

PERIGO DA HISTÓRIA ÚNICA E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL: CRÍTICAS DECOLONIAIS ACERCA DA (RE) CONSTRUÇÃO DO CONCEITO PLURAL DAS FAMÍLIAS

DANGER OF THE SINGLE HISTORY, DECOLONIALITY AND THE EPISTEMOLOGICAL CONSTRUCTION OF THE CONCEPT OF FAMILIES IN THE BRAZILIAN STATE

Rainer Bomfim*

Maria Carolina Souza de Lima**

Luísa Marques Reis***

SUMÁRIO: Introdução. 1 Perspectiva da História Única, Pensamento Decolonial e a relação com o Direito. 2 O Direito de Família sob a ótica do Código Civil de 1916: a preponderância do núcleo familiar e o viés patrimonialista. 3 A constitucionalização do Direito Civil e seus efeitos na (re) construção do conceito de família(s). Conclusão. Referências.

RESUMO: Sob a vertente jurídico-sociológica, com o objetivo de investigar a constitucionalização do Direito Privado, analisa-se a construção do conceito de famílias ao longo da história recente. Dessa maneira, justifica-se o trabalho para demonstrar que existe uma centralidade da família burguesa, monogâmica e patrimonialista dentro da norma jurídica. Como referencial teórico se tem o pensamento decolonial e os escritos da autora Chimamanda Adichie para mostrar o quão perigoso é incorporação da versão dos colonizadores como única forma possível para o conceito de famílias. Por fim, conclui-se expansão do conceito de famílias é limitada e parcial.

Palavras-chave: Direito Privado. Direito das Famílias. Decolonialidade. Perigo da História Única.

ABSTRACT: Under the legal-sociological aspect, with the objective of investigating the constitutionalization of Private Law, the construction of the concept of families throughout recent history is analyzed. In this way, the work is justified to demonstrate that there is a centrality of the monogamous bourgeois family within the legal norm. As a theoretical reference, there is the decolonial thought and also the writings of the author Chimamanda Adichie to show how dangerous is the incorporation of the colonizers' version as the only possible way for the concept of families. Finally, it is concluded that expansion of the concept of families is limited and partial

Keywords: Private Law. Family Law. Decoloniality. Danger of Unique History.

* Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito pela UFOP. Professor de Direito na Rede Doctum de Ensino – Unidade João Monlevade.

** Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

*** Bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica.

Artigo recebido em 26/07/2021 e aceito em 27/10/2022.

Como citar: BOMFIM, Rainer; LIMA, Maria Carolina Souza de; REIS, Luísa Marques. Perigo da história única e constitucionalização do Direito Civil: críticas decoloniais acerca da (re)construção do conceito plural das famílias. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 25, n. 42, p. 193, jul./dez. 2021. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

INTRODUÇÃO

Sob uma perspectiva decolonial, através da vertente metodológica jurídico-sociológica (GUSTIN, DIAS, 2015, p. 22), aborda-se como a lógica binária, cisgênera, colonial e patrimonialista do direito privado impede outras formas de reconhecimento jurídico ao longo da história recente¹. A análise proposta está circunscrita a realidade epistemológica da construção do direito das famílias no Brasil.

Adverte-se que o texto escolhe e elege a vertente jurídico-sociológica ao invés da jurídico-histórica, visto que não se faz uma retomada histórica e sim uma análise sociológica da história pertinente às legislações que disciplinam as relações familiares dos códigos civis brasileiros de 1916 e 2002, visto que são levadas em consideração quais foram e quais são as implicações sociais para aqueles indivíduos que não são considerados como família pela legislação.

Dessa maneira, em uma perspectiva redutora da complexidade das possibilidades de leitura da história², tem-se que o direito é um instrumento para demonstrar e delimitar quais são as histórias dignas ou não de serem contadas, de tal forma que essa construção é feita numa perspectiva binária e se apresenta como um delimitador do que pode ou não estar dentro do campo dessa história oficial. Diante disso, questiona-se: quantas/os e quem são aquelas/es que a norma jurídica reconhece como membro das famílias?

Para responder essas questões são utilizados os escritos de Chimamanda Adichie (2009). A autora trabalha o quão perigoso é uma história contada apenas pela perspectiva das/os vencedoras/es, estando estes sempre localizados no norte hegemônico. Este conceito da perspectiva da história única é adotado como referencial teórico para o presente trabalho e, acrescido do suporte crítico oferecido pelos estudos decoloniais, será demonstrado como o sistema jurídico reproduz uma visão parcial como única, com enfoque na legislação brasileira que trata das famílias.

Para essa investigação o trabalho é dividido em três partes. A primeira delas é estudada a perspectiva da história única e da decolonialidade dentro do direito. Em seguida, estuda-se a visão patrimonialista do Código

¹A análise das autoras e do autor se limita ao Código Civil de 1916 e do Código Civil de 2002, bem como as normas constitucionais vigentes dentro da conjuntura realizada.

²Afirma-se isso pois existem diversas formas que são produtoras de história, como a história oral, pinturas e mesmo manifestações diversas, que não serão levadas ao cabo neste ensaio pela forma como é feita pelo direito.

Civil de 1916, demonstrando os seus artigos e, por fim, estuda-se o Código Civil de 2002, demonstrando a reinauguração do direito das famílias.

1 PERSPECTIVA DA HISTÓRIA ÚNICA, PENSAMENTO DECOLONIAL E A RELAÇÃO COM O DIREITO

Nesta seção pretende-se apresentar o escopo da teoria decolonial, que é utilizado como marco teórico crítico para apresentar e desmistificar essa narrativa hegemônica feita pelo Direito e a relação com o marco teórico do trabalho cunhado por Chimamanda Adichie.

O pensamento decolonial, em uma primeira definição, trata-se de uma valorização das teorias e conhecimentos produzidas pelas/os pensadoras/es do sul-global³, sendo que essas pesquisas reconhecem a existência do padrão histórico de poder da colonialidade/modernidade.

Diante disso, busca-se, com enfoque no pensamento de autoras/es latino-americanos, principalmente aqueles integrantes do grupo de pesquisa Colonialidade/Modernidade⁴, apresentar perspectivas e formas que possam construir uma decolonização epistemológica (BALLESTRIN, 2003). Este conceito trabalha com a eleição de outra(s) forma(s) de resistência(s) para desocultar aquelas/es que estão na realidade latino-americana.

Para isso, constrói-se uma lógica plural e diversa e com conceitos próprios de sua produção para acessar várias e outras formas de (re)

³ As/os pensadores do sul-global são todos aqueles que não se localizam no norte hegemônico da produção intelectual do conhecimento científico. Em termos históricos, a colonialidade do saber, sendo uma decorrência da Colonialidade do Poder (QUIJANO, 2005), permitiu ao homem europeu, branco, elitista, heterossexual e cisgênero se impor como sujeito universal de direitos, além de apresentar o seu conhecimento como o único científico. Consequentemente, em uma lógica binária-redutivista, o conhecimento “não-europeu” foi subalternizado, considerado particularístico e místico e, portanto, incapaz de alcançar a verdade e a universalidade inerentes ao conhecimento do colonizador (GROSFOGUEL, 2008, p. 120). Grosfoguel (2008, p. 120) apresenta o processo epistêmico de silenciamento de subjetividades e histórias do Sul, sendo que para combater isso utiliza-se aqueles que não estão neste centro de conhecimento para uma remodelação dos conhecimentos produzidos na América Latina.

⁴ O Grupo Modernidade/Colonialidade construídos por diversos autores em suas publicações e eventos (BALLESTRIN, 2013, p. 99). É definido como sendo “Formado por intelectuais latino-americanos situados em diversas universidades das Américas, o coletivo realizou um movimento epistemológico fundamental para a renovação crítica e utópica das ciências sociais na América Latina no século XXI: a radicalização do argumento pós-colonial no continente por meio da noção de “giro decolonial”. Assumindo uma miríade ampla de influências teóricas, o M/C atualiza a tradição crítica de pensamento latino-americano, oferece releituras históricas e problematiza velhas e novas questões para o continente. Defende a “opção decolonial” - epistêmica, teórica e política - para compreender e atuar no mundo, marcado pela permanência da colonialidade global nos diferentes níveis da vida pessoal e coletiva.” (BALLESTRIN, 2013, p. 89)

descobrir os saberes de forma. Esta vertente de estudo objetiva redefinir os focos das questões sociais com várias centralidades, sem a necessária lógica dual da modernidade (SEGATO, 2012). Como acrescenta Natália de Souza Lisbôa:

O conceito de decolonialidade está posto na necessidade de ir além da pressuposição de certos discursos acadêmicos de que estaríamos vivendo agora em um mundo descolonizado e pós-colonial, partindo assim dos referenciais do fim das administrações coloniais e da formação de Estados-Nação nas periferias, o que de fato não ocorre, pois ainda pode ser verificada a continuação da divisão internacional do trabalho entre centro e periferia, bem como a hierarquização das populações por critérios étnico-raciais surgidos com a expansão colonial europeia (LISBÔA, 2018, p. 201).

É neste ramo que se funda a dimensão da Colonialidade do Poder, elaborado por Aníbal Quijano (2005), que ocupa uma centralidade nos estudos da decolonialidade. Para a construção deste conceito articula-se as questões de raça⁵, trabalho, pessoas e espaço que obedecem às necessidades do capital dentro do contexto colonial. É demonstrado a intencionalidade da subalternização da população indígena e das negras/os escravizados com a finalidade de exploração.

Este conceito de Colonialidade do Poder permite compreender a imposição do padrão de controle do trabalho⁶ pelo sistema capitalista, com base da divisão internacional racial do trabalho, atribuindo padrões de trabalhos de acordo com os traços fenotípicos (QUIJANO, 2005, p. 4). Explica-se, ainda, o controle e forma de autoridade coletiva eleita pela Modernidade, em que urge como elemento central o Estado-nação, que foi (e ainda é) forjado em muitas localidades; para o controle do sexo, se tem a centralidade da família branca-burguesa; e, por último, para a produção do conhecimento se elege o paradigma eurocêntrico

⁵ O conceito de colonialidade do poder do autor foca na criação da identidade cultural raça pelo colonizador, sendo esta modalidade ligada à cor da pele (QUIJANO, 2005). Ele apresenta ainda este como um fenômeno originário da colonização das Américas para efetivar a dominação e a expansão do capitalismo mundial (QUIJANO, 2005).

⁶ Tem-se uma institucionalização do trabalho produtivo como aquele que deve ser valorizado e protegido dentro do sistema capitalista, tendo em vista a sua inserção de um bem ou produto no mercado (CARRASCO, 2005). Isso acaba por geral uma desvalorização dos trabalhos de cuidado (gratuitos ou remunerado) por ser um trabalho que não insere bens no mercado (CARRASCO, 2005). Essa concepção é redutora da complexidade e feministas economistas se insurgem contra essa visão, questionando que este trabalho libera a força masculina para o trabalho produtivo, como também onera as mulheres na sua dimensão produtiva, reprodutiva e subjetiva (CARRASCO, 2005).

da ciência moderna (QUIJANO, 2005, p. 4). Esses quatro elementos (divisão fenotípica do trabalho, autoridade coletiva, controle das relações sociais e forma de produção de conhecimento) se mostram como elementos estruturantes do que foi chamada a Modernidade/Colonialidade.

No desenvolvimento dos seus estudos, Quijano (2005) afirma que a Colonialidade do Poder não se exauriu com fim das relações coloniais (e do Colonialismo) e se encontra presente até os dias de hoje por meio de mecanismos de dominação, sendo reconhecido como o padrão histórico do poder (QUIJANO, 2005, p. 4). Essa é a contribuição acadêmica que permite a conclusão de que as estruturas sociais ainda refletem e espelham a existência de uma constância de exploração.

Quijano (2005) apresenta centralidade da questão racial nesta conceituação no contexto da decolonialidade, visto que as relações econômico-sociais-existenciais da América Latina foram marcadas pelas servidões e pela Escravatura, que por sua vez possuem características fenotípicas bem definidas (QUIJANO, 2005). É preciso demarcar esta centralidade quando se trata dessas análises, pois reflete quem são aquelas/es que são incluídos pela norma jurídica.

Rita Segato (2012) afirma que quando se trata dos sujeitos⁷ - dentro desse padrão colonial, europeu e binário acima descrito - para se chegar ao que se chama de completude ontológica, que é a plenitude do ser⁸, passa-se por um processo de equalização dos indivíduos com um equivalente universal pré-estabelecido⁹ de conceitos, em que só se satisfaz pelo enquadramento a esses termos. Portanto, a(s) diversidade(s) e a(s)

⁷ Em relação aos sujeitos, se utilizará “sujeito/s” ao invés de “sujeitas/os” devido às multiplicidades linguísticas que o termo pode apresentar dentro da chave de leitura das subjetividades, mas em todas as outras oportunidades são utilizadas no masculino e feminino.

⁸ Essa construção de plenitude do ser pode ser questionada dentro das próprias construções modernas, pois o que seria essa plenitude do ser? Qual ser? Esse ser é limitado por padrões de raça, gênero, classe, religião? Parte-se da visão de que essa perspectiva de plenitude do ser, como questão filosófica, também deveria ser abandonada numa perspectiva única, sendo que deve se trabalhar com as diversas plenitudes das diversas pessoas nos seus contextos globais-regionais.

⁹ O padrão de sujeito estabelecido pela colonialidade é masculino, hétero, branco, europeu, católico, capacitista, burguês, cisgênero. Isso exclui todas/todos que não estão no norte global hegemônico ou não se enquadram dentro dessa perspectiva de sujeitos e os transforma em minorias subalternizadas a um ideal de sujeito – sempre assujeitado – (muitas vezes) idealizado.

pluralidade(s)¹⁰ dos sujeitos são enxergadas como um problema¹¹ (LISBÔA, 2018, p. 199), excluindo aquele que não se encaixa nesta lógica pré-definida. O processo de padronização exclui o diferente e mesmo quando se pensa uma diversidade deve se atentar ao padrão histórico da colonialidade.

Dessa forma, acaba-se por subalternizar pessoas, conhecimentos advindos desses sujeitos ou mesmo saberes que não passam pela lógica dual (dura) do colonizador moderno¹², mostrando que não importa quem está falando, mas sim quem é o sujeito que está produzindo essa fala (SPIVAK, 2010). Então, tem-se que esses não-sujeitos produzem apenas ruídos ininteligíveis aos grandes centros (SPIVAK, 2010). É essa lógica que determina que o conhecimento válido está no norte e tudo aquilo produzido no Sul se trata de estudo de caso da aplicação daquelas teorias. As matrizes hegemônicas não reconhecem a produção do Sul como válidas e iguais. Esse é um dos desafios da decolonialidade: valorizar o conhecimento e as relações sociais produzidas no Sul.

Ressalta-se que no decorrer do processo de colonialização os sujeitos colonizados foram ensinados a se comunicar a partir da língua do colonizador. Assim, são estabelecidos e formados por um léxico que deve ser estável para que, então, o direito possa ter espaço para se desenvolver. Cuida-se de um processo duplo que consiste em ensinar a língua e, com ela, interpretar aquilo que se apresenta por meio dela. Durante o período colonial foram as diversas tentativas de se frear novas línguas no continente colonizado. Essa padronização era feita pelo direito a partir da instituição de um idioma oficial integrantes (CASTRO-GOMEZ, 2005, p. 93).

Afirma-se que tal fato é essencial para que o direito possa se fazer dominante, pois nomear as coisas é definir e delimitar o sistema-mundo dos seus integrantes (CASTRO-GOMEZ, 2005, p. 93). Isso é feito por um vocabulário excludente, de modo que, ainda que se possa entender a língua,

¹⁰ Opta-se por trazer na perspectiva de mais de uma diversidade ou pluralidade para que seja possível a construção aberta do que sejam esses conceitos, e não fechá-los em leituras conceituais precisas e, assim excluir, de alguma forma, expressões de diversidade e pluralidade existentes. Dessa maneira, o que se objetiva é construir uma chave de leitura aberta e ressignificada a todo instante para não repetir a lógica colonial da binariedade.

¹¹ Dentro de uma construção crítica, especialmente a *queer*, a perpetuação desses sujeitos dissidentes podem ser (re)significada por uma perspectiva de construção de uma sociedade pelas margens e ressignificação constante até implosão das categorias que se mostram como elitistas, assimilacionistas e higienistas. Questiona-se também até essa própria construção de uma perspectiva que não seja assimilacionista, visto que as classificações são uma forma redutora das complexidades e também são formas de acessar e reduzir aquelas subjetividades traduzidas.

¹² Esses saberes podem ser dos povos tradicionais ou mesmo dos africanos, asiáticos ou orientais.

não se entende os jargões existentes dentro do direito. Este, que defende e dá acesso a um grupo de pessoas elitizadas, pela sua institucionalização, acirra as opressões/dominações. Essa construção também traz que

O direito é uma categoria essencial para questionar a “colonialidade do poder”, não apenas pela poderosa influência da linguagem jurídica presente na legislação, na Constituição e na prática dos operadores legais do sistema legal dominante, mas porque projeta um conjunto de normas, valores, princípios e raciocínios padronizados pela cultura jurídica dominante (LOPEZ, 2018, p. 207, grifos nossos)¹³

Adiciona-se, ainda, que àquelas/es que não se adequam a esse padrão, acima definido como hegemônico, são definidos como “outro(s)”, como já adiantava Dussel (1993), podendo ser taxado de louca/o, doente, ou criminosa/o, num processo de outrificação dos sujeitos dissidentes. Esse processo de exclusão dos diferentes é estudado por autoras/es do Norte, mas a contribuição decolonial é demonstrar que isso é feito a partir do padrão histórico da colonialidade do poder. Assim, o conhecimento produzido por pessoas negras, mulheres e pessoas do Sul não são tratados como válidos e científicos.

A lógica é da exclusão. Aquilo o que não se conhece, não se aceita, não faz parte do conhecimento inteligível (daquele racionalismo estabelecido como único) e será excluída/o, segregada/o ou apagada/o de documentos, do convívio social e das memórias.

Assim, pode-se dizer que o instrumento eleito para fazer isso é o direito. Este constrói uma narrativa oficial e/ou legítima a perspectiva da história única com a institucionalização/promoção desses locais de exclusão, alinhados a um discurso oficial por parte do Estado, sendo que àqueles conhecimentos não produzidos ou contados pela história oficial atribui-se o status de infra-jurídicos¹⁴ (LOPEZ, 2018, p. 211).

Deste modo, ao estruturar e definir essa lógica binária de estruturação social da colonialidade, que se inicia com a emergência colonial do circuito comercial do atlântico (MIGNOLLO, 2005), o colonizador

¹³ No original no Espanhol: “el derecho es una categoría imprescindible en el cuestionamiento de la “colonialidad del poder”, no sólo por la potente influencia del lenguaje jurídico presente en la legislación, en la Constitución y en la práctica de los operadores jurídicos del sistema jurídico dominante, sino porque proyecta un conjunto de normas, valores, principios y razonamientos que han sido normalizados por la cultura jurídica dominante. (LOPEZ, 2018, p. 207)

¹⁴ Um exemplo que pode ser dado são os saberes indígenas ou mesmo costumes dos povos tradicionais que não são considerados na construção da prática legislativa que afetam diretamente estes indivíduos (LOPEZ, 2018, p. 211).

dita padrões a serem seguidos, controlando, assim, a forma da construção dessa sociedade por meio da imposição da língua, da sexualidade, da fé (exclusivamente católica), do controle da espiritualidade, da acentuação das opressões de gênero, da imposição de uma forma de racionalidade específica (racionalismo) (DUSSEL, 1993) e do estabelecimento de um padrão de “raças” e suas destinações específicas para a atividade laboratorial (QUIJANO, 2005).

É nesse contexto de legitimação de um modelo de família institucional e espacializado que é fundada a história do direito e que, por muito tempo, foi estatalmente institucionalizado como único e legítimo. O direito, através da família europeia, burguesa, hétero, cristã e patrimonialista delimitou qual era a forma que seria aceita dentro do ordenamento jurídico como única. Inclusive conferindo a mulher um papel subalternizado dentro dessa lógica. Isso leva a uma centralidade de um modelo único e, por consequente, excludente.

Esse modelo é marcadamente advindo do Norte pela sua estrutura, comportamentos sociais dadas aos membros e hierarquias criadas. Este modelo de família está ligado às coroas e as formas como aconteciam as transmissões do poder institucional dentro da Europa.

As relações estabelecidas pela população indígena eram imensamente diversas e sobre outros marcadores que não a família mononuclear. Por sua vez as populações africanas, em sua pluralidade e diversidade, formavam diversos marcadores se não a família patriarcal (OYEWÙMÍ, 2005). Oyèronke Oyewùmí (2005) apresenta como são as construções relativas à ideia de gênero nas famílias Iorubás. A estruturação de gênero não eram atribuídas as proles e a sua designação é feita individualmente a partir da ordem de nascimento.

Essas estruturas já marcam e denunciam a colonialidade dentro da estrutura jurídica. A centralidade da família ser composta por homem, mulher e seus filhos se mostra como uma escolha feita pelo colonizador que não pode ser traduzida como a única possível.

Chimamanda Adichie¹⁵ (2009) apresenta esse questionamento quanto a naturalização de um único modelo. Adichie (2009) afirma as suas referências construídas durante a infância remetiam a uma pseudo-

¹⁵ Entende-se que frente a sua origem a autora se insere dentro de uma vertente Pós-colonial de maneira que pretende denunciar tais questões dentro da sua realidade africana. Assim, com responsabilidade uma responsabilidade epistêmica e atentando-se a geopolítica do conhecimento traz-se esse conceito para a realidade e história brasileira, sendo que reflete e incorpora aquilo que é pertinente a cada contexto para trabalharmos a realidade mensurada.

imagem romântica europeia de sujeitos e não de sua realidade, uma vez que as/os autoras/es lidas por ela não eram da mesma origem que a sua e a África era sempre designada como um submundo e/ou a pobreza extrema. A perspectiva do colonizador refletia tanto a sua colonialidade, que a própria autora também acreditava naquela visão deturpada do seu próprio povo, por mais plural e diverso que ele fosse, tecendo, assim, diversas ideias e imagens muitas vezes preconceituosas do seu próprio contexto (ADICHIE, 2009). A dominação colonial possui uma estrutura psicológica e epistêmica de dominação.

Assim, dentro da perspectiva desse texto, e considerando a origem geográfica da autora, entende-se que as críticas por Adichie apontadas se inserem dentro de uma vertente pós-colonial, de maneira que se pretende denunciar tais questões dentro da sua realidade africana. Desta forma, com responsabilidade epistêmica e atentando-se à geopolítica do conhecimento¹⁶, utiliza-se desse conceito elaborado por ela para a construção da história legislativa brasileira. Esta, por sua vez, reflete e incorpora aquilo que é pertinente a cada contexto para se trabalhar a questão do direito enquanto produtor de registros oficiais.

A hipótese levantada, a partir de uma leitura decolonial, é que o direito se mostra como uma história que é incorporada pelo Estado como parcial e única. Foram escolhidas a visão europeia como a única possível para ser reconhecida como família. As outras construções sociais das populações africanas e das população indígena foram estabelecidas como “outras” e não eram reconhecidas como válidas ou possíveis.

Nesta construção textual, esclarece-se que não se objetiva trazer um “equilíbrio das histórias”, em que se deve contar a perspectiva dos dois lados, mas sim esclarecer e exemplificar como apenas uma história é tradicionalmente documentada pelo direito como sendo verdadeira (ADICHIE, 2009).

É preciso pensar em outras possibilidades e outros modelos de famílias além daquele(s) reconhecido(s) pelo direito. Como será demonstrado, o ramo do direito das famílias por muito tempo legitimou a

¹⁶ A geopolítica do conhecimento é traduzida como uma método de repensar aquela conceito de acordo com a realidade local, visto que as/os autoras/es pensam a sua realidade para introduzir no pensamento acadêmico aquele conceito. Diante disso, faz-se importante refletir sobre concepção devido ao pensamento decolonial, pois não se pode levar os conceitos europeizados para dentro desse pensamento sem a sua adaptação e digestão se não está caindo em uma das vertentes da Colonialidade do Saber. A aplicação e reprodução do conceito de forma universalista (como se fosse aplicado a todos os sujeitos) é uma marca da colonialidade na academia. Então, o presente conceito da geopolítica do conhecimento reflete e dá a possibilidade da antropofagia do conceito para depois aplicarmos no contexto brasileiro.

família constituída apenas por um homem e uma mulher e seus filhos como legítima. Esse conceito sofre uma alteração, mas, ainda se percebe que é uma reconstrução parcial por partir de concepções de gênero e limitação do número dos seus membros.

Existe uma sacralidade do que se trata das formas das famílias que deve ser problematizada e ser estabelecido outros marcos que podem conduzir essa discussão. Essa sacralidade é cristã, burguesa e patrimonialista.

Feitas as considerações acima, tem-se que a construção da história brasileira pelo meio jurídico é limitada e violenta. Isso porque, ao tentar encaixar em moldes abstratos e pré-definidos pelos europeus uma realidade das colônias o meio jurídico acaba por reduzir e limitar a diversidade de formas existentes dentro desta realidade plural. A colonização produz um padrão de dominação – inclusive pelo léxico – que não se pode simplesmente excluir da sua realidade. É preciso pensar a partir dele, enquanto constitutivo daquela sociedade.

Além disso, denota-se que essa construção, em discussão, do conceito de família pelo direito também reflete a tradução de valores econômicos, sociais, existenciais e morais que estão presentes na sociedade, sendo estes valores muitas vezes excludentes, uma vez que deixam de abranger a diversidade de formas que emergem de uma sociedade plural e complexa. Como trazem Romina Lerussi e Romina Sckmunk:

Pensar em uma episteme colonial baseada nos legados coloniais do Estado implica desconstruir as estratégias narrativas de poder através das quais a lei estadual instituído como discurso legítimo e legitimador sem igual (Santos 2009) nos processos constituição dos Estados latino-americanos. Então, essa tarefa também envolve investigar os dispositivos que produziram um sistema jurídico ocidental que estabeleceu modalidades e instrumentos (normativos, legais, fiscais, políticos) muito particular à relação colonial. Mas, ao mesmo tempo, pensar o Estado a partir de uma episteme colonial, supõe reconhecer e tornar visíveis esses processos e mecanismos de negação de outras jurisdições não ocidentais (Virosta 2011), simplesmente porque “não” poder é exercido sem a extração, apropriação, distribuição ou retenção de certos conhecimentos” (García 2015, p. 96). E com isso não queremos dizer que exista algo como um e outro da legalidade ocidental, ou que existe uma legalidade ocidental. (LERUSSI, SCKMUNCK, 2016, p. 74) (tradução nossa)

Neste sentido, o direito se mostra como um sistema que escolhe quais são as histórias que devem ser contadas e isso é legitimado através dos textos legais. A legislação dita quais são os modelos de família que devem ser seguidos. Em uma análise macro, a norma dita quais são as relações sociais que são reconhecidas e protegidas pelo Estado, por sua vez, determina quais são possíveis (BOMFIM, BAHIA, 2022).

Sob essa ótica, será feita neste trabalho uma análise acerca da predeterminação legislativa do conceito de famílias, o qual até os dias atuais ainda é marcado pela estrutura patriarcal culturalmente reproduzida.

Além disso, considerando que nem todas/os podem acessar os ambientes legislativos para a produção de normas que as/os contemplem, e aquelas/es que ocupam esses ambientes acabam por proteger seus próprios interesses e percepções, evidente que nem todos os grupos são legitimados quando da delimitação conceitual construída por esses legisladores. Por esse motivo, retorna-se sempre à usual reflexão: para quem é pensado o direito ocidental?

Diante disso, como forma de delimitar as questões de direito relacionadas à construção da perspectiva de uma história única, será feita uma análise do direito privado brasileiro, com ênfase no ramo do direito das famílias, a fim de se demonstrar que, malgrado os avanços já ocorridos, ainda perdura neste ramo a existência de uma perspectiva limitada e formal para o conceito de famílias.

2 O DIREITO DE FAMÍLIA SOB A ÓTICA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916: A PREPONDERÂNCIA DO NÚCLEO FAMILIAR E O VIÉS PATRIMONIALISTA

Feita essa (re)construção e crítica sobre a forma como foi e ainda é construído o direito, pontua-se que a análise de legislações pretéritas permite identificar qual era a narrativa hegemônica que estava (de) limitando os arranjos e as construções sociais, sendo possível compreender o que era permitido ou proibido à época da vigência do texto legal, ou ainda, como mencionado no tópico anterior, o que ou quem gozava do status de jurídico ou infra-jurídico (LOPEZ, 2018), contribuindo para uma produção da narrativa oficial e redutora de complexidades.

Dessa maneira, para compor essa construção, escolheu-se traçar uma análise do Código Civil de 1916 (CC/16), o qual possuía um viés marcadamente patrimonial e patriarcal.

O Código Civil, diploma basilar – mas não único – que rege o direito privado, disciplina as relações jurídicas estabelecidas no âmbito da autonomia da vontade dos indivíduos e, portanto, assim como o direito em sua integralidade, deve refletir as práticas e os costumes da sociedade a qual regula, buscando acompanhar os avanços destas. Nesse sentido, afirma Francisco Amaral que

(...) o Código Civil é uma síntese científica e cultural e uma decisão de política legislativa que somente a sua circunstância histórica justifica e permite compreender. O Código Civil é produto do seu tempo e da sociedade em que nasce, merecendo um debate que envolva os seus operadores profissionais, como os advogados, os magistrados, os procuradores, promotores, defensores, tabeliões, etc., já que o direito, mais do que ciência, é uma prática social em permanente realização. (AMARAL, 1997, p. 32).

Desse modo, como produto da história e da cultura que são contadas hegemonicamente por um povo¹⁷, as considerações trazidas pelo Código Civil delineiam as formas de relação estabelecidas entre os indivíduos, ocasionando, a depender, a legitimação ou a deslegitimação de determinadas condutas, tornando-as, assim, aprováveis ou reprováveis pelo conjunto de leis.

O referido instrumento legislativo foi instituído pela Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, quase 100 anos depois da independência, e entrou em vigor um ano após, tendo permanecido vigente no país até janeiro de 2003. Da leitura geral da referida legislação, nota-se que o Direito de Família ganhou destaque no Livro II da Parte Especial, sendo regulado pelos artigos 180 a 484 (BRASIL, 1916).

Ao analisar os dispositivos supramencionados, percebe-se que o Código Civil de 1916 transpassa a ideia de um “direito mais preocupado com o círculo social da família do que com os círculos sociais da nação” (PONTES DE MIRANDA, 1928, p. 489). São vários os artigos que evidenciam essa “preponderância do círculo da família, ainda despoticamente patriarcal”¹⁸, conforme salientado pelo mesmo jurista (PONTES DE MIRANDA, 1928).

Cumprido apresentar aqui que a ideia de família, abarcada e protegida pelo Código Civil de 1916, baseava-se na ideia de família romana, que, por sua vez, tinha como principal característica o patriarcalismo, sendo

¹⁷ O conceito de povo aqui é considerado aqueles que são reconhecidos pelo direito enquanto produtores de subjetividades.

¹⁸ Arts. 315, parágrafo único, 331, 447, 460, 461, 464, 470, 477, 744, 186, 233, 329, 380, 384, 393, 407.

o pai uma figura superior a sua esposa, filhos e escravos. Neste sentido, explica Orlando Gomes:

A família romana assentava-se no poder incontestável do pater famílias, “sacerdote, senhor e magistrado”, em sua casa – que se exercia sobre os filhos, a mulher e os escravos, multiformemente, permitindo-lhe dispor livremente das pessoas e bens, a ponto de se lhe reconhecer o *ius vitae et neci*. [...] A figura singular do pater famílias absorve inteiramente a dos outros membros do grupo. A esposa está *in manu*, perdurando o vínculo conjugal enquanto existisse a *affectio maritalis*. Os filhos são incapazes. Bens que adquirissem, pertenciam-lhe, salvo os que podiam constituir determinados pecúlios, ampliados no direito pós-clássico. Sobre os escravos exercia da *domenica potestas*. Monogamia e exogamia, a família romana traduz o patriarcado na sua expressão mais alta (GOMES, 1998, p. 39).

No mesmo sentido afirma Caio Mário da Silva Pereira (2018), ao retratar a família romana como tipo institucional desse organismo no ocidente, particularmente tendo em vista que a família brasileira no século XIX muito se assemelhava a ela:

Em Roma, a família era organizada sob o princípio da autoridade e abrangia quantos a ela estavam submetidos. [...] O pater era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos (*penates*) e distribuía justiça. Exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*), podia impor-lhes pena corporal, vendê-los, tirar-lhes a vida. A mulher *vivia in loco filiae*, totalmente subordinada à autoridade marital (*in manu mariti*), nunca adquirindo autonomia, pois que passava da condição de filha à de esposa, sem alteração na sua capacidade; não tinha direitos próprios, era atingida por *capitis deminutio* perpétua que se justificava *propter sexus infirmitatem et ignorantiam rerum forensium*. Podia ser repudiada por ato unilateral do marido.

Somente o pater adquiria bens, exercendo a *domenica potestas* (poder sobre o patrimônio familiar) ao lado e como consequência da *patria potestas* (poder sobre a pessoa dos filhos) e da *manus* (poder sobre a mulher) (PEREIRA, 2018, p. 42-43).

Diante das considerações acima, pode-se afirmar que a concepção de família, no século XIX, encontrava-se umbilicalmente vinculada a

preceitos morais e religiosos, sendo um instituto rigorosamente fechado e fortemente marcado pelo patriarcalismo (PEREIRA, 2018), reforçando, assim, a ideia de um modelo de família protegido pelo Estado, superior a qualquer outro. Todavia, como já dito anteriormente, o direito é uma das formas de colonialidade eleitas pela modernidade, o que reflete na narrativa de construção hegemônica e única (LERUSSI, SCKMUNCK, 2016).

Dito isso, destaca-se, ainda, que o posicionamento legal incorporado pelo Código Civil de 1916 a favor do privatismo doméstico, o qual caracterizou o estilo de vida da sociedade colonial e, à época da elaboração da referida legislação civil, ainda se mostrava predominante (GOMES, 2003), acarretou diversas situações fáticas, que, por sua vez, se prolongaram por muito tempo na sociedade brasileira.

A título de exemplo, pode-se afirmar, em primeiro lugar, a posição privilegiada do homem na sociedade conjugal. Nos termos do que prescrevia o artigo 233 do Código Civil, o marido era o chefe da sociedade conjugal, incumbindo-lhe a representação legal da família (233, I), a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher (233, II), fixar e mudar o domicílio da família (233, III), autorizar a profissão da mulher e sua residência fora do teto conjugal (233, IV) e prover a manutenção da família (233, V) (BRASIL, 1916). Ademais, conforme prescreviam os artigos 185 e 186 do mesmo diploma legal, para que uma pessoa menor que vinte e um anos de idade pudesse se casar, se fazia necessário o consentimento de ambos os pais, porém, caso não houvesse consenso a respeito da decisão, deveria prevalecer a vontade paterna.

Inclusive, saliente-se que o poder decisório dentro do núcleo familiar era atribuído exclusivamente ao marido, enquanto chefe da família, nos termos que prescrevia o art. 380 do CC/16. Por isso, inclusive, era denominado pátrio poder.

Para além dos exemplos acima, destaca-se que o direito de nomear tutor competia ao pai, de acordo com o artigo 407. Pontua-se também que a mulher viúva e que se casava novamente perdia, quanto às/aos filhas/os do leito anterior, os direitos do pátrio poder, conforme previsão expressa do artigo 393. Cabe destacar, ainda, o artigo 329, o qual autorizava o juiz a retirar as/os filhas/os do convívio da mãe – mas nunca do pai – caso restasse comprovado que essa, ou o padrasto, não os tratassem convenientemente.

Oportuno salientar neste contexto a grande repercussão social existente sobre a mulher casada, na medida em que o Código Civil de 1916 reserva os artigos 240 a 255 para dispor acerca dos direitos e deveres

da mulher que contraía núpcias. Pontua-se que, àquela época, o status de casada implicava necessariamente a sua situação de incapacidade relativa a certos atos da vida civil¹⁹, sendo necessária a autorização do marido para que esses pudessem ser considerados válidos²⁰.

Indiscutível, portanto, a posição superior e beneficiada do homem na sociedade conjugal.

Além da situação fática detalhada acima, também se pode apontar uma verdadeira indisposição para com o divórcio no Brasil. Da leitura da redação original do parágrafo único do artigo 315 do Código Civil de 1916, extrai-se que a única hipótese de dissolução do casamento àquela época seria a morte de um dos cônjuges, não sendo possível desfazer o vínculo matrimonial por outros meios.

A este respeito, Coelho Rodrigues relatou ter cogitado a possibilidade de admissão da dissolução do vínculo, mas recuou ao maliciosamente ponderar o seguinte:

Se não estou muito enganado, no dia da exequibilidade da lei, que o fizer, noventa por cento, pelo menos, das senhoras casadas da nossa sociedade poderão propor a dissolução de seu casamento, o que equivaleria à dissolução da própria sociedade. (RODRIGUES, 1897, s/n)

Aproveita-se para mencionar, ainda, no que tange à dissolução do vínculo matrimonial, o entendimento externado por Clóvis Beviláqua, responsável pela elaboração do projeto do Código Civil de 1916, no sentido de que a admissão do divórcio instauraria o regime de poligamia sucessiva (BEVILÁQUA, 1906). Neste sentido, argumenta o seguinte:

Se for concedido o divórcio a vínculo, facilitar-se-á o incremento das paixões animais, enfraquecer-se-ão os laços da família, e essa fraqueza repercutirá desastrosamente na organização social. Teremos recuado da situação moral da monogamia para o regímen da poligamia sucessiva, que,

¹⁹ “Art. 6. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer: (...) II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.” (BRASIL, 1916)

²⁰ “Art. 242. A mulher não pode, sem autorização do marido (art. 251): I. Praticar os atos que este não poderia sem o consentimento da mulher (art. 235). II. Alienar, ou gravar de onus real, os imóveis de seu domínio particular, qualquer que seja o regime dos bens (arts. 263, nº II, III, VIII, 269, 275 e 310). III. Alienar os seus direitos reais sobre imóveis de outra. IV. Aceitar ou repudiar herança ou legado. V. Aceitar tutela, curatela ou outro munus público. VI. Litigiar em juízo civil ou comercial, anão ser nos casos indicados nos arts. 248 e 251. VII. Exercer profissão (art. 233, nº IV). VIII. Contrair obrigações, que possam importar em alheação de bens do casal. IX. Aceitar mandato (art. 1.299).” (BRASIL 1916)

sob a forma de poliandria, é particularmente repugnante aos olhos do homem culto.

[...]

Sendo assim, não parece duvidosa a escolha entre um remédio que se acomoda perfeitamente a esses fins e um que os contraria, entre um recurso que não transforma os casais infelizes em seres ditosos, mas evita a propagação da úlcera, circunscrevendo-lhe a ação corrosiva, e um expediente que, sobre as ruínas de uma família, ergue a possibilidade de outras ruínas, formando uma triste cadeia de matrimônios efêmeros, na qual se vai a dignidade ensombrando, a noção do dever apagando e a organização da família dissolvendo (BEVILÁQUA, 1906, p. 97-98).

Destarte, diante da redação legal supra apresentada e do pensamento predominante à época, inclusive externado por Clóvis Beviláqua (1906), evidente o conservadorismo da legislação civil vigente no século XIX, na medida em que essa, como reflexo da sociedade, desaprovava a dissolução do vínculo matrimonial por outros meios que não a morte de um dos cônjuges.

Ainda no que tange às consequências provocadas pela influência do privatismo doméstico na elaboração do Código Civil de 1916, pode-se mencionar a diferenciação entre filhas/os legítimas/os e ilegítimas/os e os consequentes tratamentos desiguais previstos na legislação civil.

Em primeiro lugar, o legislador fez-se objetivamente nítido ao estabelecer que os filhas/os legítimas/os seriam aqueles concebidos na constância do casamento, ainda que anulado, ou nulo, se contraído de boa-fé, nos termos do artigo 337. Ou seja, percebe-se, a partir deste ponto, uma evidente discriminação entre as/os filhas/os, baseada tão somente na forma de sua concepção.

A antipatia exteriorizada pelo Código Civil de 1916 também era cristalina quanto ao tratamento em relação às/aos filhas/os incestuosos e adúlteros, os quais, conforme a dura redação do artigo 358, não poderiam, em hipótese alguma, ser reconhecidos pelos pais, sendo considerados, portanto, para fins legais, ilegítimas/os²¹.

Para além dos distintos tratamentos acima apontados, a legislação civil aqui discutida também estabelece que a/o filha/o ilegítima/o, reconhecido por um dos cônjuges, não poderia residir no lar conjugal sem o consentimento do outro, conforme se extrai da redação do artigo 359.

²¹“Art. 358. Os filhos incestuosos e os adúlteros não podem ser reconhecidos.” (BRASIL, 1916)

É possível, ainda, mencionar uma relevante diferenciação no tratamento sucessório dado às/aos filhas/os, a depender de sua classificação como legítima/o ou ilegítima/o. Ressalta-se que tal distinção possui influência das famílias pertencentes à classe burguesa, as quais objetivavam manter o *status quo* entre seus membros e transmitir, sem deixar de concentrar, seu patrimônio em seu núcleo familiar. Todavia, tal apontamento é digno de uma abordagem própria, haja vista sua tamanha extensão, motivo pelo qual não será discutido no presente texto.

Deste modo, considerando os exemplos aqui mencionados – posição privilegiada do homem na sociedade conjugal, repulsa à ideia do divórcio e a diferenciação entre filhas/os legítimas/os e ilegítimas/os –, juntamente com os respectivos dispositivos legais previstos na legislação civil, não restam dúvidas quanto à preocupação do legislador para com a constância e imutabilidade do núcleo familiar, o qual, por meio dos dispositivos legais, objetivou ao máximo a manutenção da estrutura patriarcal familiar, priorizando o enlace de pessoas por meio do casamento e a formação da família provinda de um único tronco, sem descender de outro. Neste sentido, concluiu Orlando Gomes:

No período de elaboração do Código Civil, o divórcio entre a elite letrada e a massa inculta perdurava quase inalterado. A despeito de sua ilustração, a aristocracia de anel representava e racionalizava os interesses básicos de uma sociedade ainda patriarcal, que não perdera o seu teor privatista, nem se libertara da estreiteza do arcabouço econômico (...). Natural que o Código refletisse as aspirações dessa elite e se contivesse, do mesmo passo, no círculo da realidade subjacente que cristalizara costumes, convertendo-os em instituições jurídicas tradicionais. Devido a essa contensão, o Código Civil, sem embargo de ter aproveitado frutos da experiência jurídica de outros povos, não se liberta daquela preocupação com o círculo social, que o distingue, incorporando à disciplina das instituições básicas, como a propriedade, a família, a herança e a produção (contrato de trabalho), a filosofia e os sentimentos da classe senhorial (GOMES, 2003, p. 22).

Para além disso, também resta evidente o viés patrimonialista conferido pelo Código Civil de 1916 (LEAL, BORGES, 2017), na medida em que essa preocupação pela estabilidade do grupo familiar – por meio do instituto do casamento – visava, naturalmente, a facilitar a conservação do patrimônio adquirido pelo chefe de família e atender à preocupação de garantir

financeiramente o futuro das/os filhas/os, preservando-as/os de situações adversas ou prevenindo-lhes de uma suposta loucura (GOMES, 2003).

Feitas essas considerações acerca da legislação civil anterior, percebe-se como o direito foi e ainda é capaz de produzir uma narrativa única a partir do seu núcleo protetivo legal, determinando, assim, um tipo específico não só de sociedade, mas também de família a ser protegido pelo Estado.

Para dar continuidade a essa ideia, passa-se, agora, à análise do Código Civil de 2002, o qual veio a substituir a legislação neste tópico estudada.

3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E SEUS EFEITOS NA (RE)CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA(S)

À medida que a sociedade se torna mais complexa e plural, muito daquilo que anteriormente era condizente com as formas de pensar e interagir desta sociedade e que, portanto, fora positivado pelo Código Civil de 1916, deixa de fazer sentido, surgindo a necessidade de alterações do diploma vigente para evitar a sua obsolescência.

Ante a breve leitura do *códex* realizada no tópico anterior, é possível inferir como este diploma se tornou desatualizado e retrógrado se consideradas as evoluções, lutas e mudanças sociais ocorridas ao longo dos anos em que esteve vigente, pois evidente a incompatibilidade de suas disposições face à sociedade multicêntrica e diversa existentes na atualidade²².

Frente a isso, depois de muitas lutas sociais e mortes, conquistou-se por meio de tratados internacionais, como a Declaração Do Homem e do Cidadão (1789) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a elevação da pessoa como núcleo protetivo das relações entre o Estado e particulares e também entre estes.

Nessa esteira, na busca por adequação às novas demandas sociais, o Código Civil de 2002, ao encontro da nova principiologia inserida no ordenamento jurídico brasileiro por meio da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CFRB/88), importou em uma nova contextualização do direito privado, ocasionando o giro axiológico deste diploma (NAVES, SÁ, 2017). Ressalta-se, ainda, que o anteprojeto do CC/02 era de 1975 num período em que o Brasil ainda estava sob a ditadura militar, o que importa em algumas limitações e necessidades de

²²Esta sociedade ainda é marcada por contextos específicos (sociais, políticos, econômicos e existenciais) que ainda reproduz mecanismos de dominação pelo direito que são base para os estudos relacionadas a colonialidade.

adaptações quanto ao paradigma axiológico à normativa constitucional (NAVES, SÁ, 2017).

Com efeito, a CRFB/88, responsável por inaugurar o Estado Democrático de Direito (art. 1º), trouxe em seu cerne princípios fundantes da proteção da pessoa humana, tais como a dignidade, o livre desenvolvimento da família e da personalidade, bem como os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, colocando, assim, a pessoa humana como o ponto central do ordenamento jurídico (RODRIGUES JÚNIOR, ALMEIDA, 2009). E, por esse motivo, impeliu-se a necessidade de alteração do antigo Código Civil de 1916, tendo em vista o seu viés predominantemente patrimonialista, o qual se tornou incompatível com a nova principiologia promulgada pela CRFB/88 (RODRIGUES JÚNIOR, ALMEIDA, 2009). A propósito, sintetiza Maria Celina B. Moraes:

Correta parece, então, a elaboração hermenêutica que entende ultrapassada a *summa divisio* e reclama a incidência dos valores constitucionais na normativa civilística, operando uma espécie de despatrimonialização do direito privado, em razão da prioridade atribuída, pela Constituição, a pessoa humana, sua dignidade, sua personalidade e seu livre desenvolvimento. (MORAES, 1991, p. 7)

Assim, a promulgação do Código Civil de 2002 importou em verdadeira tentativa de constitucionalização do direito privado, uma vez que os princípios constantes da Constituição de 1988 se tornaram o novo cerne do diploma civilista (MORAES, 1991). Nesse sentido, o ter abre lugar para o ser, e a visão patrimonializada do direito civil é substituída pelo novo núcleo axiológico regente do *códex*: a proteção da pessoa humana. (NAVES, SÁ, 2017).

Esta proteção se materializa no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CFRB/88)²³, essencial à preservação da integridade e do bem-estar dos indivíduos. Nesse sentido, conceitua-se:

O princípio jurídico da dignidade fundamenta-se na pessoa humana e a pessoa humana pressupõe, antes de mais nada, uma condição objetiva, a vida. A dignidade impõe, portanto, um primeiro dever, um dever básico, o de reconhecer a intangibilidade da vida humana. Esse pressuposto, conforme veremos adiante, é um preceito jurídico absoluto; é um *imperativo jurídico categórico*. Em seguida, numa ordem

²³ Existe a discussão filosófica sobre a natureza deste princípio, se teria ou não um valor superior aos outros. Parte-se da natureza de princípio como normas de Direito Fundamentais que é construída por Ronald Dworkin (2001).

lógica, e como consequência do respeito à vida, a dignidade dá base jurídica à exigência do respeito à integridade física e psíquica (condições naturais) e aos meios mínimos para o exercício da vida (condições materiais). Finalmente, a mesma dignidade prescreve, agora como consequência da especificidade do homem, isto é, de ser apto ao diálogo com o próximo e aberto ao amor, o respeito aos pressupostos mínimos de liberdade e convivência igualitária (condições culturais). Os três últimos preceitos (respeito à integridade física e psíquica, às condições mínimas de vida e aos pressupostos mínimos de liberdade e igualdade), como é próprio dos preceitos deduzidos dos princípios jurídicos, não são imperativos categóricos; embora fundamentais, na sua qualidade de requisitos mínimos para o desenvolvimento da personalidade e procura da felicidade, não são imperativos radicais, são *imperativos jurídicos relativos*. Além disso, devem ser obedecidos segundo sua hierarquia. (AZEVEDO, 2002, p. 95) (destaques no original, grifo nosso).

Dessa forma, com o advento do Código Civil de 2002, passou-se a priorizar os valores existenciais em detrimento dos valores patrimoniais, ou seja, a tutela do indivíduo em sobreposição à tutela de seu patrimônio (AZEVEDO, 2002; MORAES, 1991). Esta proteção não se limita ao ínterim físico-biológico, mas corresponde à proteção de todo o conjunto biopsicosocial dos sujeitos pelo Estado (NAVES, SÁ, 2017). Assim, também é conceituada a dignidade da pessoa humana:

[...] qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SÁ, MOREIRA 2013, p. 15)

A constitucionalização do direito privado, especialmente do direito civil, representou uma mudança de paradigma, uma vez que instituiu uma nova hermenêutica aplicada às relações privadas, na qual se tem como objetivo a despatrimonialização das relações privadas para uma maior proteção da pessoa humana (MORAES, 1991, p. 7). O que se observa,

portanto, é a existência de um bloco de constitucionalidade que estabelece a progressão dos direitos e a vedação ao retrocesso em se tratando dos direitos humanos/fundamentais que estão dentro do ordenamento jurídico brasileiro (REIS, 2010).

Ante esta mudança, fundado o chamado direito civil constitucionalizado, verifica-se a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, alterando o foco das proteções (MORAES, 1991). Nesse sentido, apresenta Maria Celina B. Moraes que

Ampliando ainda a importância dos princípios constitucionais na interpretação e aplicação do direito, pode-se afirmar que a leitura da legislação infraconstitucional deve ser feita sob a ótica dos valores constitucionais. Assim, mesmo em presença de aparentemente perfeita subsunção a uma norma de um caso concreto, é necessário buscar a justificativa constitucional daquele resultado hermenêutico. (MORAES, 1991, p. 12)

Portanto, o giro axiológico promovido pelo Código Civil de 2002, em que se observou a instituição do princípio da dignidade da pessoa humana como o pilar para a aplicação e a interpretação das normas privadas, foi de extrema importância para a releitura de diversos institutos dentro do direito privado (SÁ, MOREIRA, 2013; NAVES, SÁ, 2017), dentre eles, em especial, as famílias.

Conforme já explanado, pode-se dizer que a família anterior à Constituição de 1988, regida pelo Código Civil de 1916, era matrimonializada, patrimonializada e hierarquizada, tendo como sustentáculo destas características a proteção do patrimônio da família (MORAES, 1991). Assim, a estrutura familiar que se legitimava era aquela que promovia a proteção e a adequada sucessão do patrimônio da família, pois era esta a preocupação primordial do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, como foi trazido anteriormente, reconhecia-se como família apenas aquela formada por meio do casamento (matrimonializada), celebrado entre um homem e uma mulher, seguindo um modelo burguês e elitizado (frente ao custo financeiro desta união), pois era este o modelo legitimado, admitido e idealizado pelo Estado, em uma falha redução de uma realidade muito mais complexa. Por esse motivo, tinha-se diversas classificações para as/os filhas/os – legítimas/os, ilegítimas/os, adúlteras/os etc. –, com o objetivo de classificar quais eram os/as filhos/filhas que teriam, ou não, direito à sucessão do patrimônio dos genitores, sendo certo que às/aos filhas/os fora do casamento não eram concedidos direitos

familiares e patrimoniais. Isso demonstra como o direito, em sua lógica de produção de uma história única e oficial, tentava encaixotar a pluralidade de famílias existentes em uma concepção única e estatizada.

Como se percebe, a família estruturada sob a ótica patrimonializada e patriarcalizada se apresentava como instrumento de proteção patrimonial, colocando em segundo plano o bem-estar e o desenvolvimento biopsicossocial dos seus próprios membros. A hierarquização deste instituto também reafirmava esta lógica, uma vez que, como decorrência do pátrio poder – hoje, poder familiar²⁴ –, o homem era considerado o chefe de família, sendo os demais membros, inclusive a mulher, subordinados a ele.

Todavia, com o advento da CRFB/88 e, posteriormente, do Código Civil de 2002, que por sua vez trouxe a aplicação dos princípios constitucionais no direito privado, o conceito de família sofreu relevante transformação, pois, partindo-se de uma ótica humanizada, os indivíduos, no lugar de seu patrimônio, passaram a representar os sujeitos de proteção do ordenamento jurídico.

Assim, a família passou a ser vista como um lugar de afeto, respeito e solidariedade mútuos, propício para o desenvolvimento da livre personalidade de seus membros. Seus pilares norteadores perpassam agora pelos princípios da liberdade, igualdade, livre desenvolvimento e pluralidade.

Na atualidade, não há hierarquia nem diferenciação entre cônjuges/companheiros²⁵, de modo que todos participam, com o mesmo poder decisório, das deliberações inerentes ao ambiente familiar. Por esse motivo, não se fala mais em pátrio poder, mas sim em poder familiar, já que agora ambos os genitores o exercem sem hierarquias. Do mesmo modo, todas/os as/os filhas/os são iguais, possuindo os mesmos direitos e deveres, restando vedada a classificação ou diferenciação da prole.

Ademais disso, passou-se a admitir uma pluralidade de arranjos familiares, possibilitando aos indivíduos a liberdade de escolher o tipo de família que desejam construir. Isso porque, para além do casamento, a CRFB/88 passou a conferir status jurídico a união estável e a família monoparental, consoante disposto em seu art. 226, parágrafos 2º, 3º e

²⁴ “A troca do termo ‘pátrio’ – relativo ao pai – por ‘familiar’, embora sirva a demonstrar a ampliação da titularidade, não é precisa. Se, por decorrência da igualdade constitucional entre homens e mulheres, não mais no pai se concentra o poder e sim nos pais, talvez melhor fosse o vocábulo ‘parental’, dada a amplitude que a ideia de familiar sugere, não condizente com os resumos titulares.” (RODRIGUES JÚNIOR, ALMEIDA, 2009)

²⁵ Recurso Extraordinário Nº 878.694, julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em maio de 2017, em que se decidiu pela inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, que sustentava a diferenciação entre cônjuge e companheiro para fins sucessórios. Assim, atualmente, nem para fins sucessórios se tem essa diferenciação e é possível afirmar tal relação.

4º, ocasionando, portanto, ainda que de forma limitada, a ampliação do conceito de família, antes restrito ao matrimônio.

Ocorre que, malgrado seja inegável o avanço proporcionado pela redação constitucional, importante refletir sobre a ainda existente falta de efetivação jurídica, social e cultural de entidades familiares que fogem à regra geral e que talvez, exatamente por este motivo, não foram expressamente mencionadas no texto constitucional (POLI, POLI, 2013). Portanto,

(...) ainda que louvável a recepção expressa da CF/88 destas famílias, sua inclusão no texto constitucional ensejou o entendimento equivocado, como já analisado neste trabalho, que as famílias se encerrariam no tríplice modelo: casamento, união estável e família monoparental”. (POLI, POLI, 2013, p. 176)

É de se pontuar que, apesar de a enumeração constante do dispositivo constitucional ser meramente exemplificativa (RODRIGUES JUNIOR, ALMEIDA, 2009), de tal modo que a ausência de tipicidade não poderia implicar a ilegitimidade dos arranjos familiares atípicos, estes acabam sendo discriminados, já que o reconhecimento jurídico dos modelos familiares se limitou a apenas três tipos de arranjo (POLI, POLI, 2013). Conforme sintetizam Luciana Costa Poli e Leonardo Macedo Poli,

(...) não se nega que o fato social tenha força normativa, mas o seu reconhecimento de forma limitada demonstra a discriminação deste fato social em base valorativa. Em outras palavras, o que impede o reconhecimento das entidades familiares atípicas não é a impossibilidade ou a negativa de atribuição de força normativa dos fatos, mas o padrão de moralidade existente nos tribunais que não reconhece dignidade a estas entidades. (POLI, POLI, 2013, p.184)

Assim, o que se vislumbra é a falta da efetivação integral do núcleo axiológico trazido pela CRFB/88 na aplicação do direito privado, o que também se torna um obstáculo à plena concretização do Estado Democrático de Direito, já que o princípio da dignidade da pessoa humana, assegurado do livre desenvolvimento da personalidade e da autonomia privada, é fragilizado à medida que os indivíduos que optam por viver em modelos familiares diversos dos previstos pela CRFB/88 ainda enfrentam restrições e obstáculos à livre efetivação desta escolha (POLI, POLI, 2013). Com efeito,

A proteção da personalidade pressupõe a liberdade para o seu desenvolvimento segundo seu próprio projeto, de acordo com a situação e possibilidade, independentemente de qualquer modelo, vinculado a uma visão particular do mundo. Liberdade, como diz Bobbio, pode ser autodeterminação, possibilidade de agir sem obstrução, bem como liberdade de não agir, sem que seja exigido o contrário. (POLI, POLI, 2013, p. 175)

O que ora se expõe é facilmente visualizado em se tratando de outras entidades familiares, tais como as famílias paralelas e poliafetivas, por exemplo. Conforme demonstrado, ainda que não haja restrição normativa para a existência destas entidades familiares não tipificadas no ordenamento, o que se observa é a dificuldade de garantir a essas o direito do livre desenvolvimento dentro de uma sociedade estruturada sob uma ótica burguesa, colonial e patriarcal.

Em se tratando da CRFB/88, é importante ressaltar o seu caráter plural, já que dispõe de normas abrangentes e com o rol aberto, possibilitando outros formatos de famílias que extrapolam as entidades tradicionalmente matrimoniais apresentadas pela legislação civil de 1916.

Ressalta-se, ainda, que, a definição de família adotada pela CRFB/88 não define a forma como esta instituição deve ser, o gênero dos seus integrantes ou a quantidade de pessoas necessárias para a sua existência. Exemplificando, o STF, em 2011, na ADPF 132 e na ADI 427, reconheceu a possibilidade da União Estável entre pessoas do mesmo sexo.

Decerto, em uma sociedade complexa e plural como a brasileira, observa-se múltiplas formas de se constituir famílias. Entretanto, o obstáculo que se apresenta é o de que algumas formas de família encontram óbices morais, culturais, sociais etc., que ainda impedem o seu reconhecimento jurídico. Isso acontece ainda pela existência de uma matriz epistemológica colonial que mantém a formação das famílias como aquelas definidas pelas coloniais. É preciso repensar as estruturações e as formas como são válidas esses membros dentro da autonomia privada de cada indivíduo. O direito das famílias hoje ainda enfrentou uma franca expansão com o reconhecimento de diversos eixos de famílias e uma primeira diversidade, contudo, ainda se concentra sob uma ótica de famílias centralizadas naquelas concepções coloniais.

Nesse sentido, destacam-se as famílias poliafetivas, formadas por mais de duas pessoas que têm por finalidade estabelecer uma vida conjugal (MADALENO, 2012). Essas famílias podem ser formadas por membros

exclusivamente do mesmo sexo ou de sexos diferentes, sendo que também não existe nenhuma limitação de orientação sexual, identidade de gênero ou mesmo exclusividade entre seus membros nesse arranjo familiar.

Trata-se de uma concepção que desafia a monogamia²⁶ e a concepção tradicional de família burguesa, já que na construção das famílias poliamorosas tem-se a ampliação dos membros fixos de uma família, numa concepção da pluralização do sujeito epistêmico das famílias e também uma desestabilização da instituição heterocisnormativa higienista.

Por sua vez, pode-se citar também as famílias paralelas, ou simultâneas, como sendo a existência de dois núcleos familiares com um membro em comum. Nesse sentido,

(...) enquanto no poliamor haveria um único núcleo familiar, semelhante ao casamento e à união estável, porém com três ou mais membros, nas famílias simultâneas formam-se diversos núcleos familiares, autônomos e independentes entre si, mas compostos com membro comum unido a esses núcleos pelo casamento ou união estável. Porém, esses membros não comuns, como a própria nomenclatura indica, não se relacionam. (SANTOS, 2018, p. 79)

Esse modelo familiar é ainda matéria conflituosa para a doutrina e jurisprudência brasileiras, uma vez que ora é reconhecida como tal, ora é negada, de modo que a sua existência traz incertezas quanto à produção de efeitos no mundo jurídico.

De toda forma, não se pretende tratar extensivamente dos tipos de modelos familiares, com determinação de formas ou membros, pois estaria caindo no mesmo erro da modernidade: tentar criar caixas conceituais para absorver as pessoas e delimitá-las àqueles formatos. O que se objetiva é demonstrar que, no paradigma do Estado Democrático de Direito, o instituto das famílias deve ser um ambiente propício à formação individual, social e de ao bem-estar daqueles/as envolvidos/as, garantindo-lhes o direito ao livre desenvolvimento para constituírem o modelo de família que melhor lhes aprouver. É preciso decolonizar as formas aceitas pelo Estado de famílias para poder contar outras histórias de famílias como institucionais, como alerta Adichie. Outros paradigmas de construção das famílias precisam ser estudados e incorporados pelo Estado.

Frente a isso, a óbice de reconhecimento das diversas concepções plurais de famílias não se trata apenas de uma motivação jurídica, mas

²⁶Entende-se a monogamia apenas como um valor jurídico e não um princípio dentro do ordenamento jurídico brasileiro (RODRIGUES JÚNIOR, ALMEIDA, 2009).

sim moral, econômica ou mesmo colonial que ainda utiliza o direito como um instrumento de (re)produção dos padrões que foram definidos e institucionalizados como o único produtor de uma única verdade.

É preciso que o direito se abra a novas epistemologias para se reconhecer novos sujeitos como pertencentes dentro da sua estrutura e que isso cause reflexos institucionais. O viés europeu-colonial-moderno-burguês de famílias deve ser problematizado e criticado.

CONCLUSÃO

Diante das concepções apresentadas neste ensaio, desvelou-se o direito como um instrumento catalizador da produção de uma história oficial como sendo única possível.

Desta feita, ao trazer a concepção do pensamento decolonial sobre o direito, se desocultou algumas formas que são tidas como naturais e entendidas como verdades, para, então, mostrar que existe uma naturalização pela sociedade. Foram problematizados os mecanismos de produção de verdades para se ter um discurso hegemônico, os quais são utilizados de forma limitadora e violenta. Esse discurso precisa ser localizado como uma escolha e não uma visão natural daquela sociedade.

A existência do e pelo direito ainda se dá por uma lógica de assimilação dentro de seus padrões para reconhecer, seja na legislação ou mesmo pelo julgamento no âmbito do Poder Judiciário. Frente a isso, existe um *locus* de produção de histórias oficiais que repetem esses padrões higienistas para poder existir.

Mais especificamente, para demonstrar essa narrativa, analisou-se em um primeiro momento o direito civil brasileiro dentro da ótica da concepção de família legítima, quando a proteção axiológica do direito era voltada para o patrimônio e, em seguida, abordou-se o direito civil brasileiro após a promulgação da CRFB/88, quando a proteção passou a ser voltada ao indivíduo, sob a ótica da Dignidade da Pessoa Humana.

Assim, pode-se concluir que, na construção atual de uma família, se tem como núcleo principiológico a proteção à pessoa, o que reflete diretamente no direito das famílias (numa percepção já plural). Diante disso, vislumbra-se que as construções e reconhecimento das famílias devem se atentar ao desenvolvimento biopsicossocial daqueles indivíduos, sendo que esta concepção não comporta a limitação de número de integrantes, origem desses integrantes, filiação, orientação sexual ou identidade de gênero.

Todavia, por fatores exógenos ao direito, observa-se, ainda, que não predomina uma proteção jurídica sobre todas as famílias que são constituídas dentro dessa lógica acima descrita, o que ocorre, por exemplo, diante do não reconhecimento das famílias paralelas e das poliamorosas²⁷.

O direito precisa ser pensado a partir das bases epistêmicas plurais do Sul. As formações e construções sociais que são bases dessas construções precisam ser incorporadas à sistemática jurídica como válidas. É preciso, então, redefinir os focos das questões sociais com várias centralidades, sem a necessária lógica dual da modernidade.

Isto posto, tem-se que a interpretação são consideradas famílias devem ser ampliadas e novas epistemologias precisam ser incorporadas, concretizando os princípios da dignidade da pessoa humana, do pluralismo, da autonomia privada e do livre desenvolvimento pessoal, a fim de que se reconheçam várias possibilidades de famílias dentro do arcabouço jurídico.

REFERÊNCIAS

ADICHIE, Chimamanda. **O perigo de uma única história**. [S. l.: s. n.], 2009. 1 vídeo (18min e 33seg). Publicado por *TED: Ideas worth spreading*. Tradução e legendas por Erika Rodrigues. Disponível em: https://www.ted.com/talks/chimamanda_ngozi_adichie_the_danger_of_a_single_story?subtitle=pt-br. Acesso em: 17 fev. 2022

AMARAL, Francisco. Transformação dos sistemas positivos a descodificação do direito civil brasileiro. **Revista O Direito**. Lisboa, 1997, Ano 129 I-II.

ASCENSÃO, José Oliveira. O “fundamento do direito”: entre o direito natural e a dignidade da pessoa. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOREIRA, Diogo Luno; ALMEIDA, Renata Barbosa. **Direito Privado: Revisitações**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista USP**, n. 53, p. 90-101, março/maio 2002.

²⁷ As autores e o autor debatem sobre o tema de famílias poliamorosas em outra oportunidade: **BOMFIM, RAINER; MARQUES REIS, LUÍSA; SOUZA DE LIMA, MARIA CAROLINA**. Julgamento do pedido de providência no Conselho Nacional De Justiça (CNJ) sobre a possibilidade de registro via cartório das uniões poliafetivas conceituações, famílias e poliamor. In: III Congresso de Diversidade Sexual e de Gênero, 2019, Ouro Preto. Críticas feministas, LGBTs e queers. Belo Horizonte: Initia Via, 2018. v. 1. p. 218.

BALLESTRIN, Luciana. América Latina e o giro decolonial. **Revista Brasileira de Ciência Política**, v.1, n.11. Brasília, maio - agosto de 2013, pp. 89-117.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Em defesa do projecto de Código civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Liv. Francisco Alves, 1906. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/224223>. Acesso em: 02 abr. 2020.

BOMFIM, Rainer; BAHIA, Alexandre. Coloniality of law: a historical-institutional pattern of power. **Videre**, v. 14, n. 29, 2022.

CASTRO-GOMEZ, Santiago. Ciências sociais, violência epistêmica e o problema da ‘invenção do outro’. In: LANDER, Eduardo (org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

DUSSEL, Enrique. 1492: **O encobrimento do outro**. Petrópolis: Vozes, 1993.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GROSFOGUEL, Ramón. Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós-coloniais: Transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, v. 1, n. 80, 2008.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re) Pensando a Pesquisa Jurídica**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

LEAL, Adisson; BORGES, João Paulo. O código civil de 1916: tão liberal quanto era lhe permitido ser. **Revista Brasileira de História do Direito**, v. 3, n. 1, 2017.

LISBÔA, Natália de Souza. Perspectivas Decoloniais do Novo Constitucionalismo Latinoamericano. **Conpedi Law Review**. v. 4, n.2. 2018, p. 199

LOPÉZ, Pedro Garzón. Colonialidad jurídica. Eunomía. **Revista en Cultura de la Legalidad**. n°. 14, abril – septiembre 2018.

MADALENO, Rolf. Acesso em: 10 de maio de 2018 Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/escritura-de-uniao-polia-fetivaimpossibilidade/9754>.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista Estado, Direito e Sociedade**, vol. I, 1991.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima de Freire de. **Direitos da Personalidade**. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

POLI, Luciana Costa; POLI, Leonardo Macedo. A família contemporânea: reflexões sobre o casamento homoafetivo à luz dos princípios constitucionais. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 33.1, jan./jun 2013.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad do poder, eurocentrismo e América Latina. *In*: LANDER, Eduardo (org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

REIS, Daniela Muradas. **O princípio da vedação do retrocesso no Direito do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2010.

RODRIGUES, Coelho. **O projeto do código civil**. Tip. Jornal do comércio. Rio, 1897.

RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson; ALMEIDA, Renata Barbosa de. **Direito Civil: Famílias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOREIRA, Diogo Luna. O direito da pessoa humana à identidade de gênero autoconstruída: mais uma possibilidade da pessoalidade. *In*: SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luno; ALMEIDA, Renata Barbosa. **Direito Privado: Revisitações**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

SANTOS, Marina Alice de Souza. **Famílias simultâneas no ordenamento jurídico brasileiro: a boa-fé no reconhecimento e partilha de bens**. 2018. Tese (Doutorado em Programa de Pós-Graduação em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2014.

SEGATO, Rita Laura. Gênero e colonialidade: em busca de chaves de leitura e de um vocabulário estratégico descolonial. **e-cadernos CES [Online]**, n. 18, 2012. Disponível em: <http://journals.openedition.org/eces/1533>; DOI: <https://doi.org/10.4000/eces.1533>. Acesso em: 27 out. 2022.

SPIVAK, Gayatri Chakravorty. **Pode o subalterno falar?** Tradução do original em inglês: Sandra Regina Goulart Almeida, Marcos Pereira Feitosa e André Pereira Feitosa. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.