



REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFRGS
VOLUME ESPECIAL - NÚMERO 35

**O direito vivo das famílias contemporâneas na perspectiva de
Eugen Ehrlich**

*The Living Law of Contemporary Families in the Perspective of
Eugen Ehrlich*



UFRGS

Daniele Michalowski Cosechen
Centro Universitário Autônomo do Brasil

Marcos Augusto Maliska
Centro Universitário Autônomo do Brasil



O direito vivo das famílias contemporâneas na perspectiva de Eugen Ehrlich

The Living Law of Contemporary Families in the Perspective of Eugen Ehrlich

Daniele Michalowski Cosechen*

Marcos Augusto Maliska**

REFERÊNCIA

COSECHEN, Daniele Michalowski; MALISKA, Marcos Augusto. O direito vivo das famílias contemporâneas na perspectiva de Eugen Ehrlich. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 35, vol. esp., p. 231-245, dez. 2016.

RESUMO

Eugen Ehrlich desenvolveu um modo próprio de compreender o fenômeno jurídico, o qual poderia ser resumido na ideia de que o direito não se encontra preso na legislação, mas está na dinâmica da vida, nas práticas sociais. Ehrlich dá ênfase ao aspecto fático-normativo do direito, ou seja, ele não entende o direito como um processo meramente normativo dedutivo, mas agrega à normatividade inerente ao direito a dimensão fática. A organização social familiar, essencialmente plural, necessita de novos conceitos passíveis de dar conta de um novo fenômeno jurídico, consistente na forma jurídica dos novos arranjos familiares. A normatividade constitucional não atua sozinha, ela interage com o direito vivo praticado no seio das novas associações familiares. Esse novo direito, produzido na dinâmica social, é reconhecido por Ehrlich como o direito em sua essência. A formalização jurídica, ou seja, a transformação da norma jurídica em preceito jurídico, depende do trabalho do jurista. Os novos arranjos familiares, retrato de uma sociedade aberta, na qual a liberdade individual de escolha prevalece sobre a tradição, exigem uma nova forma de pensar a criação do direito e o seu desenvolvimento. Trata-se de refletir sobre o Direito de(as) Família(s) a partir da obra ehrlichiana.

PALAVRAS-CHAVE

Eugen Ehrlich. Direito vivo. Direito de(as) Família(s). Pluralismo. Constituição.

ABSTRACT

Eugen Ehrlich developed a proper way of understanding the legal phenomenon, which could be summed up in the idea that law is not restricted to legislation, but it lies in the dynamics of life, in social practices. Ehrlich emphasizes the factual-normative aspect of law, i.e. he does not understand law as a purely normative deductive process, but adds the factual dimension to the normativity inherent in the law. The family organization, essentially plural, needs new concepts capable of dealing with a new juridical phenomenon, consistent in the legal form of the new family arrangements. The constitutional normativity does not act alone, it interacts with the living law practiced within the new family associations. This new law, produced in the social dynamics, is recognized by Ehrlich as the law in its essence. Legal formalization, the transformation of the legal norm into legal precept depends on the work of the jurist. The new family arrangements, a portrait of an open society, in which individual freedom of choice prevails over tradition, requires a new way of thinking about the creation of law and its development. It is reflected about family (ies) law from the Ehrlichian work.

KEYWORDS

Eugen Ehrlich. Living Law. Family Law. Pluralism. Constitution.

* Mestranda em Direito (Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil, Paraná). Especialista em Direito Civil (Universidade Gama Filho, 2013), em Direito Constitucional (Universidade Gama Filho, 2013), em Direito Imobiliário (Universidade Gama Filho, 2013) e em Direito Notarial e Registral (Universidade Anhangüera – Uniderp, 2012). Graduada em Direito (Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Cascavel, 2010). Advogada.

** Professor do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil, Paraná. Pós-doutor em Direito (Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, Alemanha, 2010-2012). Anteriormente professor visitante nas Universidades de Bayreuth, Alemanha (2007), Wrocław, Polônia (2008 e 2010), Karaganda, Cazaquistão (2012), Salzburg, Austria (2014) e Lviv, Ucrânia (2015). Doutor em Direito Constitucional (Universidade Federal do Paraná – UFPR, 2003). Mestre em Direito Constitucional (Universidade Federal do Paraná – UFPR, 2000). Graduado em Direito pela Universidade Ceuma - UNICEUMA, 1999. Procurador Federal.





SUMÁRIO

Introdução. 1. O Conceito de Família no Código Civil e na Constituição Federal de 1988. 2. O Direito Vivo de Ehrlich. 3. Casos práticos à luz da obra ehrlichiana. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Quem atua no Direito de(as) Família(s) se depara cotidianamente com um fenômeno social cambiante que confere à organização social familiar o caráter de plural. Os novos arranjos familiares retratam a existência de uma sociedade aberta, na qual a liberdade individual de escolha prevalece sobre a tradição. Não se tem mais a existência de apenas um modelo de organização familiar.

Essa constatação fática não se traduz em preceitos jurídicos. O código civil, por exemplo, tem ainda como referência central o matrimônio. A legislação prioriza uma forma de organização familiar, a chamada “família matrimonializada”, que retrata, nas palavras de Dias, o “modelo convencional: um homem e uma mulher unidos pelo casamento e cercado de filhos”.¹

Tem-se claramente aqui um hiato que separa a realidade da legislação. A normatividade legal, resultante da incidência do código lícito/ilícito, dá lugar à chamada normatividade constitucional, fruto de uma avaliação muito mais abrangente, consistente no código constitucional/inconstitucional. Essa abertura constitucional confere à organização social familiar uma instância normativa superior que possibilita uma reflexão mais abrangente dos limites e das possibilidades da organização familiar em uma comunidade política em sentido lato que tem entre os seus fundamentos o pluralismo.

Esse plano normativo constitucional interage com o pluralismo por meio daquilo que

Eugen Ehrlich (1862-1922) chamou de “direito vivo”. A ênfase de Ehrlich ao direito que se dá na prática, aquele que de fato rege as relações humanas, se constitui no elemento normativo das organizações familiares plurais. Em alguma medida, a normatividade não se encontra apenas na estrutura aberta dos princípios constitucionais, mas na interação entre esses princípios e o direito que se dá na prática. Há sempre um direito à espera de legitimação constitucional. A normatividade dos princípios constitucionais serve de baliza para o direito vivo plural das sociedades abertas. Não há pluralismo sem Constituição, visto que o plural somente é possível no contexto do singular, há sempre uma singularidade que delimita a pluralidade.

O direito vivo ehrlichiano ao enfatizar a dimensão fática, sociológica do fenômeno jurídico, reconhece como direito inclusive, nas palavras de Ehrlich, o direito das associações ilegais. Essa questão deve ser vista com cautela, pois ainda que o direito vivo esteja fora da lei, ele não se encontra fora da Constituição. Portanto, aqui se faz necessário o filtro constitucional, pois em alguma medida o direito vivo reconhecido, será o direito vivo que esteja em sintonia com a Constituição. Assim, no campo dos arranjos familiares, por exemplo, em nome dos princípios constitucionais que protegem a criança, não seria possível imaginar a formação de uma entidade familiar envolvendo crianças, visto que o pluralismo das organizações familiares tem limites na ordem constitucional.

O presente texto procura refletir sobre essa temática. Trata-se de vincular o pensamento

¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 40.





ehrllichiano aos debates sobre as novas organizações familiares no contexto da ordem constitucional brasileira. A obra de Eugen Ehrlich se apresenta como uma possibilidade de reflexão conceitual sobre os novos arranjos familiares, de modo a instrumentalizar as reflexões sobre esse direito vivo que se desenvolve espontaneamente nas novas organizações familiares. O texto está estruturado em três tópicos, sendo que o primeiro revisa a matéria no plano normativo do Código Civil e da Constituição Federal de 1988, o segundo apresenta a noção ehrllichiana de direito vivo e o terceiro traz casos práticos analisados sob a ótica de Ehrlich.

1 O CONCEITO DE FAMÍLIA NO CÓDIGO CIVIL E NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O Código Civil de 2002 regulamenta o Direito de(as) Família(s) essencialmente na perspectiva do casamento e de seus diversos regimes patrimoniais. Tendo por referência central o matrimônio, a união estável recebeu disciplina em título apartado.²

O livro do Código Civil que trata do Direito de(as) Família(s) inicia-se com o artigo 1.511, que dispõe sobre o casamento e a cláusula geral de comunhão plena de vida: “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges.” A preocupação com a família matrimonializada é tamanha que o Código Civil lhe dedicou 110 artigos. Como bem observa Dias, a “sacralização

do casamento faz parecer que seja essa a única forma de constituir a família.”³

Essa “sacralização” do casamento é reforçada pela opção legislativa em disciplinar a união estável em título apartado (Título III do Código Civil) que, somada ao disposto no parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal⁴, poderia indicar a existência de uma hierarquização axiológica entre as entidades familiares reconhecidas no texto constitucional.

No entanto, o sistema constitucional confere à família, e não ao casamento, a especial proteção do Estado (artigo 226 da CF). Conquanto tenha reconhecido a existência de outras entidades familiares, além daquelas constituídas pelo casamento, inúmeros arranjos não foram elencados explicitamente no texto constitucional, o que poderia levar a crer, *a priori*, que não pudessem existir, ou que apenas existissem à margem da lei e da proteção legal⁵. Em razão da complexidade, riqueza e cambiabilidade das relações familiares na sociedade atual, o Direito de(as) Família(s) deveria ser regulamentado por meio de uma cláusula aberta, semelhante à utilizada pelo legislador constituinte no § 2º do artigo 5º da Constituição Federal, segundo o qual “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Da mesma forma, a legislação infraconstitucional deveria explicitar que as organizações familiares disciplinadas no Código não excluem outros

² O Direito de(as) Família(s) é disciplinado pelo Código Civil no Livro IV da Parte Especial (artigos 1.511 a 1.783), que priorizou o direito pessoal, regulamentado no Título I (artigos 1.511 a 1.638): casamento, separação e divórcio, proteção aos filhos, relações de parentesco, filiação e reconhecimento dos filhos, adoção e poder familiar. O Título II (artigos 1.639 a 1.722) trata do direito patrimonial: regime de bens, bens dos filhos, alimentos e bem de família. A união estável foi regulamentada no Título III (artigos 1.723 a 1.727). O Título IV (artigos 1.728 a 1.783) trata da tutela e da curatela.

³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. p. 148.

⁴ Art. 226. § 3º. Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.

⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Famílias paralelas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 108, p. 199-219, jan/dez, 2013.





modelos que estejam alinhados com os princípios constitucionais.

A ausência de disciplina legal de temas constitucionalmente consagrados como a pluralidade de entidades familiares e a inexistência de hierarquia axiológica entre elas, fez com que o Código Civil de 2002 sofresse duras críticas por parte da doutrina. Segundo Dias:

O Código Civil procurou atualizar os aspectos essenciais do direito de família. Mas não deu o passo mais ousado, ou seja, operar a subsunção, à moldura da norma civil, de construções familiares existentes desde sempre, embora completamente ignoradas pelo legislador infraconstitucional. (...) Desse modo, não se pode dizer que é um novo código – é um código antigo com um novo texto.⁶

Embora seja intuitivo identificar a família com a noção de casamento, união monogâmica e heterossexual entre duas pessoas, que se unem para gerar e cuidar dos filhos, essa visão de família passou por enormes transformações. Fatores como a emancipação feminina, o ingresso da mulher no mercado de trabalho e o afrouxamento dos laços entre Estado e igreja acarretaram uma profunda evolução social e a mutação do próprio conceito de família, que “se transformou em um caleidoscópio de relações que muda no tempo de sua constituição e se consolida em cada geração”.⁷

Com efeito, a mudança nas estruturas políticas, econômicas e sociais refletiu diretamente na conformação das relações interpessoais e na configuração da família, que se materializaram sem que a Lei tivesse tempo de prever e proteger os seus direitos. Hoje, o conceito de família demanda uma visão pluralista e não singular:

⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, p. 32.

⁷ *Ibid.*, p. 42.

⁸ *Ibid.*, p. 42.

⁹ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 7.

Nos dias de hoje, o que identifica a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo.⁸

No mesmo sentido, são os ensinamentos de Madaleno:

Não é admissível preordenar espécies estanques de unidade familiar e destiná-las como emissárias únicas da proteção estatal, quando a sociedade claramente acolhe outros dignificantes modelos de núcleos familiares e demonstra que aquelas previamente taxadas não espelham todo o alicerce social da família brasileira. A nova família foi desencarnada do seu precedente elemento biológico para ceder lugar aos vínculos psicológicos de afeto, consciente a sociedade que, na formação da pessoa humana, os valores como educação, o afeto e a comunicação contígua guardam muito mais importância do que o elo da hereditariedade.⁹

Basta um olhar para as relações interpessoais contemporâneas para perceber que a sua riqueza e complexidade se estenderam para além das fronteiras do Código Civil Brasileiro. Se a família atual ostenta um perfil diverso do delineado no referido *Codex*, a vedação constitucional ao *non liquet*¹⁰ atribui ao operador do Direito a tarefa de encontrar na doutrina e na jurisprudência soluções apropriadas para as novas demandas advindas do mosaico familiar brasileiro.

A Constituição Federal de 1988 operou significativas transformações no Direito de(as) Família(s) brasileiro, que podem ser evidenciadas a partir de três eixos: (i) a supremacia da dignidade da pessoa humana, lastreada no princípio da igualdade e da liberdade; (ii) o

¹⁰ *Non liquet* (do latim *non liquere*: “não está claro”) é uma expressão advinda do Direito Romano que se aplicava nos casos em que o juiz não encontrava nítida resposta jurídica para fazer o julgamento e, por isso, deixava de julgar





reconhecimento da existência de outras entidades familiares, além das constituídas pelo casamento (união estável e relação monoparental); e (iii) a igualdade no enfoque jurídico da filiação.

A dignidade da pessoa humana, erigida a fundamento da República pelo artigo 1º, III da Constituição Federal, consubstancia a base em que se estrutura o Direito de(as) Família(s) atual, que adquiriu uma nova roupagem a partir dos pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo. Nos dizeres de Fachin, “não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade.”¹¹

Como bem observa Lôbo, a concretização do macrop princípio da dignidade da pessoa humana demanda a liberdade de escolha: “consulta à dignidade da pessoa humana a liberdade de escolher e constituir a entidade familiar que melhor corresponda à sua realização existencial.”¹² Moraes destaca que “o princípio da liberdade individual se consubstancia, hoje, numa perspectiva de privacidade, de intimidade, de livre exercício da vida privada. Liberdade significa, cada vez mais, poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as escolhas individuais, mais, o próprio projeto de vida, exercendo-o como melhor lhe convier.”¹³

Nessa toada, o trio de entidades familiares elencadas expressamente no texto constitucional (casamento, união estável e relação monoparental) encerra um rol meramente exemplificativo, pois nas palavras de Madaleno:

Haveria um evidente equívoco imaginar pudesse o texto constitucional restringir sua proteção estatal exclusivamente ao casamento, união estável e relação monoparental, olvidando-se de sua função maior, de dar abrigo ao sistema democrático e garantir a felicidade através da plena realização dos integrantes de qualquer arquétipo de ente familiar, lastreado na consecução do afeto, pois, como prescreve a Carta Política, a família como base da sociedade, tem especial proteção do Estado (CF, art. 226) e um Estado Democrático de direito tem como parte integrante de seu fundamento e existência a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inc. III), que sob forma alguma pode ser taxada, restringida ou discriminada.¹⁴

E, à luz do princípio da dignidade humana, não poderia ser diferente. Como bem pondera Nevares:

Se todas as pessoas são igualmente dignas, e não há quem ouse negar esta afirmativa, não pode haver maior proteção para umas em detrimento de outras, pela escolha da forma de constituição da família, uma vez que todas as entidades familiares desempenham a mesma função, qual seja, promover o desenvolvimento de seus membros.¹⁵

Conquanto a Constituição Federal tenha conferido juridicidade expressa apenas às uniões estáveis heterossexuais, nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto pode ser excluída do abrigo constitucional. Como assinala Tepedino:

A dignidade da pessoa humana, alçada pelo art. 1º, III da Constituição Federal, a fundamento da República, dá conteúdo à proteção da família atribuída ao Estado pelo art. 226: é a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico de proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas do direito positivo,

¹¹ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*: Curso de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 10.

¹² LOBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades Familiares Constitucionalizadas*: para além do numerus clausus. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>> Acesso em: 06 mar. 2016.

¹³ MORAES, Maria Celina Bodin. O conceito de dignidade da pessoa humana: substrato axiológico e conteúdo

normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p. 43.

¹⁴ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*, p. 6.

¹⁵ NEVARES, Ana Luiza Maia. Entidades Familiares na Constituição: críticas à concepção hierarquizada. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira et al. (Coord.). *Diálogos sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 314-315.





em particular aquelas que disciplinam o indivíduo no social.¹⁶

Nessa perspectiva, a liberdade de escolha concretiza o princípio da dignidade da pessoa humana, tocando a cada um, individualmente, a escolha da entidade familiar que melhor corresponda à sua realização existencial, merecendo igual proteção do Estado. Nesse sentido também são as lições de Moraes:

Se a família, através da adequada interpretação dos dispositivos constitucionais, passa a ser entendida principalmente como instrumento, não há como se recusar tutela a outras formas de vínculos afetivos que, embora não previstos expressamente pelo legislador constitucional, se encontram identificados com a mesma *ratio*, com os mesmos fundamentos, a mesma qualidade e com a mesma função. Mais do que isto: a admissibilidade de outras formas de entidades familiares torna-se obrigatória, quando se considera a proibição de qualquer forma de discriminação entre as pessoas.¹⁷

O novo conceito de família abriga os mais diversos arranjos familiares que têm como elemento identificador o vínculo de afeto que une os seus integrantes, gera responsabilidades e comprometimentos mútuos. A noção de família-instituição, patriarcal, monogâmica e patrimonialista foi substituída pela noção de família-instrumento, ou seja, “ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado”¹⁸. Nesse sentido, Resende:

O afeto é que conjuga. Apesar da ideologia da família parental de origem patriarcal pensar o contrário, o fato é que não é requisito indispensável

para haver família que haja homem e mulher, nem pai e mãe. Há famílias só de homens ou só de mulheres, como também sem pai ou mãe. Ideologicamente, a atual Constituição brasileira, mesmo superando o patriarcalismo, ainda exige o parentalismo: o biparentalismo ou o monoparentalismo. Porém, no mundo dos fatos, uma entidade familiar forma-se por um afeto tal – tão forte e estreito, tão nítido e persistente, que hoje independe do sexo e até das relações sexuais, ainda que na origem histórica não tenha sido assim.¹⁹

Relevantes as observações de Gama, que ressalta a repersonalização da família a partir do valor do afeto, “não de qualquer relação afetiva, como pudesse alguém argumentar, mas de um afeto especial e complementar a uma relação de estabilidade, intenção de constituir um núcleo familiar, de proteção, solidariedade e interdependência econômica, tudo inserido em um projeto de vida em comum”²⁰.

Assim como a doutrina, a jurisprudência nacional também tem reconhecido o afeto como a nota frequente que identifica a constituição e o reconhecimento de uma entidade familiar. Nesse sentido, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal – STF na ADPF n. 132 e ADI n. 4.277, que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, conferindo ao artigo 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição Federal, para excluir do dispositivo legal todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. De igual forma decidiu o Superior Tribunal de Justiça – STJ no Resp. N. 1.183.378/RS, ao destacar serem múltiplos os arranjos familiares, não havendo como negar proteção estatal a qualquer família, independentemente de orientação sexual dos seus

¹⁶ TEPEDINO, Gustavo. Novas Formas de Entidades Familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no casamento. In: *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 372.

¹⁷ MORAES, Maria Celina Bodin. A Família Democrática. In: *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo: Thomson IOB, 2005. p. 1.059.

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. p. 43.

¹⁹ BARROS, Sérgio Resende. A ideologia do afeto. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, Síntese e IBDFAM, v. 14, 2002. p. 6/7.

²⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios Constitucionais de Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 25.





participes, pois todas possuem os mesmos núcleos axiológicos da dignidade das pessoas de seus membros e o afeto.

A inquestionável dinâmica das relações interpessoais quebrou a rigidez dos arquétipos familiares típicos, em especial aquele centrado no casamento, e permitiu se desenvolvessem novos modelos familiares, como famílias monoparentais, anaparentais, homoafetivas, recompostas, simultâneas e tantos outros que pode se supor existam no seio da sociedade.

As relações familiares desenvolvem-se no cotidiano e acompanham a marcha da vida. Assim, dificilmente a legislação vai lograr êxito em acompanhar a evolução social e regulamentar toda a multiplicidade de arranjos interpessoais que podem se apresentar como verdadeiras entidades familiares. Cabe ao operador do direito a tarefa de não cerrar os olhos à realidade humana e às mudanças sociais relevantes que, sem dúvida, têm produzido reflexos na história das famílias, exatamente como ela é, pois, como assinala Ehrlich:

Não se discute aqui se a lei perdeu o domínio sobre a vida ou talvez nunca o tenha possuído, se a vida evoluiu para além da lei ou nunca tenha correspondido a ela. Também aqui a ciência como doutrina do Direito cumpre mal a sua tarefa se ela se limita a descrever o que a lei prescreve e não o que de fato acontece.²¹

A legislação tem se mostrado incapaz de acompanhar essa evolução, cabendo ao operador do Direito estabelecer o liame imprescindível entre as expectativas sociais e o ordenamento jurídico, para garantir a justiça e a dignidade dos membros desses arranjos familiares. Esse verdadeiro mosaico familiar confere ao operador do Direito o substrato para buscar o Direito Vivo,

aquele que emana das relações estabelecidas entre as pessoas no mundo real e que merece a proteção do Estado.

2 O DIREITO VIVO DE EHRLICH

Eugen Ehrlich, o jurista austríaco da Bukowina, considerado um dos fundadores da Sociologia do Direito, desenvolveu um modo próprio de compreender o fenômeno jurídico, o qual poderia ser resumido na ideia de que o direito não se encontra preso na legislação, mas está na dinâmica da vida, nas práticas sociais.

No famoso debate com Kelsen acerca da natureza da ciência jurídica, Ehrlich responde a Kelsen dizendo que o objeto das suas pesquisas é o estudo de como o direito surge na sociedade e como ele se condensa em preceitos jurídicos na jurisprudência e na legislação.²²

Ehrlich dá ênfase, nesse sentido, ao aspecto fático-normativo do direito, ou seja, ele não entende o direito como um processo meramente normativo dedutivo, mas agrega à normatividade inerente ao direito a dimensão fática. Observe-se que as discussões entre os dois grandes juristas acerca da distinção entre “ser” e “dever ser” demonstra como Ehrlich tem um modo particular de compreender a dimensão normativa do direito. Para Kelsen, Ehrlich operou um *Sinkretismus der Methoden*, uma confusão entre jurisprudência normativa e sociologia jurídica explicativa, pois o direito, de um lado, pode ser compreendido como norma, como uma ciência jurídica dedutiva (jurisprudência normativa) e, de outro, como parte da realidade social, como fato ou fenômeno, o qual se compreende em um caminho indutivo e é explicado pela lei da causa e efeito (sociologia jurídica explicativa).²³

²¹ EHRLICH, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Trad. de René Ernani Gertz. Brasília: Editora da UNB, 1986. p. 375.

²² EHRLICH, Eugen. Entgegnung. In. *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, v. 41, Tübingen: Mohr (Paul Siebeck), 1916. p. 64-65. Publicação constante de:

KELSEN, Hans; EHRLICH, Eugen. *Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Kontroverse (1915/17)*. Baden-Baden: Nomos, 2003. p. 55-65.

²³ KELSEN, Hans. Eine Grundlegung der Rechtssoziologie, *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, v. 39, Tübingen: Mohr (Paul Siebeck), 1915, p. 4-5. Publicação





Segundo Ehrlich, Kelsen retira de sua obra apenas a sentença de que uma regra do agir seria evidentemente uma regra, que não apenas age, mas também deve agir. Essa afirmação para Ehrlich não necessita de nenhum reparo, visto que as regras do agir não apenas, costumeiramente, determinam, de fato, a nossa vontade, mas também devem determinar.²⁴ Kelsen retoma a crítica nesse aspecto na *Replik*, que é respondida por Ehrlich no mesmo sentido, ou seja, de que as regras do agir são em sua forma e em seu conteúdo normas, comandos e proibições abstratas, que se encontram nas associações e são dirigidas aos membros das associações.²⁵

Na essência, a distinção entre Ehrlich e Kelsen se encontra no fato de que Kelsen reduz o direito à norma jurídica estatal, ao direito positivado na lei. Ehrlich não compartilha desse entendimento, pois entende que o direito não provém do Estado, apenas uma pequena parte dele, o direito estatal, decorre verdadeiramente do Estado. O direito é uma ordem de comportamentos habituais, tem íntima relação com a sociedade. O direito é um fenômeno social, tem origem no clã ou na comunidade doméstica. A maior parte da vida jurídica se desenvolve longe o Estado, dos órgãos estatais e do direito estatal. Trata-se aqui do direito vivo, um conceito central na obra de Ehrlich.

Segundo Ehrlich, o direito legislado não reflete a realidade da vida:

Nossos Códigos sempre estão sintonizados com uma época muito anterior à contemporânea e toda a arte jurídica do mundo não seria capaz de retirar deles o verdadeiro direito de seu tempo, simplesmente pelo

fato de que eles não o contêm. As relações jurídicas com que lidam são tão inigualavelmente mais ricas, complexas e cambiantes do que antes, que a própria ideia de esgotá-las em um Código seria uma monstruosidade. Querer aprisionar o direito de uma época ou de um povo nos parágrafos de um Código corresponde mais ou menos a querer represar um grande rio num açude: o que entra não é mais correnteza viva, mas água morta e muita coisa simplesmente não entra.²⁶

Para Ehrlich, o direito vivo “é aquele que, apesar de não fixado em prescrições jurídicas, domina a vida.”²⁷ O direito vivo “são as regras vinculantes que as pessoas voluntariamente observam na convivência social”.²⁸ É o direito que emana das relações estabelecidas entre as pessoas no mundo real, de acordo com as necessidades que surgem no dia a dia e com os costumes aceitos pela sociedade em que se vive, independentemente de estarem ou não positivados, de serem ou não autorizados por lei.

O Professor de Czernowitz sugere que a tarefa do operador do Direito é o estudo dos hábitos, das relações jurídicas, dos contratos, dos estatutos, das declarações de última vontade, para extrair as regras do agir que orientam as pessoas, o direito vivo, que é a base da ordem legal da sociedade humana: “a observação viva da realidade é a melhor fonte dos conceitos jurídicos”.²⁹

Ehrlich não rechaça a importância do direito legislado, em especial em decorrência do papel do próprio Estado nas sociedades modernas:

Evidentemente seria uma ideia infantil querer desistir totalmente da legalização do direito dos juristas. O direito científico e o dos juízes superam o direito legal em riqueza, maleabilidade; mas, numa

constante de: KELSEN, Hans; EHRLICH, Eugen. *Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Kontroverse (1915/17)*. Baden-Baden: Nomos, 2003. p. 1-54.

²⁴ EHRLICH, Eugen. *Entgegnung*, p. 57-58.

²⁵ Id., *Replik*, *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, v. 42, Tübingen: Mohr (Paul Siebeck), 1916/1917. p. 76. Publicação constante de: KELSEN, Hans; EHRLICH, Eugen. *Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Kontroverse (1915/17)*. Baden-Baden: Nomos, 2003. p. 73-76.

²⁶ EHRLICH, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito*. p. 374.

²⁷ *Ibid.*, p. 384.

²⁸ EHRLICH, Eugen. *Gesetz und lebendes Recht*. In: REHBINDER, Manfred (Org.). *Vermischte kleinere Schriften*. Berlin: Duncker & Humblot, 1986. p. 233.

²⁹ EHRLICH, Eugen. *Die juristische Logik*. 2. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 1925. p. 128.





fase superior de evolução, a humanidade é confrontada com uma série de tarefas na vida jurídica que, ao menos na atual constituição social, só podem ser resolvidas pelo Estado.³⁰

Especificamente sobre o Direito de Família, Ehrlich ressalta a contradição entre a ordem familiar realmente existente e a que os códigos exigem, afirmando que “também neste caso o direito vigente não reproduz o quadro mais pálido daquilo que realmente acontece na vida”.³¹

A atualidade do pensamento de Ehrlich encontra-se na ponte possível de ser realizada com o Direito Constitucional, em especial, com a chamada racionalidade jurídica normativa³² decorrente dos princípios constitucionais que irradiam a vinculatividade do direito para muito além do poder normativo regulamentar dos órgãos estatais, legitimando como direito a produção jurídica decorrente dos próprios sujeitos do direito.

O direito vivo ehrlichiano expressa a força da sociedade, demonstra a existência de uma ordem democrática livre. No entanto, ele deve ser visto e interpretado no contexto da ordem constitucional:

Essa filtragem constitucional em algum sentido servirá de critério para definir o conteúdo jurídico de uma norma social, pois no contexto da ordem constitucional, a qualificação como norma jurídica de algo que não está previsto na lei passa a ser feita pelo Tribunal Constitucional quando esse reconhece, no contexto do pluralismo da sociedade atual, que determinada prática social, que imprime uma condução de vida regida por uma norma que se observa no dia-a-dia, que resulta da prática social, deve ter sua legitimidade jurídica reconhecida pela

Constituição, visto que concretiza princípios constitucionais, garantidos como normas jurídicas de conteúdo aberto. Essa compreensão atualiza Ehrlich e vai além dele, pois relaciona a sua obra com a jurisdição constitucional, um campo de reflexão normativa do Direito mais abrangente e mais sensível à dimensão dinâmica da construção dos conceitos jurídicos em uma sociedade plural.³³

O reconhecimento da atualidade do conceito ehrlichiano de direito vivo tem no direito de família, ou no direito das famílias, melhor dizendo, um dos seus melhores exemplos:

A releitura do direito civil à luz do direito constitucional propicia uma renovação da dogmática civilista que faz emergir um direito de família vivo, que até então era ignorado pelo direito legislado. Note-se que o reconhecimento desse direito vivo é feito no quadro da ordem constitucional, com referência a princípios constitucionais como dignidade da pessoa humana, solidariedade, igualdade substancial, liberdade e democracia.³⁴

Assim, pode-se afirmar que o cenário atual do Direito de(as) Família(s) brasileiro representa um vasto campo de pesquisa do qual se pode extrair o direito vivo pois, como assinala Ehrlich “Savigny tinha razão, quando pensava que o direito – e o direito para ele consistia predominantemente na prescrição jurídica – só podia ser explicado a partir de seu contexto histórico; o contexto histórico, porém, não se localiza em um passado remoto, mas no presente, no qual a prescrição jurídica se desenvolve”.³⁵

Observe-se que não se trata aqui de trabalhar com o tradicional recurso às ficções jurídicas, como sempre criticou Ehrlich, o recurso de adequar o código à realidade.³⁶ Trata-se de

³⁰ EHRlich, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Trad. De René Ernani Gertz. Brasília: Editora da UNB, 1986. p. 145.

³¹ *Ibid.*, p. 377.

³² Sobre a diferença entre racionalidade jurídica material, racionalidade jurídica formal e racionalidade jurídica normativa, ver MALISKA, Marcos Augusto. *Pluralismo Jurídico e Direito Moderno: notas para pensar a racionalidade jurídica na modernidade*. Curitiba: Juruá, 2000. p. 125-128.

³³ MALISKA, Marcos Augusto. *Introdução à sociologia do direito de Eugen Ehrlich: aportes para uma reflexão atual sobre pluralismo e constituição*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015. p. 139.

³⁴ MALISKA, Marcos Augusto. *Introdução à sociologia do direito de Eugen Ehrlich*. p. 143-144.

³⁵ EHRlich, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Trad. De René Ernani Gertz. Brasília: Editora da UNB, 1986. p. 384.

³⁶ Ehrlich cita o exemplo do Código Civil Francês vigente na sua época. No código consta que a mulher casada





compreender o direito como ele de fato é, trata-se de realçar o direito vivo, aquele que domina a vida.

3 CASOS PRÁTICOS À LUZ DA OBRA EHRLICHIANA

No julgamento conjunto da ADPF nº 132 e da ADI nº 4.277, o STF consolidou a jurisprudência que já vinha sendo assentada por diversos tribunais brasileiros e reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe os devidos efeitos jurídicos. Ao impor efeito vinculante e declarar a obrigatoriedade do reconhecimento como entidade familiar da união entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos os mesmos pressupostos exigidos para a constituição da união heterossexual, o STF estendeu com idêntica eficácia vinculante os mesmos direitos e deveres aos companheiros do mesmo sexo, assegurando aos companheiros homoafetivos os direitos elencados no livro de Direito de(as) Família(s) do Código Civil brasileiro.

Decisões judiciais reconhecendo direitos às uniões paralelas ao casamento ou correlatas a uma união afetiva têm sido cada vez mais frequentes, perfilhando todos os direitos pertinentes ao casamento. Em caso de ruptura da relação conjugal, alguns julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul transmudaram a meação em triação, ou seja, determinou-se a divisão do patrimônio entre três pessoas, à razão de um terço dos bens para cada partícipe desse triângulo amoroso estável, além da divisão da previdência social entre a esposa e a companheira, ou o duplo pagamento de pensão alimentícia.³⁷

necessita da autorização do marido para fazer pequenos negócios. Mas quem já teve a oportunidade de estar na França sabe o quanto a mulher francesa se movimenta livremente e o quanto essa disposição legal não retrata a vida do direito nesse país. No entanto, para harmonizar a lei com a realidade da vida, os Tribunais franceses reconheceram os negócios como válidos a partir de uma fictícia autorização do marido (*autorisation maritale*

O juízo da 4ª Vara de Família e Sucessões de Manaus reconheceu a união estável entre um homem e duas mulheres. Segundo a decisão, "o Direito passou a proteger todas as formas de família, não apenas aquelas constituídas pelo casamento, o que significou uma grande evolução na ordem jurídica brasileira, impulsionada pela própria realidade. Deixar de reconhecê-las (as famílias simultâneas) não fará com que deixem de existir. Não se pode permitir que em nome da moral se ignore a ética, assim como que dogmas culturais e religiosos ocupem o lugar da Justiça até porque o Estado brasileiro é laico, segundo a Constituição Federal"³⁸.

A multiparentalidade ou pluriparentalidade é outro exemplo de fato social que vem recebendo reconhecimento jurídico pela via jurisprudencial. Nessa direção, o Acórdão na Apelação Cível 0006422-26.2011.8.26.2011.8.26.0286 proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconhecendo a filiação sócio afetiva, determinou a inscrição do nome da adotante no assento de Registro Civil de nascimento do adotado, para além do registro da mãe biológica, falecida três dias após o parto. No mesmo sentido, a decisão proferida pelo Juízo da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Cascavel/PR, nos Autos n. 0038958-54.2012.8.16.0021, que afirmando a pluralidade dos modelos familiares dos nossos tempos, de famílias reconstituídas, em que crianças e adolescentes acabam, na vida real, tendo dois pais ou duas mães, reconheceu a dupla paternidade e determinou a inscrição do nome do adotante como pai no Registro Civil, sem prejuízo do registro do pai e mãe biológicos, em atenção ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

tacite). EHRLICH, Eugen. *Gesetz und lebendes Recht*. In: *Gesetz und lebendes Recht*. p. 233.

³⁷ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 17.

³⁸ Disponível em:

<<http://www.ibdfam.org.br/noticias/4995/novosite>>. Acesso em: 12 mar. 2016.





Esses casos aqui referidos inserem-se naquilo que Ehrlich designa de “direito vivo”, o direito que independente do direito legislado, domina a vida, conduz o agir das pessoas. Trata-se do reconhecimento do direito vivo ehrlichiano, do direito que realmente regula a vida das pessoas. No primeiro caso, da união homoafetiva, não obstante a restrição legislativa regulamentar ao conceito de união estável, o STF reconheceu como direito legítimo a prática da união homoafetiva como entidade familiar. O marco jurídico constitucional legitimou como direito um direito que não estava prescrito na lei, mas decorria das práticas sociais, da forma como a sociedade se autorregula. Tem-se aqui o reconhecimento da legitimidade do direito produzido socialmente, do direito que determina a ação das pessoas. O quadro normativo legal (lícito/ilícito) é substituído pelo quadro jurídico mais abrangente da normatividade constitucional (constitucional/inconstitucional).

De igual forma, as uniões paralelas ao casamento ou correlatas a uma união afetiva implicam no reconhecimento da supremacia do direito, como ele se dá na prática, sobre o direito legislado. O direito fixado na lei é substituído pelo direito, para usar a terminologia ehrlichiana, das “normas jurídicas”³⁹.

Os novos arranjos familiares, fruto da existência de uma sociedade livre, implicam em novas formas jurídicas, que primeiro existem no plano dos fatos para depois se cristalizarem em preceitos jurídicos, sejam sob a forma de leis propriamente, sejam sob a forma de decisões judiciais. Aqui, por certo, tem-se o papel do jurista, que para Ehrlich é muito mais nobre do que a mera função de proceder ao processo de subsunção do fato à norma. O jurista dá forma jurídica ao direito criado pela sociedade. O

desenvolvimento do direito romano e do direito inglês, segundo Ehrlich, é obra dos juristas romanos e ingleses. Os juristas ingleses, mais romanos que os romanistas, segundo Maitland, fecharam-se tenazmente à influência do direito romano e assim puderam desenvolver um direito próprio, fruto da abstração de seu próprio direito vivo e não resultado da incorporação de prescrições jurídicas desenvolvidas em outro contexto histórico e social, como se deu com o direito romano na Europa continental.

Note-se que essa visão do direito ganha cada vez mais espaço na jurisprudência e na doutrina brasileiras, seja sob o ponto de vista da abertura normativa do texto constitucional, seja em razão da importância cada vez maior do jeito anglo saxão de pensar o direito. Nesse cenário, a obra ehrlichiana tem muito a dizer, pois Eugen Ehrlich pensou as formas de produção do direito, os sistemas alternativos ao direito legislado em uma época que dominava o positivismo. Assim, o resgate de seus conceitos não se revela apenas pertinente para a sociologia jurídica propriamente, mas também possui importância prática para a dogmática do direito, tanto do direito constitucional, que necessita interagir com os diversos ramos do direito e se confrontar com o direito realizado na prática, como de todos os ramos do direito, que não encontram no texto legislado tudo que procuram.

CONCLUSÃO

As relações familiares desenvolvem-se no cotidiano e acompanham a marcha da vida; A sociedade e a família apresentam contornos que, longe de serem estáticos, mostram-se em constante mutação. Em razão da pluralidade de relações familiares na sociedade atual,

³⁹ Segundo Ehrlich a norma jurídica difere-se do preceito jurídico, porque aquela é o direito empírico, aquele praticado nas associações, que independe da determinação legal. O preceito jurídico, por sua vez, é o que emana do

Estado por meio dos mecanismos formais de criação jurídica estatal. EHRlich, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Trad. De René Ernani Gertz. Brasília: Editora da UNB, 1986. p. 36.





dificilmente a legislação consegue regulamentar toda a multiplicidade de arranjos interpessoais que podem se apresentar como verdadeiras entidades familiares. Cabe ao jurista a tarefa de não cerrar os olhos à realidade humana e às mudanças sociais relevantes que, sem dúvida, têm produzido reflexos na história das famílias.

Nessa perspectiva, os ensinamentos Ehrlich, embora de longa data, revelam-se atuais e relevantes para compreender o direito contemporâneo que, marcado pelo pluralismo, apresenta a impossibilidade de plena regulamentação de todas as relações jurídicas dignas de tutela.

Nesse viés, o direito vivo ehrlichiano corrobora com o Direito Constitucional

contemporâneo, que tem como figura central a pessoa humana e a concretização de sua dignidade. Essa percepção da importância das práticas sociais apresenta especial relevância no Direito de(as) Família(s), pois este, pautado essencialmente no afeto, não pode ficar aprisionado a modelos previamente concebidos pela legislação.

Nesse cenário, a atuação do jurista tem se mostrado essencial no estabelecimento da ponte entre o cotidiano da vida, os anseios da sociedade e o direito, assegurando em cada decisão que reconhece juridicamente o direito vivo, a concretização da dignidade da pessoa humana dos envolvidos.

REFERÊNCIAS

BARROS, Sérgio Resende. A ideologia do afeto. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, Síntese e IBDFAM, v. 14, 2002.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

EHRlich, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Trad. de René Ernani Gertz. Brasília: Editora da UNB, 1986.

_____. Entgegnung. *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, v. 41, Tübingen: Mohr (Paul Siebeck), 1916.

_____. Replik. *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, v. 42, Tübingen: Mohr (Paul Siebeck), 1916/1917.

_____. *Gesetz und lebendes Recht. Vermischte kleinere Schriften*. Manfred Rehbinder (Org.). Berlin: Duncker & Humblot, 1986.

_____. *Die juristische Logik*. 2. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 1925.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família: curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios Constitucionais de Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2008.





HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Famílias paralelas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 108, p. 199-219, jan/dez, 2013.

KELSEN, Hans; EHRLICH, Eugen. *Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Kontroverse (1915/17)*. Baden-Baden: Nomos, 2003.

_____. Eine Grundlegung der Rechtssoziologie. *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, v. 39. Tübingen: Mohr (Paul Siebeck), 1915.

LOBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>> Acesso em: 06 mar. 2016.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MALISKA, Marcos Augusto. *Pluralismo Jurídico e Direito Moderno. Notas para pensar a racionalidade jurídica na modernidade*. Curitiba: Juruá, 2000.

_____. *Introdução à sociologia do direito de Eugen Ehrlich: aportes para uma reflexão atual sobre pluralismo e constituição*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

MORAES, Maria Celina Bodin. A Família Democrática. In: *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo: Thomson IOB, 2005.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira et al. (Coord.). *Diálogos sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Recebido em: 15/12/2016

Aceito em: 30/01/2016



