos para os grupos que são juridicamente discriminados. No caso dos protestantes, a deslegitimação de filhos e a ausência de um padrão na disciplina dos bens familiares perante o Estado; para os casais homossexuais, a impossibilidade de estender benefícios previdenciários aos seus companheiros e a insegurança jurídica quanto aos seus bens comuns (seriam eles ordenados segundo o regime de bens do Direito de Família ou segundo o regime de bens do Direito de Empresa, tal qual as sociedades de fato?). Em ambos em casos, o que está em jogo é a questão da segurança patrimonial, especialmente a sucessão hereditária *causa mortis*.

4. A união estável entre pessoas do mesmo sexo no Brasil: variações sobre a segurança patrimonial

O Ministério Público Federal propôs Ação Civil Pública para obrigar o Instituto Nacional de Seguridade Social - INSS a permitir o acesso de companheiros homossexuais a benefícios previdenciários a serem concedidos em caso de morte ou de prisão de um dos companheiros. O INSS recorreu de sentença de primeiro grau, que havia acolhido o pedido do Ministério Público Federal. A apelação do INSS autuada sob o n.º 2000.71.00.009347-0/RS⁴⁰ teve negado provimento e o fundamento central do julgamento foi a tutela do princípio da dignidade da pessoa humana, albergado no art. 1.º, III, da Constituição Federal.⁴¹

Posteriormente, com a finalidade de ampliar o debate sobre as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, o Ministério Público Federal, por meio da Procuradoria-Geral da República, propôs Arguição de Preceito Fundamental (ADPF), pedindo a declaração

⁴⁰ A Apelação Cível n.º 2000.71.00.009347-0/RS que, por unanimidade de votos, foi julgada em 27/07/2005 pela 6.ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4.ª Região, tendo como Relator o Desembargador Federal João Batista Silveira.

⁴¹ O art. 16, I, da Lei Federal n.º 8.213, de 24 de julho de 1991, prescrevia que o companheiro ou a companheira são dependentes do segurado da previdência social. O art. 16, § 3.º, da mesma lei, considerava como companheiro a pessoa que, sem ser casada, convive em união estável com o segurado ou segurada, nos termos do art. 226, § 3.º, da Constituição Federal, que reconhece como entidade familiar a união estável entre homem e mulher. Segundo esses dispositivos, o INSS compreendia que a união estável apenas poderia ser formada entre homem e mulher e não por pessoas do mesmo sexo e em virtude disso entendia que os benefícios previdenciários previstos na Lei Federal n.º 8.213/1991 não poderiam ser gozados por parceiros homossexuais.

da obrigatoriedade do reconhecimento, como entidade familiar, da união entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para constituição da união estável entre homem e mulher. Além disso, foi pedida a declaração de que os companheiros de uniões entre pessoas do mesmo sexo fossem titulares dos mesmos direitos e deveres titularizados por companheiros de uniões entre pessoas de sexos diferentes.

Essa ação do Ministério Público Federal foi recebida como Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI n.º 4.277/DF⁴². O Supremo Tribunal Federal entendeu que o pedido contido na ação correspondia a conferir interpretação do art. 1.723, do Código Civil⁴³, conforme a Constituição, viabilizando o reconhecimento jurídico da união estável entre pessoas do mesmo sexo em paridade com o reconhecimento jurídico da união estável entre pessoas de sexo diverso.⁴⁴ A ADI n.º 4.277/DF foi julgada procedente, por unanimidade, para reconhecer a união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

O Tribunal Regional Federal da 4.^a Região se valeu do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento de sua tese e o Supremo Tribunal Federal dele também se socorreu em inúmeros trechos de seu julgamento, tanto para afirmar que "...a preferência sexual se põe como direta emanção do princípio da 'dignidade da pessoa humana'..."⁴⁵ quanto para sustentar que a família é um instrumento para a plenitude da dignidade das pessoas que a compõem, pois "... o conceito de família no mundo hodierno, diante de uma Constituição pós-positivista, é um conceito de família que só tem validade conquanto privilegie a dignidade das pessoas que a compõem."⁴⁶

O Ministro Marco Aurélio, em seu voto na ADI n.º 4.277/DF, destaca a

⁴² A ação direta de inconstitucionalidade n.º 4.277-Distrito Federal (ADI n.º 4.277) foi, por unanimidade de votos, julgada procedente para dar interpretação conforme à Constituição ao art. 1723, do Código Civil. O relator desse acórdão, pronunciado em 5 de maio de 2011, foi o Ministro Ayres Britto.

⁴³ Esse dispositivo Código Civil reconhece como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

⁴⁴ Juntamente com a ADI n.º 4277/DF foi julgada a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132, proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, e recebida como ação direta de inconstitucionalidade. A ADI n.º 4277/DF, como explicado acima, foi proposta como arguição de descumprimento de preceito fundamental, recebendo a atuação ADPF 178, mas foi conhecida pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, como ação direta de inconstitucionalidade, delimitando como seu objeto a interpretação do art. 1723, do Código Civil, conforme a Constituição da República.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário, ADI n. 4277/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. em 05.05.2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 22 nov. 2017.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário, ADI n. 4277/DF, cit., p. 647. Voto do Ministro Relator.

repersonalização do Direito Civil, estendendo a definição de Orlando de Carvalho acerca do Código Civil francês como o Código da pessoa para todo o Direito Civil:

Esse ramo do Direito [o Direito Civil] voltou-se à tutela das situações jurídico-existenciais e, apenas em caráter secundário, às situações jurídico-patrimoniais. O Direito Civil é possivelmente o ramo da ciência jurídica mais afetado pela inserção do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, porquanto estampa diretamente os costumes e os valores da sociedade, razão pela qual tantas vezes o Código Civil é rotulado como 'a Constituição do homem comum'.⁴⁷

A dignidade da pessoa humana está no núcleo de ambas as decisões ora examinadas, pois, como visto com os precursores Oliveira e Muniz, ela, como cláusula geral, é o veículo que autoriza flexibilizar a abstração dos modelos normativos para se tentar abraçar a vida concreta e para repersonalizar o Direito.

No Parecer de Portalis, essa necessidade de se abraçar a vida concreta correspondia ao reconhecimento jurídico do casamento dos protestantes, cuja motivação se encontrava na necessidade de se proteger seus filhos e o patrimônio familiar, na mesma medida de proteção ofertada aos súditos católicos.

De maneira assemelhada, o Tribunal Regional Federal elege a questão previdenciária e a legítima expectativa do trabalhador-contribuinte como elementos da segurança jurídica almejada pelos casais homossexuais:

Veja-se que a partir do momento em que o trabalhador/segurado passa a contribuir obrigatoriamente para a construção de um sistema de seguridade, é legítima sua expectativa de que, diante das adversidades da vida, lhe seja garantida a manutenção de seu padrão de vida e das pessoas que com ele convivem. Por este raciocínio, também no plano de custeio da seguridade social, não se afigura razoável impedir casais do mesmo sexo de gozar das prestações previdenciárias tão-somente por terem constituído, por razões de foro íntimo, uniões homossexuais.⁴⁸

O Supremo Tribunal Federal também reconhece, na união estável, um instrumento de

⁴⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4.^a Região, 6.^a Turma, Apelação Cível n. 2000.71.00.009347-0/RS, Relator Des. Federal João Batista Pinto Silveira, j. em 27.07.2005. Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=718376&hash=174723d006fd76b54bd9333b0a611507>. Acesso em: 28 nov. 2017.

⁴⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4.^a Região, 6.^a Turma, Apelação Cível n. 2000.71.00.009347-0/RS, cit.

proteção patrimonial agregado à proteção de valores existenciais:

Existe razoável consenso na ideia de que não há hierarquia entre entidades. Portanto, entre o casamento e a união estável heterossexual não existe, em princípio, distinção ontológica; o tratamento legal distinto se dá apenas em virtude da solenidade de que o ato jurídico do casamento – *rectius*, o matrimônio – se reveste, da qual decorre a segurança jurídica absoluta para as relações dele resultantes, patrimoniais (como, *v.g.*, o regime de bens ou os negócios jurídicos praticados com terceiros) e extrapatrimoniais.⁴⁹

A segurança jurídico-patrimonial ou previdenciária são, portanto, motivações para flexibilizar os modelos abstratos de família, estendendo a proteção da união estável entre pessoas de sexos diferentes às uniões entre pessoas do mesmo sexo. Do mesmo modo, a busca de segurança patrimonial da família e dos filhos motivou Portalis a propor a extensão do modelo abstrato do casamento entre católicos em favor dos protestantes.

No Parecer de Portalis, no entanto, expressou-se a antinomia Moderna contida na abstração do Direito diante da contingência da realidade: primeiro, Portalis identifica o casamento a uma série de comportamentos concludentes, relegando a formalidade contratual do matrimônio à necessidade de ordem pública, que consiste na identificação do estado de casados e dos filhos oriundos desse *status familiae*. Porém, Portalis enfatiza que o casamento se efetiva pelos comportamentos manifestados pelos cônjuges e acrescenta: nenhum Estado pode proibir o casamento porque não há pior forma de despotismo do que aquela que suprime o instinto. Dessa maneira, o “instinto matrimonial” dos protestantes conduz à inevitável proteção jurídica dos casamentos por eles concretizados por meio dos comportamentos que denunciam o vínculo matrimonial.

Semelhante argumentação pode ser encontrada nos resultados dos julgamentos do Tribunal Regional Federal da 4.^a Região e do Supremo Tribunal Federal. No primeiro momento, o julgamento do Tribunal Regional Federal parece descartar a ideia da juridicização do instinto como fundamento da tutela à união entre homossexuais. Segundo o acórdão, a afetividade é o elemento que fundamenta as relações familiares tuteladas pela Constituição e as uniões homossexuais também são pautadas pelo afeto e não pelo instinto sexual:

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário, ADI n. 4277/DF, cit., p. 671. Voto do Ministro Relator.

A imersão do direito de família no conteúdo dos princípios constitucionais, numa interpretação mais aprofundada, induz a compreensão (ou no mínimo, a reflexão) de que as uniões homossexuais também se constituem em entidades familiares, seja por analogia ao mencionado § 4.º do art. 226, seja por ampliação do seu parágrafo 3.º, seja porque, por se constituírem unidades afetivas familiares, não estão necessariamente amarradas aos tipos exemplificativos mencionados no texto constitucional. Nesse sentido, irracional seria não reconhecer que, nas circunstâncias atuais, as relações homossexuais estão abrangidas pela noção de entidade familiar, porquanto a família se constitui por laços de afetividade e necessidades mútuas, não por imperativos de ordem sexual.⁵⁰

No julgamento do Supremo Tribunal Federal, entre os seus fundamentos, identifica-se, ainda, uma naturalização da homossexualidade: ela é um fato da natureza e não é resultante da escolha pessoal e, como fato inalterável pela vontade humana, deve ser reconhecida e regulamentada pelo Direito:

É ajuizar: seja qual for a preferência sexual das pessoas, a qualificação dessa preferência como conduta juridicamente lícita se dá por antecipação. Até porque, reconheçamos, **nesse movediço terreno da sexualidade humana é impossível negar que a presença da natureza se faz particularmente forte. Ostensiva.**⁵¹

Se a homossexualidade é considerada um fato da natureza, a família, por outro lado, para o Supremo Tribunal Federal, é um "... fato cultural e espiritual ao mesmo tempo (não necessariamente como fato biológico)."⁵² A Constituição, segundo o Supremo Tribunal Federal, limita-se ao reconhecimento da família como instituição privada voluntariamente constituída entre pessoas adultas, pouco importando sua orientação sexual, até mesmo porque tal orientação, como frisado, é um fato da natureza juridicamente incontrolável.

No julgamento da ADI 4277, a família se caracteriza por ser "... vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se (*sic*), no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada."⁵³ Marcados pela afetividade, tanto os casais

⁵⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4.ª Região, 6.ª Turma, Apelação Cível n. 2000.71.00.009347-0/RS, cit.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário, ADI n. 4277/DF, cit., p. 637. Voto do Ministro Relator. As exceções à necessidade de o Direito reconhecer a naturalidade fática da sexualidade são, segundo o Ministro Relator, o estupro (porque é prática sexual que nega a sexualidade do outro), a pedofilia e o incesto (porque são um desvario ético-social) e o concubinato (zona legalmente proibida).

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário, ADI n. 4277/DF, cit., p. 647. Voto do Ministro Relator.

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário, ADI n. 4277/DF, cit., p. 646. Voto do Ministro Relator.

heterossexuais como os casais de pessoas do mesmo sexo podem constituir a família, pois ela, tanto para os primeiros casais como para os últimos, é marcada pelas "... mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade."⁵⁴

Ao considerar que a afetividade é a substância da família, tanto aquela formada por casais heterossexuais como por casais homossexuais, o Supremo Tribunal Federal assume a mesma linha proposta pelo acórdão do Tribunal Regional Federal da 4.^a Região.

No modelo do fato jurídico união estável, a afetividade seria o cerne do suporte fático que, por sua vez, se apresenta tanto nos relacionamentos heterossexuais como nos homossexuais. Assim, segundo os julgamentos do Tribunal Regional Federal da 4.^a Região e do Supremo Tribunal Federal, se a realidade apresenta relacionamentos homossexuais pautados pela afetividade, o direito positivo não pode se furtar a tutelar essa realidade. Trata-se de uma reprodução camuflada do mesmo argumento de Portalis acerca do instinto: o direito positivo não pode ignorar a necessidade instintiva do matrimônio do mesmo modo que não pode ignorar a afetividade homossexual.

No contexto do Parecer de Portalis, a extensão da proteção jurídica matrimonial aos protestantes significava a *catolicização* dos casamentos entre protestantes, pois o modelo de casamento que Portalis denominava instintivo reproduzia os elementos oriundos da construção do direito matrimonial canônico: monogâmico, heterossexual, público e com fins de procriação.

A subordinação do Direito ao instinto matrimonial era, em verdade, uma imposição jurídica de comportamentos aos protestantes, uma vez que os seus casamentos apenas seriam tutelados caso observassem esses padrões comportamentais. A solução de Portalis estava, portanto, associada a uma retórica humanista, segundo a qual a proteção jurídica de indivíduos que não se enquadram nos modelos abstratos (no caso, os protestantes) seria viável sob a condição de eles se amoldarem às características comportamentais atribuídas a tais modelos (vale dizer, os elementos do casamento católico).

De maneira semelhante, tanto o acórdão do Tribunal Regional Federal da 4.^a Região quanto o do Supremo Tribunal Federal anunciam a subordinação do Direito à afetividade como acolhimento protetivo das uniões homossexuais, mas, em

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário, ADI n. 4277/DF, cit., p. 649. Voto do Ministro Relator.

contraponto, percebe-se em tais decisões a imposição de comportamentos aos homossexuais na exata medida em que a proteção jurídica de suas uniões fica condicionada à adoção dos padrões comportamentais das uniões estáveis heterossexuais:

Por conseguinte, uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como possível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, tenho que a relação da Previdência para com os casais de mesmo sexo deve-se dar nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, *devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (art. 16, I, da Lei n.º 8.213/91), quando do processamento dos pedidos de pensão e auxílio-reclusão.*⁵⁵ [sem itálico no original]

Desse trecho do julgamento, torna-se evidente que a proteção jurídico-previdenciária dos companheiros homossexuais está condicionada ao seu relacionamento afetivo apresentar as mesmas características das uniões estáveis heterossexuais. A consequência de tal posicionamento é colocar em campo potencialmente desprotegido outros arranjos afetivos diversos da união estável heterossexual. Aquilo que era destinado a incluir sob a proteção jurídica do Direito de Família produz novas exclusões. Essa racionalidade jurídica para regulação e atribuição de direitos, por meio de classificações, é ressaltada no julgamento da ADI n.º 4.277/DF:

... que as diferenças nodulares entre 'união estável' e 'casamento civil' já são antecipadas pela própria Constituição, (...). Mas tanto numa quanto noutra modalidade de legítima constituição da família, nenhuma referência é feita à interdição, ou à possibilidade, (*sic*) de protagonização por pessoas do mesmo sexo. *Desde que preenchidas, também por evidente, as condições legalmente impostas aos casais heteroafetivos.*⁵⁶ [sem itálico no original]

Para Portalis, os protestantes tinham um instinto matrimonial *católico*: todo ser humano teria uma necessidade de se casar tal como os católicos teriam. Nos fundamentos das decisões analisadas, os relacionamentos homossexuais apenas podem ser tutelados na medida em que se enquadrem no padrão da união estável, que foi elaborado para um certo tipo de relacionamento heterossexual: é como se houvesse um

⁵⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4.^a Região, 6.^a Turma, Apelação Cível n. 2000.71.00.009347-0/RS, cit.

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário, ADI n. 4277/DF, cit., p. 654-655. Voto do Ministro Relator.

instinto de afetividade unívoca, do qual participassem heterossexuais e homossexuais e é como se cada um desses polos – heterossexuais e homossexuais – fosse uniforme.

Assim, como consta da ementa do acórdão do Supremo Tribunal Federal, as uniões entre pessoas do mesmo sexo são qualificadas como uniões estáveis quando são contínuas, públicas e duradouras, ou seja, quando presentes os elementos das uniões estáveis heterossexuais. Aliás, a ementa do acórdão do Supremo Tribunal Federal sintetiza essa subordinação das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo ao modelo das uniões estáveis heterossexuais: "Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva."⁵⁷

Dessa maneira, com Portalis a antinomia entre a abstração da norma jurídica e a contingência da realidade é resolvida por uma falsa tolerância religiosa, pela qual os relacionamentos dos protestantes apenas são tutelados na medida em que reproduzam a forma comportamental dos relacionamentos matrimoniais dos católicos o que, no contexto do Parecer, é justificado pela identificação do casamento católico ao instinto humano.

A mesma solução aporética apresenta-se, nas decisões examinadas, para a proteção jurídica dos relacionamentos homossexuais: para que estes sejam tutelados pelo Direito, devem se apresentar segundo o modelo normativo da união estável que, por sua vez, é apenas um tipo legal construído com base em apenas um tipo de relacionamento heterossexual. A diversidade das entidades familiares, cuja tutela jurídica é afirmada permanentemente no curso das decisões, constitui, em verdade, a negação de tutela jurídica de outras formas de manifestação da sexualidade e da afetividade que não se enquadram nos modelos legais do casamento ou da união estável.

5. Conclusão

A persistência estrutural da antinomia causada pela abstração do Direito restou explicitada mediante o confronto entre os argumentos do Parecer de Portalis sobre o casamento de protestantes na França, após a revogação do Edito de Nantes, e os fundamentos dos acórdãos do Tribunal Regional Federal da 4.^a Região e do Supremo

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário, ADI n. 4277/DF, cit., Ementa.

Tribunal Federal, que versaram sobre o reconhecimento jurídico das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, no contexto posterior à Constituição de 1988.

O Parecer, imbuído de uma retórica cristã pautada pela tolerância religiosa, revela, em oposição antinômica a essa retórica, um caráter impositivo aos protestantes: para dotar de validade seus casamentos, eles deveriam adotar as características elementares do casamento católico.

No Brasil posterior à Constituição de 1988, a influência da repersonalização do Direito Civil valoriza a dignidade da pessoa humana como centro do ordenamento jurídico. A formulação da civilística contemporânea identifica na abstração formalista dos Códigos oitocentistas um nefasto distanciamento do Direito em face da realidade concreta e, de outro lado, associa a centralidade da dignidade da pessoa humana como cláusula geral do sistema jurídico, possibilitando ao Poder Judiciário maior proximidade com a dinâmica social e suas singularidades.

Ambos os acórdãos confrontados com o Parecer de Portalis estão envoltos pelo movimento da repersonalização do Direito Civil, pois adotam a dignidade da pessoa humana como uma cláusula aberta do sistema jurídico, apta a acolher as contingências da vida social. Porém, ambos os acórdãos, ao reconhecerem a proteção jurídica à união estável entre pessoas do mesmo sexo, condicionam, antinomicamente, tal como o Parecer de Portalis, esse reconhecimento à necessidade de os homossexuais adotarem os mesmos padrões de afetividade presentes nas uniões estáveis heterossexuais: publicidade, continuidade, durabilidade e objetivo de constituição de família.

De outro lado, a falta de proteção jurídico-patrimonial aos relacionamentos homossexuais – que é o resultado da antinomia entre abstração e contingência – está associada a objetivos políticos relacionados à discriminação de grupos sociais e à padronização dos comportamentos, como certamente também o era no caso dos protestantes. Por isso, apesar de se denunciar o modo pelo qual os argumentos de Portalis e os fundamentos das decisões judiciais exemplificam a antinomia da abstração do Direito Moderno, seria injusto deixar de qualificá-los como tentativas de superar essa antinomia e de conferir tutela mais ampla às necessidades concretas de indivíduos e grupos socialmente discriminados.

A liberdade humanista de Portalis e a humanista dignidade da pessoa humana das decisões dos tribunais brasileiros, ao tentarem conferir proteção jurídica a grupos de

indivíduos excluídos dessa proteção acabam por impor comportamentos a esses grupos que a eles não são pertinentes ou que eles podem não desejar. Por isso, nem aquela liberdade humanista e nem a dignidade da pessoa humana podem ser tidas como meios suficientes de superar a antinomia da abstração do Direito Moderno, o conflito estabelecido entre a abstração das categorias jurídicas e a contingência instável da realidade disciplinada por tais categorias.

6. Referências

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: Lições de filosofia do direito. compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p.129-238.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário, ADI n. 4277/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. em 05.05.2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 22 nov. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4.^a Região, 6.^a Turma, Apelação Cível n. 2000.71.00.009347-0/RS, Relator Des. Federal João Batista Pinto Silveira, j. em 27.07.2005. Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=718376&hash=174723d006fd76b54bd9333boa611507>. Acesso em: 28 nov. 2017.

CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica - seu sentido e limites*. 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981. 101 p.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988. p.205-255.

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p.565-584.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de direito de família*: Origem e Evolução do Casamento. Curitiba, Juruá, 1991. p.263-322.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O conteúdo do novo código em suas diretrizes fundamentais. In: _____. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. p.87-185.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O Direito Civil Constitucional. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Organizadora). *1988-1998: uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.115-127.

MORE: Mecanismo online para referências, versão 2.0. Florianópolis: UFSC Rexlab, 2013. Disponível em: <<http://www.more.ufsc.br/>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 532, p.11-23, fev. 1980.

_____. *Direito de família*: (direito matrimonial). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990. p.127-292.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Tradução de: Maria Cristina De Cicco. 3.ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p.1-6; 33-37; 107-110; 153-157.

PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. Consultation sur la validité des mariages des protestants en France. In: PORTALIS, Frédéric (Ed.). *Discours, rapports et travaux*

inédits sur le Code Civil, par Jean-Étienne-Marie Portalis publiés par le Vicomte Frédéric Portalis. Paris: Libraire de La Cour de Cassation, 1844. p.441-491.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.97-118.

ZARKA, Yves Charles. *Philosophie et politique à l'âge classique.* Paris: PUF, 1998. p.123-134; 207-281.

civilistica.com

Recebido em: 21.02.2018

Aprovado em:

15.03.2018 (1º parecer)

23.04.2018 (2º parecer)

Como citar: GEDIEL, José Antonio Peres; CAVICHIOLI, Rafael de Sampaio. Humanismo e abstração no direito de família. **Civilistica.com.** Rio de Janeiro, a. 7, n. 2, 2018. Disponível em: <<http://civilistica.com/humanismo-e-abstracao-no-direito-de-familia/>>. Data de acesso.