



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ - UENP
FACULDADE ESTADUAL DE DIREITO DO NORTE PIONEIRO
Campus de Jacarezinho

PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

**Novos Parâmetros Familiares: O Despertar de Outra
Visão do Judiciário**

Glauka Cristina Archangelo da Silva

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Hildegard Taggesell Gistori



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ - UENP
FACULDADE ESTADUAL DE DIREITO DO NORTE PIONEIRO
Campus de Jacarezinho

PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

Novos Parâmetros Familiares: O Despertar de Outra Visão do Judiciário

Glauka Cristina Archangelo da Silva.

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, como requisito final para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Hildegard Taggesell Gistori

FOLHA DE APROVAÇÃO

Glauka Cristina Archangelo da Silva

**Novos Parâmetros Familiares: O Despertar de Outra
Visão do Judiciário**

Jacarezinho, ____/____ de 2010.

Dr.^a Hildegard Taggesell Gistori - UENP

Dr.^o Maurício Gonçalves Saliba - UENP

Dr.^o Edinilson Donisete Machado - UNIVEM

DEDICATÓRIA

Aos meus filhos João Pedro e João Vitor, em suas vidas posso contemplar o milagre da vida todos os dias, razão pela qual não me permito esmorecer jamais!

AGRADECIMENTOS

A Deus, que, nesta caminhada, não só me deu a mão, mas em muitos momentos me carregou no colo.

A minha família, sem a qual não chegaria ao final deste trabalho, em especial a minha mãe para a qual não encontro palavras de agradecimento.

Aos meus filhos João Pedro e João Vitor que me ensinaram o que é o amor incondicional.

A todos os amigos do mestrado e fora dele, pelo apoio ímpar que me deram e que não me atrevo a mencionar nomes, sob pena de cometer a injustiça de me esquecer de alguém

A minha orientadora Prof.^a Dr.^a Hildegard, pelos ensinamentos e zelo na condução deste trabalho e ainda pela inesquecível lição de vida que me transmitiu.

A Natalina pela sua dedicação e carinho.

Finalmente um agradecimento especial ao Dr.^o Vladimir Brega Filho, coordenador do curso de mestrado e meu mestre, ao qual devo todo meu desenvolvimento acadêmico, em virtude de seu constante apoio e estímulo.

EPÍGRAFE

Requerem, ao final, confirmando-se a tutela antecipada, seja acolhida a pretensão para declarar que é o amor a matriz de toda a descendência do afeto que, como alimento perene, deve governar as relações familiares.

Luiz Edson Fachin

RESUMO

O presente trabalho se desenvolveu através da constatação de que a sociedade brasileira no que diz respeito a família, vem passando por diversas alterações e que o modelo familiar matrimonializado patriarcal, há muito já não atende aos interesses da mesma, o que vem acarretando significativas modificações. As transformações afetam sua composição, estrutura e aspecto perante seus membros o Direito de Família retratava uma realidade patrimonialista e machista, e nesse sentido, o casamento era a única forma de se constituir uma família autêntica legitimadora dos filhos comuns, nascidos ou concebidos nele e, por outro lado, justificadora do tratamento desigual dado aos filhos nascidos fora deste. Essa família não era inspirada na proteção das pessoas, mas sim em virtude do patrimônio familiar. A Constituição Federal de 1988 traz como fundamento a dignidade da pessoa humana. Desse modo, os seres humanos são colocados no centro de todo ordenamento jurídico, sendo sujeitos dos acontecimentos que os rodeiam, possuidores de vontades e desejos. A constitucionalização do Direito Privado realça o cenário da pluralidade da nossa sociedade e as diversidades dos relacionamentos familiares passam a ser lidos pelo texto constitucional, no momento em que a Constituição se torna o centro do sistema jurídico, passando a ser o foco axiológico pelo qual se deve ler o direito civil. A metodologia consistiu em pesquisa bibliográfica de obras relevantes para a temática, análise de documentos, leis e declarações e consulta a arquivos privados. Essa metodologia permitiu constatar que esta mudança de paradigma abre a possibilidade da aceitação de novas formas de constituições familiares. Atualmente as famílias são valorizadas por comporem um núcleo de afeto de extrema importância para seus membros e conseqüentemente para toda a sociedade. Desta feita procura-se mostrar que as constituições familiares homoafetivas, simultânea, reconstituídas e solidárias, devem ser acompanhadas de total respaldo da legislação brasileira, a fim de que todos os possíveis modelos familiares retratados no mundo fático sejam traduzidos em relações jurídicas. Pelo que se compreende que frente a uma sociedade pluralista como a nossa, não há como o Estado impor um modelo, baseado em valores já ultrapassados.

Palavras-chave: pluralidade familiar; dignidade da pessoa humana; constitucionalização do direito privado; afeto.

ABSTRACT

This work was developed through the verification that the Brazilian society, concerning the family, has undergone several changes and that the patriarchal matrimony family model, a long time has not been serving the interests of the same, which has been causing significant alterations. The changes affect its composition, structure and aspect among its members. The Family Law portrayed a patrimonialist and sexist reality, and according to this, marriage was the only way to constitute an authentic family able to legitimize common children, born or conceived in it, and, on the other hand, justified the unequal treatment given to children born out of the matrimony. This family was not inspired on the protection of the people, but because of the family estate. The Constitution of 1988 is grounded on the human dignity. Thus, humans are placed in the center of all the laws, being subject of the events that surround them, possessed of wills and desires. The constitutionalization of Private Law stresses the scene of the plurality of our society and the diversity of family relationships render to be read by the constitutional text at the moment that the Constitution becomes the center of the legal system, becoming the axiological focus by which must be read the Civil Law. The adopted methodology consisted of bibliographic research of relevant works to the subject, analysis of documents, laws and declarations and consultation to private files. This methodology has allowed verifying that paradigm shift opens up the possibility of acceptance of new forms of family constitutions. Currently, families are valued for composing a great importance core of affection to its members and consequently to the whole society. Thus, it attempts to show that homosexual family constitution, simultaneous, reconstructed and solidary, must be accompanied by total support of Brazilian law, so that all the possible family models portrayed in the real world be translated into juridical relations. In view of a pluralistic society like ours, there is no way the State imposes a model based on outdated values.

Keywords: family diversity, human dignity; constitutionalization of private law; affection.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E LEGISLATIVA.....	15
1.1 A origem da família.....	15
1.2 A origem da família no Brasil.....	18
1.3 A família brasileira atual apresentada pelos dados estatísticos do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas.....	22
1.4 Evolução legislativa.....	24
1.5 O Estatuto das Famílias	28
1.6 A instalação de uma nova ordem jurídica: a democratização da família.....	31
2 MUDANÇAS NA ESTRUTURA DA ORGANIZAÇÃO FAMILIAR	38
2.1 A derrocada do patriarcalismo como marco do surgimento de uma nova família.....	38
2.2 A família e os efeitos da globalização	44
3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA FAMÍLIA E A SUA LEITURA NO TEXTO CONSTITUCIONAL.....	52
3.1 O Constitucionalismo.....	52
3.1.1 O Constitucionalismo e a Efetividade dos Princípios no Direito de Família.....	54
3.2 Princípios no Direito de Família.....	61
a) O Afeto como Princípio Basilar	64
b) Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	73
c) Princípio da Igualdade e Respeito às Diferenças.....	75
d) Princípio do Melhor Interesse da Criança	78
e) Princípio da Menor Intervenção do Estado	83
f) Princípio da Solidariedade Familiar.....	85
4 A PLURALIDADE FAMILIAR: NOVAS ENTIDADES FAMILIARES.....	90
4.1 As famílias elencadas na Constituição de 1988.....	90
4.2 Conceitos de família	91
4.3 Família tradicional e família plural	98
4.3.1 A família homoafetiva.....	100
4.3.2 A família simultânea	106
4.3.3 A família reconstituída.....	113
4.3.4 A família solidária	117
CONSIDERAÇÕES FINAIS	120
REFERÊNCIAS.....	124

INTRODUÇÃO

O catalizador do presente trabalho foi a constatação de que a sociedade brasileira no que diz respeito a família, vem passando por diversas alterações e que o modelo familiar matrimonializado patriarcal, há muito já não atende aos interesses da mesma, o que vem acarretando significativas modificações. As transformações afetam sua composição, estrutura e aspecto perante seus membros.

A guisa de uma breve apresentação da família em sua feição inicial precisamos mencionar que as primeiras formações familiares eram constituídas por tribos, não se firmavam em relações individuais e o sexo acontecia de maneira irrestrita, entre todos os seus membros. Assim, essas células eram matriarcais, marcadas pela presença da mãe que alimentava e cuidava dos filhos, vez que esta era sempre certa, enquanto que o pai era desconhecido.

A sociedade se organiza e, o homem desde o Direito Romano torna-se o chefe do seu grupo (*paterfamilias*). Nesta roupagem funda-se a família ocidental, calcada no poder paterno, acompanhada pela autoridade marital. Essas características se apresentavam nos textos sagrados de Bramanas e Sutras. O pai era o responsável pelas ações do grupo familiar frente à sociedade.

Com o surgimento do Cristianismo, o discurso dominante se altera e a mulher passa a ser companheira de seu marido e com o discurso da igualdade e do amor ao próximo instala-se um freio à autoridade do homem, tornando o casamento uma instituição divina e monogâmica.

A mensagem cristã foi logo reinterpretada, sobre o raciocínio de que, como o homem havia dado origem à mulher, este continuava a ser o chefe do casal e estaria imbuído de todos os poderes sobre a mesma e sobre a prole.

O surgimento da burguesia converte a família em um importante fator econômico de produção, sendo criadas nos lares pequenas oficinas, nas quais o aprendizado de uma profissão passava de pai para filho.

Com o advento da Revolução Industrial, a família perde os contornos de unidade de produção, tornando-se uma instituição para desenvolvimento dos valores morais, afetivos, espirituais e de assistência recíproca entre seus membros.

No Brasil os Jesuítas foram os responsáveis pela tentativa da implantação do modelo familiar europeu: a família nuclear e monogâmica, contrariando a formação da família indígena caracterizada por uma família numerosa e poligâmica.

Composição familiar esta presente até os dias atuais em algumas tribos indígenas brasileiras.

No decorrer da colonização a família rural se tornou predominante, sendo esta integrada por numerosa descendência, matrimonializada, consanguínea e patriarcal que inspirou o Código Civil de 1916.

O diploma legal de 1916 pretendeu regulamentar todas as relações jurídicas do Direito Civil em um único instrumento. O Código, assim, refletia o pensamento social do início do século XX, pretendendo prever todas as hipóteses fáticas das relações jurídicas e seus respectivos remédios ou sanções.

Os sentimentos patrimonialista, individualista e contratualista marcavam presença no Código anterior. Prevaleciam as figuras do marido, do contratante e do proprietário.

O Direito de Família retratava esta realidade patrimonialista e machista, e nesse sentido, o casamento era a única forma de se constituir uma família autêntica legitimadora dos filhos comuns, nascidos ou concebidos nele e, por outro lado, justificadora do tratamento desigual dado aos filhos nascidos fora deste. Essa família não era inspirada na proteção das pessoas, mas sim em virtude do patrimônio familiar.

Os movimentos feministas na segunda metade do século XX buscaram igualdade de direitos entre ambos os sexos, tendo como bandeira a defesa da desigualdade e da opressão à mulher.

Todos estes fatos: o pós-guerra, a revolução sexual, o declínio do patriarcalismo e o acesso da mulher ao mercado de trabalho tiveram repercussão direta na família.

No Brasil a evolução do Direito de Família se deu através da promulgação de diversas leis especiais como o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62) e do Divórcio (Lei nº 6.515/77).

Em relação à Constituição, a família nela se insere em 1934, juntamente com a instituição do Estado Social, que previa proteção a família matrimonializada e consagrava a indissolubilidade do vínculo. Sua preservação como instituição supera a vontade de seus integrantes. Independentemente de estes quererem ou não, eram obrigados a permanecerem casados.

A Constituição Federal de 1988 traz como fundamento a dignidade da pessoa humana. Desse modo, os seres humanos são colocados no centro de todo

ordenamento jurídico, sendo sujeitos dos acontecimentos que os rodeiam, possuidores de vontades e desejos.

A constitucionalização do Direito Privado realça o cenário da pluralidade da nossa sociedade e as diversidades dos relacionamentos familiares passam a ser lidos pelo texto constitucional.

Uma possível crise da família, a sua pluralidade e a produção dos efeitos jurídicos, parecem ser um dos grandes problemas do mundo contemporâneo, o que faz com que estudiosos pertencentes às diferentes áreas do saber se debrucem sobre o assunto que será tratado neste trabalho. A introdução de outras ciências no estudo do direito de família, como a sociologia, a psicologia e a psicanálise, puderam trazer novos conceitos para interpretação dos valores familiares. O positivismo e o dogmatismo deram lugar a novas considerações, como em relação aos sentimentos de afetividade e sexualidade por exemplo.

Na divisão do trabalho apresentaremos no primeiro capítulo uma breve exposição da evolução histórica e legislativa da família. Falaremos dessa evolução em termos globais para, em seguida, proporcionarmos uma abordagem do nascimento e evolução da família brasileira.

Forneceremos um panorama da família brasileira atual, através de dados estatísticos obtidos no IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas) que indica a formação e quais espécies de grupos familiares existentes no Brasil, levantados pela coleta de dados trazidos pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD.

Esta pesquisa apresenta dados em relação à educação, domicílios, famílias, casamento, separações judiciais, divórcios, crianças, adolescentes, idosos, cor ou raça (*sic*) e mulheres. Para o presente trabalho, procurou-se relatar os dados referentes à família, casamento, separações judiciais e divórcios.

Em termos de evolução legislativa, faremos uma abordagem da família que se apresentava na sociedade quando da promulgação do Código Civil de 1916, família na qual, sob os seus modos e costumes teve-se o desenvolvimento da base legislativa inicial, e apontaremos as legislações que acompanharam o desenvolvimento da mesma até os dias atuais.

Nesse primeiro capítulo falaremos, também, sobre o desenrolar do desenvolvimento da família no seio Constitucional, apresentando os aspectos

relevantes desde a Constituição de 1831 até a atual, com suas emendas constitucionais pertinentes ao tema do trabalho.

Encerrando o capítulo teremos a exposição dos elementos motivadores do Estatuto da Família, Projeto de Lei 2.285/2007, que se encontra em votação no Congresso Nacional e tem como objeto promover uma revisão legislativa em todos os direitos referentes às novas entidades familiares. Assim o Estatuto visa a reunir em uma única legislação os textos esparsos e a abranger todos os direitos referentes às novas configurações familiares brasileiras, a fim de fornecer suporte para os temas ainda em debate.

No segundo capítulo apresentaremos o surgimento de uma nova família diante da derrocada do antigo sistema de organização familiar, frente a presente globalização que impera na sociedade contemporânea.

Aqui se determinam os novos traços que marcam a sociedade em que vivemos: o individualismo, o consumismo exacerbado, as relações frívolas e uma liberdade incontida, o que acaba refletindo diretamente nos relacionamentos e, dessa forma, nas famílias.

Nesse capítulo retrataremos que a felicidade oferecida por uma vida a dois traz um preço que muitas vezes implica um autossacrifício. A própria natureza do amor faz com que abandonemos a preocupação consigo em favor do objeto de nosso afeto o que não ocorre nesse contexto de preponderante individualismo.

Embora seja inerente ao ser humano a procura de parceiros para envolver-se, estes o fazem a fim de encontrar no companheiro um porto seguro que os afaste da aflição e da fragilidade do dia a dia, mas as inconsistências das relações tornam os relacionamentos aflitivos e dolorosos.

Apesar de a sociedade presenciar uma sensível evolução tecnológica, especialmente em relação aos aspectos genéticos que alteraram as funções da família, pois temos nos deparado com avós gerando netos ou casais optando por não terem filhos e congelando óvulos e espermatozoides para um momento futuro, precisamos da ética para ordenar, balizar e administrar tais recursos.

No terceiro capítulo, abordaremos a constitucionalização do direito civil, ou seja, o momento em que a Constituição se torna o centro do sistema jurídico, passando a ser o foco axiológico pelo qual se deve ler o direito civil.

Passa-se, assim, à leitura do código civil através da Constituição de modo a realizar os valores nela consagrados, por um novo sistema de valoração dos

princípios. Observa-se que a intenção não é incluir a Constituição no direito infraconstitucional, mas sim realizá-lo na ordem inversa, fazer a leitura da norma infraconstitucional no direito constitucional.

Nesse capítulo, ainda analisaremos os princípios que regem o direito de família, os quais vêm revestidos de força normativa, tendo perdido, há muito, seu caráter supletivo frente à interpretação do texto legal. Foram eleitos os princípios do afeto, da dignidade da pessoa humana, da igualdade e respeito às diferenças, do melhor interesse da criança e da solidariedade familiar para servirem de sustentáculos às novas entidades familiares que se incorporaram ao meio social.

Por fim, no último capítulo, apresentaremos as atuais constituições familiares, focando a família homoafetiva, a simultânea, a reconstituída e a solidária, não abordando as fundadas no casamento, na união estável e a na homoparentalidade, em virtude da exaustão de pesquisas já realizadas em relação às mesmas.

Procuraremos conceituar família, caracterizar suas espécies e apresentar suas dificuldades frente a uma sociedade preconceituosa que prefere fechar os olhos a fatos pungentes em seu meio, deixando à deriva de regulamentação situações que, de fato, já existem.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E LEGISLATIVA

1.1 A ORIGEM DA FAMÍLIA

Semy Glanz¹ traz que a origem da palavra família vem do latim “*familia*”, que se originou de “*famel*”, da língua dos oscos, povo que provém do norte da península Itálica, significando escravo, ou um conjunto de escravos pertencentes a um mesmo homem.

Em Roma, palco da origem do nosso direito, a família era vista como um conjunto de pessoas sob a autoridade do *paterfamilias*, que correspondia ao ascendente comum mais velho.

Nessa estrutura familiar, firmada no poder patriarcal, o *pater* exercia poder sobre a mulher e os filhos, inclusive o de vida e morte sobre os mesmos. A autoridade irrestrita do *paterfamilias* não podia ser contestada por ninguém, nem mesmo pelo Estado.²

Fato interessante se dava entre os Romanos no que diz respeito à paternidade, vez que cabia ao pai reconhecer a criança como seu filho independentemente de nascer ou não de sua esposa legítima, reconhecimento esse que se dava com o ato de elevar a criança ao ar após o seu nascimento, podendo, dessa forma, instituir qualquer bastardo como filho, fato que descredenciava o vínculo biológico.

O casamento era considerado um entre os deveres dos cidadãos³; não era considerado o eixo de uma vida, e sim uma das numerosas decisões dinásticas que um senhor deveria tomar: entrar na carreira pública, permanecer na vida privada a fim de aumentar o patrimônio dinástico, tornar-se militar ou orador, entre outras.

A esposa não passava de um dos elementos da casa, assim como os filhos, os libertos, os clientes e os escravos.

Belmiro Pedro Welter⁴ informa que na primeira codificação do direito romano era proibido o casamento entre patrícios e plebeus. O casamento era

¹ GLANZ, Semy. *A Família Mutante...*, p. 17-21.

² GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *Direito de Família e o Princípio da Boa-fé Objetiva...*, p. 26-27.

³ DUBY, George; ARIÉS, Philippe. *História da vida privada, do Império Romano ao ano mil...*, p. 47.

⁴ WELTER, Belmiro Pedro. *Teoria Tridimensional do Direito de Família...*, p. 38.

realizado de duas formas: *sine manu*, ou seja, sem a transferência da mulher para a família do marido, não exigindo maiores formalidades e o casamento *cum manu*, neste, havia a transferência da mulher para a família do marido, esta celebração só era acessível ao patrícios, era exigido uma cerimônia religiosa na presença de testemunhas e do Pontífice.

O surgimento do Cristianismo durante a Idade Média trouxe para a Igreja Católica a possibilidade de tratar de alguns temas, como a família e o matrimônio, através dos cânones. Assim, o direito canônico traça normas em relação ao matrimônio que passa a gerar, entre as partes, um vínculo jurídico indissolúvel.

Tem-se que, reconhecido o aspecto sagrado do casamento, o concubinato passa a ser extremamente combatido, sendo, inclusive, estabelecidas penas severas aos concubinos, decretando-se sua excomunhão e até mesmo sua heresia.⁵

De acordo com Fernanda Gurgel, o direito canônico restringia a garantia de direitos aos filhos havidos fora do casamento, sendo considerados ilegítimos, negando-lhes a participação no direito sucessório, além de outras limitações como a não possibilidade sequer de exercer cargo público.

O direito canônico ainda instituiu os impedimentos matrimoniais com base na incapacidade das partes, nos vícios de consentimento e nas relações de parentesco entre os cônjuges, impedimentos esses que permanecem até hoje.

O pátrio poder começa a tomar novos contornos, em especial no que diz respeito ao exercício da sua soberania não mais ilimitada. O pai já não podia determinar a morte de um filho sob seu pátrio poder. O poder e o castigo físico não podiam ser imoderados, devendo-se preservar a vida do filho, coibindo-se os abusos.⁶

Elisabeth Roudinesco⁷ distinguiu três períodos na evolução da família:

a) O da família tradicional, em que os casamentos eram arranjados entre os pais dos noivos com a finalidade de perpetuação do patrimônio, sem que a

⁵ GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *Direito de Família e o Princípio da Boa-fé Objetiva...*, p. 31.

⁶ GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *Direito de Família e o Princípio da Boa-fé Objetiva...*, p. 33.

⁷ ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem...*

vontade dos futuros esposos em contrair o casamento fosse levada em consideração.

b) O da família moderna, entre o final do século XVIII e meados do século XX, fundado no amor romântico, em que os sentimentos são permitidos entre o casal, validando seus desejos carnis pelo casamento.

c) O casamento por amor, que se acentuava mais nos países puritanos e católicos, monopoliza o afeto e a paixão anteriormente reservados aos amantes.

A partir dos anos 60 surge a família contemporânea ou pós-moderna, que traz em seu âmago dois indivíduos em busca de suas realizações íntimas e sexuais, família esta que, com o divórcio, as separações, as recomposições e o avanço da ciência, modificara as relações entre esposa e marido, vínculos entre pai e filho, colocando em xeque o patriarcado e o matriarcado.

A história da família se confunde com a história da humanidade, pois assumiu as formas mais diversas de composição ao longo dos tempos.

No trabalho de Engels⁸ sobre a sua origem, o autor traça a evolução da família desde os estágios pré-históricos até a era moderna, trazendo inclusive várias características da hoje denominada pós-moderna. Ao final de sua análise afirma que

[...] a família terá de progredir na medida em que a sociedade progride, que terá que mudar na medida em que a sociedade se modificar, exatamente como aconteceu no passado. A família é produto do sistema social e refletirá sua cultura [...]

Analisando durante vários anos a formação da família, os estudiosos informam que, a maioria das formações familiares ocidentais são constituídas por um homem e uma mulher, acompanhada de seus filhos.

Entretanto, esta informação não pode ser considerada como máxima, vez que, é sabido da existência da formação de famílias poliandrias, entendendo-se estas como a união em que uma só mulher é ligada a dois ou mais maridos ao mesmo tempo. As famílias poliandrias podem ser encontradas no Himalia (norte da Índia) e em Angola.

⁸ ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado...*, p. 89.

Ao oposto da poliginia encontramos a poligamia, em que um homem possui duas ou mais esposas. Esta espécie de formação familiar pode ser encontrada no sertão nordestino brasileiro e entre as famílias muçulmanas.

A visão inicial da família com a finalidade de procriação se dissipa com a evolução das técnicas contraceptivas, que trazem a possibilidade das famílias não gerarem filhos.

As técnicas de procriação médica assistida foram primordiais para se repensar a família dentro da sua formação clássica do casamento, já que, a partir disso, o pai já não é imprescindível para o ato da procriação e a paternidade pode ser exercida independentemente do caráter biológico ou social.

A mãe também perde a sua imagem de *mater* insubstituível; a figura das “mães de aluguel” revoluciona conceitos e traça novos percursos; o princípio de que a mãe era sempre certa cai por terra.

1.2 A ORIGEM DA FAMÍLIA NO BRASIL

Jurandir Freire Costa, em sua obra *Ordem Médica e Norma Familiar*⁹, faz um estudo detalhado da formação da família que se deu no período colonial.

As famílias brasileiras, tipicamente rurais, compunham-se do casal, seus filhos legítimos e ilegítimos, parentes, afilhados, serviçais, e eram, em termos de organização, muito parecidas com a família romana. Viviam no espaço social constituído pela própria família, frequentavam pouco o ambiente social e também não realizavam eventos em casa que atraíssem muitos convidados.

A criança, nessa época, não gozava do privilégio de ser portadora de direitos, passava quase despercebida pala casa. Criadas por amas de leite, não mantinham muito contato com os pais, o que não permitia que se estreitassem os vínculos de afeto.

O pai era o soberano entre os seus, porém, sobre ele, pesava todo o fardo econômico, cultural e social familiar. A atitude do pai soberano era refletida na falta de afeição entre os membros da residência.

⁹ COSTA, Jurandir Freire. *Ordem Médica e Norma Familiar...*, p. 49 a 75.

Por sua vez à mulher (esposa) era entregue toda a organização e a supervisão da casa e do trabalho desenvolvido pelos serviçais, naquela época composto pelos escravos.

Pelo relato de Mary de Priore¹⁰ as mulheres das famílias senhoriais pouco saíam de casa, passavam horas nas esteiras realizando trabalhos manuais ou cuidando de seus filhos sob o olhar das crianças negras.

Interessante a informação de Mary del Priore¹¹ sobre as famílias monoparentais já existem naquela época. Essas famílias eram constituídas por mulheres viúvas ou abandonadas que tocavam suas fazendas com a ajuda dos filhos ou de irmãos solteiros. Algumas dessas mulheres faziam longa viagem pelo interior ou pelo litoral brasileiro em busca de oportunidades de negócios como: compra e venda de mercadorias, escravos, mulas.

As mulheres, empobrecidas com a morte ou abandono do marido, transformavam suas casas em hospedarias, alugavam chácaras a fim de que pudessem se manter. Algumas faziam doces para seus escravos venderem pelas ruas.

A vinda do Príncipe Regente ao Brasil faz com que a casa receba uma nova roupagem. Já não basta mais ser abastado, era preciso que isso fosse confirmado pela sociedade. Assim a família teve suas portas abertas para bailes e saraus, que eram ótimas oportunidades para contatos de negócio e para tratar de assuntos políticos.

Os aristocratas, com seus hábitos de consumo, higiene, lazer e moradia não se satisfaziam com o modo simples e pacato de funcionamento da cidade. A indústria estrangeira precisava comercializar seus produtos, havendo necessidade de a população brasileira fundar-se em novos atos de consumo, abandonando o apego à tradição.

Para a inserção social, a família precisou mudar de hábitos, houve necessidade de se reorganizar e esta passou a ser vista como local de proteção.

Nesta época, faltava orientação para que as famílias pudessem se reorganizar nos hábitos e regras da civilização europeia e os médicos passam a ser

¹⁰ PRIORE, Mary del. *A Família no Brasil Colonial...*, p. 39

¹¹ PRIORE, Mary del. *A Família no Brasil Colonial...*, p. 42

consultados sobre tais aspectos. Dessa forma criou-se o movimento higienista, que reorganizou os hábitos de saúde e higiene entre os colonos.

Os higienistas procuraram retirar a família da promiscuidade da rua que se dava em razão do descontrole de sua sociabilização, abominando os festejos populares, trazendo o indivíduo para a intimidade do lar. As refeições passaram a ser feitas em volta da mesa, o que muito colaborou para o estreitamento das relações.

Todas essas mudanças contribuíram para o surgimento da família nuclear, local onde os indivíduos que a compunham se sentiam seguros. As famílias adquirem agora uma nova função social, qual seja, a responsabilidade pela ordem e desenvolvimento dos seus que se refletiria no desenvolvimento do Estado.

Essa formação familiar, esclarece Beatrice Marinho Paulo¹², regulada pelo Código Civil formulado na época, era a fundada no casamento, cujo vínculo indissolúvel trazia uma visão sacramental da idade média; era ainda hierárquica e patriarcal, sendo o pai o detentor do pátrio poder, o provedor de toda a família.

A mulher casada tinha sua capacidade para certos atos da vida civil limitada, devendo obediência e submissão ao marido, sendo incluída no rol dos relativamente incapazes, dependendo, por exemplo, da sua autorização para exercer uma profissão.

A função social da família era garantir a transmissão patrimonial, tanto que a atenção maior do Código se firmava na regulamentação do regime de bens, sucessão e deserdação.

Informa Fernanda Gurgel¹³ que o Código Civil de 1916 inspirou-se nos Códigos de Napoleão e no Código Civil Alemão, os quais tinham, como base, o indivíduo como sujeito de direitos. O surgimento da burguesia mercantil leva à necessidade de que os homens maiores tivessem capacidade para constituir patrimônio próprio, contribuindo para circulação das mercadorias.

Por essa vertente, não havia como validar a autoridade despótica do *paterfamilias* romano. Pelo novo desenho econômico traçado, o Código Civil de

¹² PAULO, Beatrice Marinho. Em Busca do Conceito de Família..., p. 50-51.

¹³ GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *Direito de Família e o Princípio da Boa-fé Objetiva...*, p. 37.

1916 determina que o pátrio poder cessasse com a maioridade, vedando destarte sua perpetuidade.

Continua a autora esclarecendo que o pátrio poder era exercido pelo marido em colaboração com a mulher. Assim, a noção de pátrio poder estava ligada ao poder do mesmo exercido sobre a pessoa dos filhos, os quais não eram vistos como pessoa de direitos.

A leitura que se tinha de pátrio poder na época era uma faculdade concebida ao pai, subsidiariamente à mãe, entretanto nenhuma menção se fazia aos deveres adstritos ao mesmo, como nos dias atuais.

Desde 1916 até o presente momento, a sociedade passa por diversas transformações. A base social agrária brasileira se industrializa e o fenômeno da urbanização altera substancialmente os hábitos sociais.

O movimento feminista promulga a liberdade feminina contra a opressão masculina e o mercado conta com a força do trabalho da mulher. Devido à nova posição social da mulher e sua emancipação econômica, voltada agora não mais só para os afazeres domésticos, mas também para sua carreira profissional, o planejamento familiar começa a fazer parte das famílias brasileiras.

A lei do divórcio traz a liberdade para que as pessoas não se mantenham mais casadas se não houver interesse.

A Constituição de 1988 promulga serem homens e mulheres iguais, desfaz qualquer diferenciação que existia entre os filhos, sendo estes todos iguais independentemente de terem nascido ou não da união matrimonializada, adotivos ou naturais.

Nesse novo cenário, homens e mulheres participam com igualdade do projeto familiar¹⁴, desaparece o chefe da sociedade conjugal e a pluralidade familiar (mosaico, homoafetiva, monoparental etc.) se torna o centro das atenções jurídicas, psicológicas e sociais.

¹⁴ Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

1.3 A FAMÍLIA BRASILEIRA ATUAL APRESENTADA PELOS DADOS ESTATÍSTICOS DO IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICAS

O IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – retrata anualmente um perfil social das condições de vida da população brasileira através da fonte de informações dos indicadores da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD – e são publicadas anualmente no SIS – Sistema de Indicadores Sociais. A pesquisa apresenta dados em relação à educação, domicílios, famílias, casamento, separações judiciais, divórcios, crianças, adolescentes, idosos, cor ou raça e mulheres. Aqui serão relatados os dados referentes à família, casamento, separações judiciais e divórcios.

Aspecto interessante foi o retratado na introdução do Sistema de Indicadores Sociais de 2008, no que diz respeito ao conceito elaborado para classificação de família e que passou a integrar a pesquisa. Para o IBGE¹⁵, família é uma das instituições mais antigas da humanidade. Hoje ela vive novas formas de organização que ocorrem devido a transformações econômicas e sociais. O conceito de família, atualmente, para as pesquisas domiciliares no Brasil, condiciona-se à residência em um domicílio, independentemente da existência de vínculo entre os mesmos.

A classificação de família nesses moldes demonstra a existência da família solidária no seio familiar, ou seja, a família formada por pessoas independentes do vínculo de parentesco existente entre eles.

Embora o conceito seja amplo, o principal objetivo é caracterizar a vida das famílias onde as pessoas têm relações de parentesco, considerando os laços de consanguinidade, adoção ou casamento.

O SIS de 2009¹⁶ retrata a família brasileira informando que, no Brasil, a taxa de fecundidade tem caído, as mulheres jovens estão tendo menos filhos em um comparativo em 1998, 7,6% das adolescentes de 15 a 17 anos já tinham filhos, e,

¹⁵ Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadores_minimos/sinteseindi_csociais2008/indic_sociais2008.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2010.

¹⁶ Disponível em: <www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadores_minimos/sinteseindic_sociais2009/indic_sociais2009.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2010.

em 2008, o percentual caiu para 6,3%. A região onde ocorreu a maior redução foi a Sul, onde em 1998 o percentual era 8,5% e, em 2008, caiu para 4,0%. Na região Norte, o percentual de adolescentes dessa faixa de idade com filhos manteve-se estável em torno de 10,5%.

A queda da fecundidade no país acarretou na redução da participação das crianças, adolescentes e jovens no total da população, em todas as faixas de idade desses grupos. A participação das crianças de 0 a 6 anos diminuiu de 13,3% para 10,2% nesse período, passando de 21 milhões para 19,4 milhões. No grupo de 7 a 14 anos, houve queda de 16,6% para 14,5%; no de 15 a 17 anos, a queda foi de 7% para 5,4% e, entre os jovens de 18 a 24 anos, a participação passou de 12,9% para 12,2%.

A consanguinidade é ainda a principal forma de união das pessoas que vivem juntas; 88,1% dos arranjos são de pessoas com parentesco. Destes, 48,2% é do tipo casal com filhos. De outro lado a formação familiar casal sem filhos cresceu em 2008 passando de 13,3% para 16,7%.

Houve um aumento significativo em relação ao número de mulheres que são tidas como referência no domicílio (ou chefe de domicílio), ou seja, são aquelas responsáveis pelo sustento do lar, ainda que haja a presença de cônjuge homem, com aumento de 25,9% para 34,9% dos domicílios. Naqueles em que há a presença do cônjuge homem como referência o aumento foi de 2,4% para 9,1%.

No conjunto do país, outra mudança refere-se ao crescimento da proporção de famílias compostas por um casal sem filhos e ambos com rendimento, que gira em torno de 39,6 milhões; são designados casais DINC (*Double Income and No Children*). No período analisado, de 1998 a 2008, observa-se um crescimento significativo dessa proporção, passando de 3,2% para 5,3%.

O número de casamentos no Brasil cresceu nos últimos dez anos, com destaque para o período compreendido entre 2003 a 2007, cujo aumento se deu também na taxa de nupcialidade. No Amapá houve um aumento de 118,35%, no Acre 110,7% e no Amazonas 99,4%.

Em Minas Gerais e no Rio de Janeiro o crescimento foi menos elevado, sendo respectivamente de 11,6% e de 12,2%.

O Rio Grande do Sul, no entanto, teve redução nos casamentos, com queda de 3,4%.

O aumento no número de casamentos se deve à melhoria no acesso aos serviços de justiça e melhor acesso ao registro civil de casamento.

Os casamentos coletivos promovidos desde então, incentivaram o acesso da população na formalização de suas uniões, proporcionando à população maior acesso sob os aspectos burocrático e econômico.

Cresce o número de famílias que se reconstituem, aumenta a proporção de casamentos de indivíduos divorciados com cônjuges solteiros, com destaque para os homens divorciados que se casam com mulheres, que passou de 4,5% para 7,1%; os percentuais mais elevados são observados entre homens divorciados.

Em relação a mulheres divorciadas que se casaram com homens solteiros, os percentuais foram de 2,1% para 3,7%.

1.4 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

A proteção da família encontra-se ancorada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, sendo que seu art. XVI informa que: a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.

Dentro do âmbito do direito infraconstitucional brasileiro a regulamentação do Direito de Família deu-se com o Código Civil de 1916, legislação que referendava apenas o matrimônio como constituição de família, impedindo inclusive a sua dissolução, e tinha a proteção do patrimônio como um grande marco.

Maria Berenice Dias¹⁷ traça uma pirâmide evolutiva da legislação infraconstitucional e legislação extravagante, iniciando-se pelo Código Civil, com as observações acima. Destaca o Estatuto da Mulher Casada – Lei 4.121/1962, tendo como maior expressão a devolução da capacidade plena à mulher casada.

Em 1977 a Lei do Divórcio – Lei 6.515/77, acaba com a indissolubilidade do casamento. Inicia-se, ainda que timidamente, a ideia de que as uniões devam ser mantidas por vínculos de afeto.

Encaminhando para o viés da proteção à família, a Lei 8.009, de 1990, vem regulamentar a proteção ao bem de família e, no mesmo ano, nasce o Estatuto

¹⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias...*, p. 30-33; 37-39.

da Criança e do Adolescente – Lei 8.069 de 1990, atribuindo proteção do Estado aos menores e enfatizando o princípio do melhor interesse da criança.

A regulamentação da investigação de paternidade aliada ao avanço da medicina na realização de exames de DNA vem a se concretizar com a edição da Lei 8.560/1992.

A união estável consagrada na Constituição Federal de 1988 inicia sua regulamentação em 1994, através da Lei 8.971, com a regulamentação do direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, sendo em seguida ampliado pela Lei 9.278 de 1996, que regulamentou o § 3.º do artigo 226 da Constituição Federal em 1996 com a Lei 9.278/96 que traz conceitos, direitos e deveres.

O Código Civil brasileiro altera-se em 2002 e a Lei 10.406, vem carregada de disposições ultrapassadas, na visão do paradigma constitucional, uma vez que o projeto para alteração do mesmo se iniciou em 1975.

Peceu o legislador tratar de forma diferenciada a união estável do casamento, vez que a Constituição já havia elevado a mesma a categoria de entidade familiar, sem que houvesse qualquer hierarquia entre as mesmas, chegou até mesmo ao absurdo em confirmar que seria facilitando a sua conversão em casamento, disposição contida na Lei 9.278/96, como se fosse esta entidade melhor que aquela.¹⁸

Com relação ao direito a licença-maternidade, temos a Lei 10.421, de 2002, que estende o direito à licença e ao salário maternidade à mãe adotiva; a Lei 11.770 de 08 de setembro de 2008 cria o programa Empresa Cidadã, que prorroga a licença maternidade para 06 meses, concedendo incentivo fiscal para as empresas que a aderirem.

Fernanda Gurgel¹⁹ cita ainda o Decreto-lei 3.200 de 19.04.1941 intitulado de Lei da Organização e Proteção da Família; a Lei 883 de 21 de outubro de 1949 que autorizava a investigação de paternidade pelo filho adulterino depois de dissolvida a sociedade conjugal.

¹⁸ Código Civil de 2002 - Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

¹⁹ GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *Direito de Família e o Princípio da Boa-fé Objetiva...*, p. 39.

A evolução constitucional da família retratada na obra de Belmiro Pedro Welter²⁰ traz que a primeira Constituição brasileira de 1824, em seu texto Constitucional, preocupava-se apenas com a família imperial, pela qual regulamentava os alimentos, a dotação e os bens.

A Igreja Católica, como religião oficial, validava os casamentos por ela abençoados e aqueles que não professassem essa religião eram deixados à margem da sociedade.

Na Constituição da República de 1891, o Estado já não reconhecia a Igreja Católica como religião oficial, dissociando-se esta daquele, tornando-se um Estado laico, reconhecendo a República somente o casamento civil, com a celebração gratuita (art. 72, § 4.º).

A Constituição de 1934 foi a pioneira em dedicar um capítulo para a família, constituída pelo casamento indissolúvel, sendo possível a realização do casamento religioso, que passaria a ter os mesmos efeitos do casamento civil, deixando ao alvitre da lei civil a determinação dos casos de desquite e de anulação de casamento, o que era regulado pelo Código Civil, editado em 1916.²¹

Com a Constituição do Estado Novo de 1937, no capítulo da família foram acrescentados dispositivos que se referiam à educação dos filhos, reconhecimento dos filhos naturais e a igualdade de direito em relação aos legítimos. Além disso, o Estado se embrenha na salvaguarda da defesa dos direitos e garantias da infância e da juventude.

O cenário político, econômico e social do Estado Novo iniciou, nas famílias, a característica de se valer de uma prole numerosa vez “que os filhos representavam para o pai uma ajuda financeira do Estado e o aumento da mão-de-obra (proletariado), razão pela qual eram denominados prole.”²²

A posição de amparo dado ao Estado para as famílias, tendo por relação os filhos por elas gerados, fez com aumentasse desenfreadamente o número de filhos, não estando preparadas as redes públicas de saúde para tamanha demanda, o que proporcionou o aumento da mortalidade infantil e das gestantes.

²⁰ WELTER, Belmiro Pedro. *Teoria Tridimensional do Direito de Família...*, p. 43-46.

²¹ WELTER, Belmiro Pedro. *Teoria Tridimensional do Direito de Família...*, p. 44.

²² WELTER, Belmiro Pedro. *Teoria Tridimensional do Direito de Família...*, p. 44.

Como consequências desses fatos, a Constituição Federal, instituída em 1946, trouxe, como dever do Estado, a assistência à maternidade, à infância e à adolescência, manteve a indissolubilidade do casamento, disciplinando o casamento civil e o religioso com efeitos civis, a fim de dar guarida às numerosas famílias que haviam se formado, pelos motivos acima expostos.

A Constituição de 1967 trouxe muitos avanços ao prever a igualdade perante a lei sem distinção de sexo, raça, profissão, religião e convicção política, e estabelecendo que o preconceito por raça deveria ser punido por lei.²³

Na seara do direito de família pouca coisa foi alterada. Em um único artigo com quatro parágrafos, a família continuava sendo constituída pelo casamento civil ou religioso com efeitos civis, indissolúvel, criando-se lei para proteger a maternidade, a infância e a adolescência.

Por fim, a promulgação da Constituição Federal de 1988 dedicou um capítulo próprio à família, instalando a igualdade entre os cônjuges, a paridade entre os filhos, a possibilidade de dissolução da sociedade e do vínculo conjugal e, o mais importante, a possibilidade da constituição de outras formas de família.

A atualização do texto constitucional não seria de toda novidade, como afirma Fernanda Gurgel:²⁴

Ressalta-se, todavia, que a Constituição Federal de 1988 apenas reconheceu uma evolução que já estava latente na sociedade brasileira. A mudança na família brasileira não ocorreu a partir da nova ordem constitucional uma vez que foram constitucionalizados valores que já estavam impregnados e disseminados no seio da sociedade. De fato, o texto constitucional de 1988 contemplou e abrigou uma evolução da concepção social e jurídica da família que já vinha sendo admitida na doutrina e na jurisprudência anterior.

Recentemente, em 14 de julho de 2010, foi publicada a Emenda Constitucional n.º 66 que deu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, dispondo sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 01 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 02 (dois) anos:

²³ WELTER, Belmiro Pedro. *Teoria Tridimensional do Direito de Família...*, p. 45

²⁴ GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *Direito de Família e o Princípio da Boa-fé Objetiva...*, p. 40.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

A alteração acaba com o prazo para decretação do divórcio.

Um dos autores da medida, o deputado Sérgio Barradas Carneiro²⁵ (PT-BA) acredita que a emenda defende a desburocratização do fim do casamento e explica que o divórcio já era um tema consolidado em nosso país desde a promulgação da Lei do Divórcio em 1977, não havendo razão, no entender do deputado, para a Constituição fazer as exigências extintas com a emenda.

Defende que aquelas regras permitiam fraudes, uma vez que qualquer pessoa podia dizer ao juiz que um casal estava separado há mais de dois anos para obter o divórcio.

Há entendimentos ainda de que a emenda determina o fim da separação judicial. Dessa forma, não há mais que se falar em culpados pela separação, pois, no divórcio, a imputação de culpa não é requisito da petição inicial, tal como acontecia na petição inicial da separação judicial.²⁶

A proteção especial dada à família será estudada com maior rigor ao longo de todo texto, cabendo aqui somente traçar um panorama da evolução legislativa do Brasil no campo do direito de família.

1.5 O ESTATUTO DAS FAMÍLIAS

Visando a promover uma revisão legislativa em todos os direitos referentes às novas entidades familiares, tramita, no Congresso Nacional, o Projeto de Lei 2.285/2007, denominado Estatuto das Famílias, objetivando reunir, em uma única legislação, os textos esparsos que abrangem todos os direitos referentes às novas configurações familiares brasileiras, a fim de fornecer suporte para os temas ainda em debate.

A alteração se faz necessária, pois o Código Civil de 2002 foi concebido no final dos anos sessenta e início dos anos setenta do século passado, antes da

²⁵ Disponível em: <<http://noticias.r7.com/brasil/noticias/congresso-promulga-nova-lei-do-divorcio-2010-0713.html>>. Acesso em: 14 jul. 2010.

²⁶ Art. 1.572. Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.

mudança paradigmática advinda com a Constituição de 1988 que trouxe, em seu texto, as mudanças operadas na sociedade brasileira, como exemplo: a afetividade nas relações, igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges, liberdade de constituição, desenvolvimento e extinção das entidades familiares, igualdade dos filhos de origem biológica ou socioafetiva, entre outras.

Embora o Senado Federal, durante a tramitação do projeto do futuro Código Civil no Congresso Nacional, tenha demandado esforços para adaptar o texto às perspectivas da sociedade contemporânea, o resultado foi em vão.

O projeto de Lei 2.285/2007, em sua primeira apresentação, contava com 274 artigos que envolviam questões como o valor jurídico da socioafetividade, adoção e guarda compartilhada, o reconhecimento das entidades homoafetivas, entre outros assuntos.

No ano de 2009 o Estatuto sofreu alterações absurdas no texto original.

No texto substitutivo, apresentado pelo deputado José Linhares e aprovado na Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF), em um total disparate a tudo que a doutrina e a jurisprudência tem decidido, suprimiu de seu conteúdo todos os artigos que, de alguma forma, reconheciam direitos iguais às famílias homoafetivas.

No texto original, os casais homoafetivos teriam os mesmos direitos reconhecidos aos casais heterossexuais que vivem em união estável, podendo ainda adotar, ter a guarda e a convivência dos filhos, direito previdenciário e direito à herança.

A justificativa do projeto traz um roteiro das alterações propostas que serão aqui apresentadas.

Em relação às entidades familiares, o Estatuto ao distribuir as matérias, dedica o Título I a normas e princípios gerais aplicáveis às famílias e às pessoas que as integram; anuncia, em seguida, as regras gerais sobre as relações de parentesco; estabelece diretrizes comuns às entidades familiares, individualizando em seguida cada uma delas (casamento, união estável, união homoafetiva e família parental /monoparental).

No capítulo dedicado ao casamento, regime de bens e divórcio, destaca-se a supressão das causas suspensivas do casamento, previstas no Código Civil, porque não suspendem o casamento, representando, apenas, restrições à liberdade de escolha de regime de bens.

Houve ainda a simplificação das exigências para a celebração do casamento, civil ou religioso, e para o registro público, com maior atenção aos momentos de sua eficácia.

Por ser um instituto diverso à cultura brasileira, suprimiu-se o regime de bens de participação final nos aquestos, que, na realidade, transformava os cônjuges em sócios de ganhos futuros reais ou contábeis, potencializando os litígios. Excluiu-se ainda o regime de separação obrigatório, porquanto a Súmula 377 do STF, praticamente já o havia feito, convertendo-o em regime de comunhão parcial. Definiu-se, com mais clareza, quais os bens ou valores que estão excluídos da comunhão parcial.

Em relação ao divórcio, definiu-se em regras simples e compreensíveis os requisitos para alcançá-lo, retirando-se a necessidade da investigação das causas da separação.

Passo grande deu-se em relação à união estável, procurando trazer aos conviventes direitos e deveres idênticos aos dos cônjuges. Caracterizou-se o estado civil próprio de “convivente”, vez que este nem é solteiro nem casado, devendo declarar seu estado civil próprio, inclusive para proteção de interesses de terceiros com quem contrai dívidas.

Na união homoafetiva, o texto original reconhece, como entidade familiar, a união entre duas pessoas do mesmo sexo que mantenham convivência pública, contínua, duradoura, com objetivo de constituição de família, aplicando-se a ela, no que coubessem, as regras da união estável, assegurando o direito de adotar, ter a guarda e a convivência dos filhos, direito previdenciário e direito à herança.

A filiação, independentemente de ser constituída por origem consanguínea ou socioafetiva (adoção, posse de estado de filho ou inseminação artificial heteróloga), é tratada de modo igualitário.

Atentou o projeto em definir com clareza o que é dever de registro do nascimento, reconhecimento voluntário do filho, investigação e/ou impugnação judicial de paternidade ou maternidade ou da filiação, sendo patente que nenhuma impugnação deve prevalecer quando se constatar a existência de posse de estado da filiação, consolidada na convivência familiar duradoura, e que a presunção da paternidade e da maternidade passou a ser radicada da convivência dos pais durante a concepção, sejam eles casados ou não.

No esteio da melhor doutrina, assegura-se direito à convivência do pai não guardião em relação ao filho, e deste em relação àquele, há um estímulo expresso em relação à guarda compartilhada, visando-se a ela sempre que possível, atendendo ao princípio do melhor interesse da criança.

Nos alimentos, consolidou-se a solidariedade familiar, mantendo-se a obrigação alimentar, infinitamente, entre os parentes em linha reta e entre irmãos. Limitou-se em 25 anos a presunção de necessidade alimentar do filho, quando em formação educacional. A fim de terminar com a discussão que se vem pautando na jurisprudência, fixou-se que a obrigação alimentar dos parentes em grau maior, por exemplo, dos avós em relação aos netos, ela é complementar, se os pais não puderem atendê-la integralmente e não solidária.

O Estatuto ainda regula a matéria de direito processual na parte destinada ao processo e aos procedimentos, sistematizando-se os procedimentos dispersos no próprio Código Civil, no Código de Processo Civil e em leis especiais.

Na busca por atender ao anseio por um tratamento diferenciado que deva ser dado ao direito de família, foram estabelecidos os princípios da oralidade, celeridade, simplicidade, informalidade e economia processual, além de preferência no julgamento dos tribunais. O Estatuto privilegia a conciliação, a ampla utilização de equipes multidisciplinares e o estímulo à mediação extrajudicial.

1.6 A INSTALAÇÃO DE UMA NOVA ORDEM JURÍDICA: A DEMOCRATIZAÇÃO DA FAMÍLIA

A instalação de uma nova ordem jurídica no Direito de Família se caracteriza no momento atual pela repersonalização, despatrimonialização e sua constitucionalização. Essa alteração não está presente somente no Direito de Família, mas em todo o Direito Civil.

Para o Direito de Família, a repersonalização se liga à mudança de eixo na sociedade brasileira. Em épocas passadas era o patrimônio que prevalecia. Os filhos eram considerados legítimos ou ilegítimos, sendo que estes não participavam da divisão do patrimônio do pai. Hoje não mais; a pessoa humana é a que prevalece como principal beneficiária do ordenamento.

Com a constitucionalização do direito de família, este passa a ser enquadrado e guiado pelas bases constitucionais colocadas no topo da pirâmide normativa, tendo a dignidade da pessoa humana como seu princípio basilar.

Em relação à hermenêutica jurídica, muitas alterações vêm permeando o Direito, buscando-se os valores de justiça que não se pode subordinar, na escala de hierarquia axiológica, a valores de ordem e segurança, sendo certo que esses valores são importantes em toda a sociedade.²⁷

Daniel Sarmiento²⁸ e Anthony Giddens²⁹, em suas obras, enfrentam o tema da democracia no âmbito das relações privadas, trazendo importantes considerações na atual estrutura familiar.

A democracia na esfera privada, analisada por Anthony Giddens, retrata uma importante alteração na ordem jurídica. Essa democratização, que é uma qualidade tácita de toda vida pessoal, é analisada a fundo e ele traça um paralelo entre a democracia da vida pública e da vida privada.

Inicia o autor contextualizando o que seria a democracia. Em grandes linhas, coexistindo às abordagens políticas, o interesse comum é “garantir relações livres e iguais, entre os indivíduos para promover alguns resultados”.³⁰ Esses resultados seriam:

- A criação de circunstâncias para as pessoas desenvolverem habilidades, exporem qualidades, objetivando a que cada indivíduo respeite as dos outros, melhorando sua capacidade de aprender e aperfeiçoar suas aptidões.

- A negociação das decisões pelos que por elas foram afetados, ainda que tomada por uma minoria em benefício da maioria, o que seria realizado através da vedação do uso arbitrário da autoridade política e seu poder de coerção.

- A sujeição dos indivíduos às determinações da associação.

- Novas oportunidades econômicas que proporcionariam o desenvolvimento dos recursos disponíveis, incluindo-se a ideia de que os indivíduos que formam alianças em torno de suas cargas de necessidades físicas, têm mais oportunidade de alcançar seus objetivos.

²⁷ PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Estudos de Direito de Família...*, p. 12.

²⁸ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas...*, p. 306-322.

²⁹ GIDDENS, Anthony. *A Transformação da Intimidade...*, p. 201-213.

³⁰ GIDDENS, Anthony. *A Transformação da Intimidade...*, p. 202.

Todas essas proposições se vinculariam à ideia de autonomia do indivíduo, da autorreflexão e da autodeterminação, ponderando que, para todo autodesenvolvimento livre e igual, é necessária limitação constitucional de poder, evitando-se o anarquismo.

Para proporcionar condições para a realização dessa autonomia é necessário que se utilizem meios efetivos para que os envolvidos sejam ouvidos e externem seus anseios, o que politicamente se faz através do voto.

Assim, a democracia significaria:

[...] a oportunidade para que a “força do melhor argumento” seja preponderante, em contraposição a outros modos de se tomar decisões (das quais as mais importantes são as decisões políticas). Quando necessário, uma ordem democrática proporciona arranjos institucionais para a mediação, a negociação e o cumprimento dos compromissos. A conduta da discussão aberta é em si um meio de educação democrática: a participação no debate com outros pode conduzir à emergência de uma cidadania mais esclarecida.

Daniel Sarmiento³¹ expõe que democracia não mais se circunscreve à ideia de eleições periódicas, mas, muito mais que isso, representa a existência de um espaço público aberto, onde se possa discutir temas polêmicos e que grupos ou pessoas participantes possam se reconhecer como seres livres ou iguais.

Inversamente do que se imagina, no processo de democracia política, o objetivo não é apenas solucionar as divergências contando votos, mas buscar o entendimento e não simplesmente a derrota do adversário, que nada agrega à busca pelo bem comum. Esse deve ser o objetivo dos cidadãos e não apenas seus interesses particulares, permitindo que as pessoas revejam suas posições, quando contestadas pelas razões do outro.

Continua Giddens afirmando que a consequência dessa amplitude tem sua origem marcada pela ampliação dos horizontes de compreensão do indivíduo, reconhecendo a sua diversidade, seu pluralismo.

Ainda, para o funcionamento da autonomia, é necessária a responsabilidade pública, característica de uma democracia política, com a qual as decisões democráticas são tomadas em benefício de todos, com o diálogo

³¹ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas...*, p. 307.

estabelecido de forma aberta ao público alvo, proporcionando a confiança que advém da responsabilidade pública em uma discussão aberta.

Na busca pela institucionalização da autonomia, os direitos e deveres devem ser estabelecidos de forma eficaz, saindo do plano meramente formal. Os direitos apresentam os privilégios de que são servidos os participantes da comunidade organizada democraticamente, servindo de instrumentos de habilitação para esta participação.

De outra parte, “os deveres especificam o preço a ser pago pelos direitos conferidos”.³² Pelo fato de os deveres e direitos serem negociados, não se admite que sejam presumidos, devendo, assim, serem objetos de atenção reflexiva contínua.

Fechando a construção da ideia de democracia, enfatiza que a democracia não é inimiga do pluralismo, mas estimula diferenças que não devem ser penalizadas e é inimiga dos privilégios que são concedidos de uma forma desigual aos membros da comunidade que a integram.

O ponto que liga a autonomia democrática acima desenvolvida ao terreno da autonomia da vida privada democratizada está em sua condição de se relacionar com outras pessoas de modo igualitário, respeitando as capacidades do outro.

O indivíduo que tem sua autonomia cristalizada é capaz de reconhecer que o desenvolvimento das capacidades do outro não é uma ameaça, configurando limites para relacionamentos bem sucedidos, não usando o outro em sistema de co-dependência, refletindo sobre o outro e seus problemas de ordem psicológico-emocionais não resolvidos.

A democratização da vida pessoal tem relação com o aspecto da violência tão comum no âmbito familiar, partindo em geral dos homens em relação aos mais fracos. Nessa senda, para o autor, “um ideal emancipatório da democracia, a proibição da violência é de importância básica.”³³ A violência não seria só a física, mas, muito mais ainda, a emocional ou a verbal.

Traça, o autor, as diferenças entre o casamento tradicional e o atual no contexto das possibilidades democráticas. Não só se aplica ao início do

³² GIDDENS, Anthony. *A Transformação da Intimidade...*, p. 205.

³³ GIDDENS, Anthony. *A Transformação da Intimidade...*, p. 207.

relacionamento; estende-se a sua continuação e dissolução. Para que se alcance esse ideal, é necessário não somente o respeito pelo outro, mas também uma abertura em relação a essa pessoa, não havendo qualidade de cooperação no relacionamento se as verdadeiras intenções são ocultas. Revelar as verdadeiras intenções é uma obrigação da interação democrática ordenada.

No campo dos direitos e deveres, a importância dos direitos se revela na luta das mulheres para atingir uma posição igualitária no casamento, quando tomam a iniciativa no divórcio, limitando a capacidade do marido na imposição do domínio, contribuindo para a “transformação do poder coercitivo em comunicação igualitária”.³⁴ Nesse aspecto, constata Daniel Sarmiento³⁵ que:

De acordo com a lúcida crítica feminista, a limitação da democracia ao espaço das relações estatais serviu para ocultar a submissão das mulheres no plano doméstico, escondendo com base em argumentos ligados à proteção da esfera de privacidade da vida familiar, a dimensão política das relações travadas no lar. Sob este prisma, a separação entre as esferas do público e do privado é concebida como estratégia ideológica, que reflete os interesses patriarcais masculinos para perenizar a “folocracia” – dominação exercida pelos homens sobre as mulheres – num momento em que, no espaço público, o gênero feminino já conquistou seus direitos políticos.

Assevera Giddens que os direitos, na medida em que se assume responsabilidades em relação ao outro, colocando os privilégios em equilíbrio com os deveres, quebram com o poder arbitrário. Para manter essa responsabilidade, devem ser renegociados sempre em seu interior.

No que concerne à responsabilidade e a sua relação com a autoridade, tem-se que elas estão profundamente vinculadas à confiança, retratada de forma que:

A confiança sem responsabilidade pode tornar-se unilateral, ou seja, cair na dependência; a responsabilidade sem confiança é impossível, porque significaria o escrutínio contínuo dos motivos e das ações do outro. A confiança implica a confiabilidade do outro – conferindo um “crédito” que não requer uma verificação contínua, mas que, se necessário, pode ser aberto periodicamente para uma inspeção. Ser considerado confiável um parceiro é um reconhecimento da integridade pessoal, mas num ambiente igualitário tal integridade significa também revelar quando solicitado, os

³⁴ GIDDENS, Anthony. *A Transformação da Intimidade...*, p. 208.

³⁵ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas...*, p. 310-311.

motivos para as ações – e na verdade ter boas razões para quaisquer ações que afetem a vida do outro³⁶.

Ao concluir a análise da democracia nas relações privadas, o autor chama a atenção para a necessidade da comunicação livre e aberta para o sucesso dos relacionamentos, rompendo-se com a compulsividade na busca de um entendimento aberto com o outro, em que o diálogo é o meio em que se organiza o relacionamento.

Seria necessário, ainda, certo equilíbrio entre as tarefas desenvolvidas e as compensações que ambas as partes considerassem plausíveis, salientando que, ao se democratizar no espaço público, abre-se espaço para democratização da vida privada, e que o avanço da autonomia, própria dos relacionamentos puros, proporcionará a prática da democracia na vida social.

Daniel Sarmento defende a posição de que, em princípio, impor a democracia das instituições privadas seria reconhecer o poder do Estado de intervir na vida familiar, coibindo práticas atentatórias, espaço que estaria protegido de intrusões.

Tratando-se, entretanto, de argumentos constitucionais relevantes, numa ordem onde o princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se no centro, a liberdade humana não se presume isenta de limitações. Para que se cumpra o fim maior de uma sociedade livre, justa e solidária, é necessária a democratização das instituições privadas.

Sarmiento acredita que, devido às peculiaridades da instituição familiar em relação aos seus valores sempre muito heterogêneos, não seria possível pensar em uma forma totalizadora que equacionasse essas questões tão diversificadas.

Inicialmente pareceria não ser possível “desentranhar dos direitos políticos constitucionalmente assegurados, direitos subjetivos privados dos simétricos, que possam ser diretamente invocados nas relações entre particulares”. A dificuldade se daria em aplicar uma organização única em ambientes heterogêneos. O reconhecimento constitucional do pluralismo confere às pessoas a liberdade de se organizarem em suas relações privadas da forma como melhor lhes aprouver, com evidente respeito ao direito de terceiros.

³⁶ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas...*, p. 209.

Reforça que a democratização dos espaços privados acontece quando a mulher, em igualdade de condições com seu parceiro, pode participar da tomada de decisões relevantes para a vida familiar, o que estaria disposto no art. 5.º, inciso I, da Constituição Federal. A democratização alcançaria não só a mulher como também a pessoa dos filhos menores, vez que estabelecido o dever da família, da sociedade e do Estado em assegurar à criança e ao adolescente o direito à dignidade, ao respeito e a liberdade, colocando-os a salvo de toda forma de opressão, nos exatos termos do artigo 227 da Constituição Federal.

Conclui admitindo ser possível o princípio democrático na resolução de litígios que envolvam “a participação em decisões coletivas relevantes nas instituições privadas”³⁷, considerando o vetor democrático subjacente aos direitos políticos, no que equaciona as controvérsias surgidas no cenário privado.

Na conclusão do pensamento dos dois autores, tem-se que ambos reconhecem a existência da necessidade de democratizar as relações privadas, tendo-se a responsabilidade de assumir, na privacidade da família, a realização do bem comum do indivíduo e do todo, em uma comunicação livre e aberta para o sucesso dos relacionamentos.

Estabelecendo um equilíbrio entre as tarefas desenvolvidas com compensações para ambas as partes, o avanço da autonomia na vida privada proporcionará a prática da democracia na vida social de forma que se cumpra o fim maior de uma sociedade, qual seja, tornar-se uma sociedade livre, justa e solidária.

Analisadas as origens históricas e legislativas do direito de família, neste capítulo que se finda, o próximo capítulo abordará as mudanças sociais que deram início a uma nova estruturação familiar, com destaque para a queda do patriarcalismo, fundado em especial pela emancipação da mulher e a globalização da família, em especial no que se refere as formas de como as relações se dão, seus medos e anseios.

³⁷ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas...*, p. 317.

2 MUDANÇAS NA ESTRUTURA DA ORGANIZAÇÃO FAMILIAR

2.1 A DERROCADA DO PATRIARCALISMO COMO MARCO DO SURGIMENTO DE UMA NOVA FAMÍLIA

No arranjo familiar denominado patriarcalismo a coordenação da família era destinada ao ascendente paterno de maior autoridade e de mais idade, toda a ordenação do culto doméstico e o poder político se estendia sobre a família, determinando seu modo de viver, ficando os demais membros despidos de vontade, com exceção do chefe.

No trabalho desenvolvido por Engels³⁸ este informa que a mulher nem sempre foi discriminada, visto que, no estado selvagem que era caracterizado pelo matrimônio por grupos, denominado promiscuidade e sem seguida, no estágio da barbárie, estágio em que as relações sexuais começam a se restringir, a família teria sido comandada pela mulher, a matriarca, situação em que a mulher gozava de privilégios no lar em relação aos homens.

A promiscuidade nas relações familiares acarretou a supremacia da mulher sobre o homem, certificando para o filho a mãe, desta forma, o pai era sempre incerto. A descendência neste sentido se contava apenas por parte da mulher, constituía-se o lar comunista que significa o predomínio da mulher na casa.

Ainda no relato de Engels, a substituição da família matriarcal pela patriarcal deu-se pelo fortalecimento da família sindiásmica, que passou a exigir a estrita monogamia para as relações conjugais, proporcionando que, ao lado da verdadeira mãe, figurasse o verdadeiro pai. A partir daí, o homem não parou de impor suas vontades, organizando a família monogâmica, passou a deter os instrumentos de trabalho necessários para garantir a alimentação da família, assumindo papel mais importante que o da mulher, encarregada, desde então, dos cuidados com a casa e com os filhos.

Ao pai, dentro e fora do lar, lhe era dada a similaridade de Deus, ou seja, o verdadeiro senhor das famílias, tendo inclusive em Roma poder de vida e morte sobre as pessoas dos filhos. De acordo com o aspecto cívico da função de cidadão,

³⁸ ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado...* p. 50 a 66.

à esposa cabia procriar e cuidar da família, posteriormente tornando-se companheira para toda a vida, contanto que continuasse a obedecer ao esposo, reconhecendo sua inferioridade.³⁹

A derrocada do direito materno foi a derrocada do sexo feminino na História universal. O homem tomou posse também da direção da casa ao passo que a mulher foi degradada, convertida em servidora, em escrava do prazer do homem e em mero instrumento de reprodução. Esse rebaixamento da condição da mulher, tal como aparece abertamente, sobretudo entre os gregos dos tempos heróicos e mais ainda dos tempos clássicos, tem sido gradualmente retocado, dissimulado e, em alguns lugares, até revestido de formas mais suaves, mas de modo algum eliminado.⁴⁰

Assumindo o Código Civil as características do patriarcalismo, a família é codificada em uma hierarquia de funções, nas quais aos homens se direcionavam poderes, atendendo a interesses voltados para a produção da sociedade rural da época. A mulher e o filho ocupavam espaços de inferioridade, criando o estereótipo do pai provedor da casa e da mãe dona-de-casa.⁴¹

A ascensão da mulher ao mercado de trabalho a liberta da dependência econômica, agora não mais precisando esperar por um marido que a sustente.

Com o surgimento do feminismo a família ocidental foi desafiada. A soberania do pai dá lugar à figura central da maternidade e, neste processo de emancipação, as mulheres afirmaram sua diferença e as crianças passaram a ser vistas como sujeitos.

Engels noticiava que as mudanças seriam previstas quando diz que

a economia doméstica converter-se-á em indústria social. O tratamento e a educação das crianças passarão a ser uma questão pública. A sociedade cuidará, com o mesmo empenho, de todos os filhos, sejam legítimos ou ilegítimos. Desaparecerá, desse modo, o temor das “conseqüências” que é hoje o mais importante fator social, tanto do ponto de vista moral como do ponto de vista econômico, e que impede uma jovem solteira de se entregar livremente ao homem que ama. Não será isso suficiente para que apareçam gradualmente relações sexuais mais livres e também para que a opinião pública se torne menos rigorosa quanto a honra da virgindade e à desonra das mulheres? E finalmente, não vimos que, no mundo moderno, a prostituição e a monogamia, ainda que antagônicas, são inseparáveis, como pólos de uma mesma ordem social? Pode a prostituição desaparecer sem arrastar consigo, na queda, a monogamia?⁴²

³⁹ DUBY, George; ARIÉS, Philippe. *História da vida privada, do Império Romano ao ano mil...*, p. 47.

⁴⁰ ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado...*, p. 64.

⁴¹ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União Entre Pessoas do Mesmo Sexo...*, p. 8-9.

⁴² ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado...*, p. 82.

A partir do momento em que a Igreja perde influência para o Estado, o pai burguês já não se assemelha a um “deus” em seu lar, pois se volta para a figura do empreendedor industrial na fase da burguesia e a família se transforma em uma comunidade de trabalhadores: homens, mulheres e crianças.⁴³

*A ordem familiar econômico-burguesa repousa, portanto em três fundamentos: a autoridade do marido; a subordinação das mulheres e a dependência dos filhos.*⁴⁴

A recondução do pai na função autoritária, entretanto, não impediu a fragmentação da paternidade, tendo em vista que a dominação paterna cede lugar à ética, tendo início uma nova identidade paterna.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão impôs respeito a novos direitos adquiridos (dignidade do ser humano em geral, da criança), desta feita, em obediência a estes direitos o pai se torna um pai justo.

O casamento tem sua natureza alterada, não agora submetido à autoridade divina indissolúvel, mas livremente assumido pelos nubentes, firmado no amor enquanto este persista, abrindo-se aqui as portas para a instituição do divórcio.

A análise destas situações ligadas à abolição da diferença dos sexos, na contextualização da derrocada do patriarcalismo, leva Elizabeth⁴⁵ a trazer os seguintes questionamentos que, embora se transmitam em uma transcrição longa, merecem ser observados na íntegra:

Nestas condições estará o pai condenado a não ser mais que uma função simbólica? Deve ele se obstinar a vestir novamente os ouropéis do patriarca de outrora, como queriam os conservadores? Deve ele, ao contrário, se transformar em educador benevolente, como desejavam os modernistas? Se o pai não é mais o pai, se as mulheres dominam inteiramente a procriação e se os homossexuais têm o poder de assumir um lugar no processo da filiação, se a liberdade sexual é ao mesmo tempo ilimitada e codificada, transgressiva e normalizada, pode-se dizer por isso que a existência da família está ameaçada? Estaremos assistindo ao nascimento de uma onipotência do “materno” que viria definitivamente aniquilar o antigo poder do masculino e do “paterno” em benefício de uma sociedade comunitarista ameaçada por dois grandes espectros: o culto de si próprio e a clonagem?

⁴³ ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem...*, p. 37.

⁴⁴ ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem...*, p. 38.

⁴⁵ ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem...*, p. 11.

No decorrer deste trabalho, as questões acima serão levantadas, demonstrando o panorama da família atual, onde o homem juntamente com a mulher cuida dos filhos e dos afazeres domésticos. Para Gama⁴⁶, o patriarcado pode ser considerado fato histórico, o homem já não mais exerce o papel de chefe ou de provedor da família, enfim, pode-se dizer que o patriarcado ao menos em nosso meio encontra-se extinto.

A emancipação feminina, movimento que teve seus primeiros relatos na França, foi um dos fatores que contribuiu muito para a derrocada final do patriarcado.

Allan Touraine⁴⁷ diz ser importante a substituição de uma sociedade de homens por uma sociedade de mulheres, uma vez que estas por serem vítimas de uma posição inferior, seriam as incentivadoras da reconstrução de um conjunto que se havia partido em dois: *reconstrução dos laços entre corpo e espírito, razão e sentimento, vida pública e vida privada, masculino e feminino. Desde este momento o machismo parece ser arcaico, residual mesmo.*

Na obra *O Mundo das Mulheres*⁴⁸, Alan Touraine discorre sobre os resultados obtidos em uma pesquisa de campo composta pelas observações e entrevistas com dois grupos de mulheres que vivem na França: um grupo de mulheres francesas e o outro grupo mulheres muçulmanas que vivem na França. Na condução deste trabalho o autor toma a postura de observador e ouvinte.

Demonstra como as mulheres se vêem e qual sua postura no mundo atual, independentemente da situação de dominação que lhe foi apresentada até então. Esta posição é diferente inclusive da posição dos primeiros movimentos feministas que se preocupavam em pregar a igualdade irrestrita entre homens e mulheres.

Entre as descobertas principais expõe o autor que as mulheres pensam e fazem de modo diferente, do que diz a maioria dos estudos realizados sobre elas. As mulheres ouvidas se definiram antes de tudo como mulheres e não como vítimas,

⁴⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios Constitucionais de Direito de Família...*, p. 116-117.

⁴⁷ TOURAINE, Alan. *Pensar Outramente: O Discurso Interpretativo Dominante...*, p. 240.

⁴⁸ TOURAINE, Alan. *O Mundo das Mulheres...*

ainda que tenham sofrido injustiças, pois, seu objetivo principal era de se consagrar enquanto mulher.

Para as mulheres atualmente muito mais que os discursos progressistas que criticam a desigualdade que as fazem de vítimas e, ao mesmo tempo, reivindicam seu direito à diferença, a afirmação mais importante é ser mulher, dando prioridade ao relacionamento da mulher consigo mesma do que com o outro, ou seja, com o homem. As lutas das mulheres contra o sistema de dominação que se exerce em favor das relações heterossexuais e da dominação masculina não são tão importantes como a afirmação de si como mulher significa que elas existem primeiramente por elas mesmas e para elas mesmas⁴⁹.

Em uma opinião moderada os movimentos feministas atuais continuam se opondo completamente ao modelo antigo de mulher, entretanto, estas mulheres transformadas não se opõem aos homens, seus pensamentos refletem que:

Ao contrário, sua libertação significa que cada um (homem/mulher) deixa penetrar nele uma parte do outro. Assim como a parte de feminilidade cresce nos homens, a parte de masculinidade aumenta nas mulheres, mas sem aceitar com isso a idéia “unissex”, constantemente e claramente rejeitada. É a imagem da construção de si que melhor apresenta as declarações das mulheres estudadas. Elas não buscam salvaguardar ou restabelecer um eu; elas tampouco buscam defender um self que seria construído pelo olhar dos outros, segundo a interpretação clássica. Elas querem claramente agir sobre elas mesmas, mais que sobre os outros.⁵⁰

Ressalta o autor que não se trata da criação de uma identidade feminina, *é, antes disso, de sua destruição, da destruição de toda a imagem da natureza feminina ou de toda categoria de mulher definida por sua diferença ou por sua oposição à categoria dos homens.*⁵¹

De forma contrária a mulher hoje se coloca como sujeito no processo de formação social, opõe-se às definições herdadas das funções que a ordem social lhe impunha. A ordem social que impera na vida pública é complementada e reforçada

⁴⁹ TOURAINE, Alan. *O Mundo das Mulheres...* p. 29

⁵⁰ TOURAINE, Alan. *O Mundo das Mulheres...* p. 43 a 51

⁵¹ TOURAINE, Alan. *O Mundo das Mulheres...* p. 47.

pela ordem que as próprias mulheres consolidam na vida privada enquanto reprodutoras da vida e principalmente enquanto educadora das crianças.

Assumindo a sua posição de sujeito na história – assim, portadora de direitos e obrigações - o sujeito-mulher em particular, luta contra uma dominação que quer destruí-la. E a mulher-sujeito não é uma deusa ou uma estátua, mas um ser humano que cria (dificilmente) as relações entre seus papéis sociais, dos quais ela não pode se desfazer, que gera sua experiência biológica inseparável da relação com as crianças, que gera relações com um ser amado, do mesmo sexo ou não e, enfim, que gera suas relações para consigo mesma – reconhecimento de si.

Na obra *Um Novo Paradigma: Para Compreender o Mundo de Hoje*, Alain Touraine retrata que os antigos paradigmas estavam voltados para a conquista do mundo, o novo está mais voltado para a conquista das pessoas.

Informa que enquanto notamos a decomposição de um mundo que era dirigido por homens, entramos numa sociedade de mulheres.

Dentro desse novo paradigma é que propõe o autor que precisamos nos situar para sermos capazes de nomear os novos atores e os novos conflitos, que põe diante de nossos olhos uma nova paisagem.

Nos termos do abordado acima a respeito da luta das mulheres pelo seu reconhecimento como sujeito, nesta obra realça o autor que não se marcha para uma sociedade de igualdade entre homens e mulheres, já nos encontramos em uma sociedade orientada pelas mulheres, muitas são as objeções a estas afirmações, onde ressaltam que:

*como se falar de dominação feminina quando os homens detêm ainda o essencial do poder, da riqueza e das armas, quando os salários femininos são inferiores aos dos homens e quando por toda parte são visíveis os sinais da autoridade masculina e da submissão das mulheres à imagem que os homens se formam delas?*⁵²

Dada a devida importância à emancipação feminina no processo de queda do patriarcalismo, verifica que a sua extinção de certo não levaria a derrocada da instituição familiar.

⁵² TOURAINE, Allan. *Um Novo Paradigma: Para Compreender o Mundo de Hoje*. . p. 229.

A família passa agora a se apresentar sob novas bases, calcada no reconhecimento de seus membros (homem, mulher e filhos) que compartilham afeto e respeito no meio familiar. A idéia de obediência e respeito pelo medo e por imposição de um de seus membros sim, encontra-se totalmente descabida de amparo fático e legal.

2.2 A FAMÍLIA E OS EFEITOS DA GLOBALIZAÇÃO

A família acompanha a evolução da sociedade e atualmente o grande marco dessa instituição vem sendo caracterizado pelo individualismo, o consumismo exacerbado, as relações frívolas e uma liberdade incontida.

Diferentemente da família tradicional, a família moderna tende a se tornar um grupo cada vez menos organizado e hierarquizado. A família contemporânea é relacional e caracteriza-se pela diminuição de dependência dos laços de dependência entre as gerações e os sexos em prol de uma qualidade melhor das relações. Há uma evolução em sua afetividade, passa a ser o campo privilegiado do afeto e um refúgio do mundo externo.⁵³

Bauman em sua obra *Amor Líquido* escreve sobre a fragilidade dos vínculos humanos, o sentimento de insegurança que ele inspira e os desejos conflitantes (estimulados por tal sentimento) de apertar os laços e ao mesmo tempo mantê-los frouxos.

A individualização do ser humano e os relacionamentos são situações conflitantes que para o autor oscilam entre o sonho e o pesadelo, e não há como determinar quando um se transforma no outro.

Atualmente esta geração acredita ser artificial um mundo confiante e fiel, haja visto que programas de televisão em formato de reality show como Big Brother e Survivor, pregam a desconfiança de todos por todos.

Os programas mostram um ser humano descartável, não importando sua contribuição para o crescimento do grupo, pois para ganhar o jogo o objetivo é eliminar cada um dos participantes, independente do grau de afinidade ou amizade que se estabelece entre eles.

⁵³ SARMENTO, Roselaine dos Santos. Pais Irresponsáveis, Filhos Abandonados..., p. 226.

Ali se demonstra que só vence aquele que acredita em *um mundo duro, feito de pessoas duras: um mundo de indivíduos relegados a se basearem unicamente em seus próprios ardis, tentando ultrapassar e superar uns aos outros.*⁵⁴

Volta-se à teoria darwiana, onde o mais apto é o que sobrevive, sendo a relação com um estranho sempre de vigilância em todos os momentos.

As relações atuais para o autor são fundadas no amor puro⁵⁵, traduzindo-o como a relação desenvolvida sobre o que cada um pode ganhar com ela, que sobrevive até que se possa tirar algo de proveito, caindo por terra as relações fundadas no preceito “na alegria e na tristeza, na saúde e na doença”. Assim, essas relações são a todo o custo evitadas, não se investindo de forma mais profunda no relacionamento, sendo *difícilmente um solo em que a confiança pudesse fincar raízes e florescer.*⁵⁶

Falando sobre a entrega aos relacionamentos em seu livro a *Arte da Vida*, Bauman⁵⁷ retrata que a felicidade oferecida por uma vida a dois, estabelece um preço que, muitas vezes, implica em autossacrifício. No amor, por natureza, há a tendência de se juntar os objetos de amor (uma pessoa, um grupo de pessoas, uma causa) em sua luta por realização, ajudá-los nessa luta, o que significa estar pronto para abandonar a preocupação consigo mesmo em favor do outro.

Nestes termos o amor tende a ser simultaneamente desejado e temido. A fórmula da felicidade sempre nos impõe o "estar na frente", elevando isto a categoria de princípio orientador, atualmente com uma sociedade esmagada por uma sede de excitação e uma decrescente disposição de se ajustar aos outros, subordinar-se ou abrir mão, seria impossível que dois indivíduos que desejam ser ou se tornar iguais e livres descubram o terreno comum no qual seu amor pudesse crescer.

É inerente ao ser humano a procura de parceiros para envolver-se e o fazem a fim de encontrar no companheiro um porto seguro que os afastem da aflição e da fragilidade, muito embora a inconsistência das relações tornem os relacionamentos mais aflitivos e dolorosos, estreitar estes vínculos para uniões mais sólidas é um passo que se deve dar com cautela.

⁵⁴ BAUMAN, Zygmund. *Amor Líquido...*, p. 109.

⁵⁵ Traduz o autor a expressão “amor puro” como aquele amor frágil, físsiparo.

⁵⁶ BAUMAN, Zygmund. *Amor Líquido...*, p. 112.

⁵⁷ BAUMAN, Zygmund. *A arte da vida...*, p. 69-75.

Para Alain Touraine⁵⁸ em *Pensar Outramente*, a chamada “liberdade sexual”, *não libera mais nada, nem o desejo, nem o amor, nem o desejo pelo proibido*. Atualmente atos sexuais não simbolizam nem relações, nem prazeres, nem desejo, nem amor, existem por si só.

O ser humano tem buscado se definir não mais em relação às normas e mecanismos sociais, mas sim em relação à construção de si próprio, no trabalho de libertação do próprio corpo e em particular de sua sexualidade.⁵⁹

Esta insegurança nos envoltimentos vem demonstrada por Georges Duby em *História da Vida Privada*,⁶⁰ quando descreve que em Roma a paixão amorosa era temível, pois tornava um homem livre escravo de uma mulher, o qual ele chamará senhora. Quando um romano se apaixonava loucamente, seus amigos e ele mesmo consideravam ou que perdera a cabeça por uma mulherzinha devido a um excesso de sensualidade, ou que moralmente caíra em escravidão; é, dócil como bom escravo, nosso enamorado.

Importante observar que as técnicas de reprodução separaram a sexualidade da reprodução, podendo muitas mulheres optar por ter filhos sem que com isso tenha que ter um parceiro.

Parece que a família atual, em especial atendendo ao princípio da solidariedade, se adota a ideia do um por todos e todos por um, promovendo em seus membros um espírito de cooperação na realização de seus interesses pessoais.

Há que se cuidar para que o senso ético invada as relações familiares, não sendo estas convertidas em consumismos amorosos das eternas tentativas, a fim de que se evite banalizar o ato responsável que se deve dar a formação de uma família vez que diversas pessoas são as envolvidas.

Paulo Luiz Neto Lobo⁶¹ afirma que as famílias sofreram uma repersonalização das relações civis, no momento em que ela deixa de ser uma célula do Estado, quando este exerce sobre aquela o domínio político no intuito de incorporá-la como parte sua. Agora se torna uma célula da sociedade civil, um

⁵⁸ TOURAINE, Alan. *Pensar Outramente...*, p. 220-225.

⁵⁹ TOURAINE, Alan. *Pensar Outramente...*, p. 222.

⁶⁰ DUBY, George; ARIÉS, Philippe. *História da vida privada, do Império Romano ao ano mil...*, p. 186

⁶¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A Repersonalização das Relações de Família...*, p. 138-139.

espaço para a realização da afetividade e dignidade de cada um de seus membros. Nesta vertente a família torna-se instrumento de realização do indivíduo.

Guy Debord⁶² informa que na primeira fase da dominação da economia sobre a vida social a realização do ser humano se baseava no ter em lugar do ser. Este fato permanece até os dias atuais, pois a ocupação da vida social se baseia na busca da acumulação de resultados econômicos e conduz a uma busca generalizada do ter e do parecer, sucumbindo o ser.

A dominação do ter pelo ser transforma a sociedade em uma sociedade doente focada nas coisas e não nas pessoas, subvertendo os valores, levada pela dinâmica do capital.

Para Eduardo Bittar⁶³ as múltiplas opções de vida fazem com que as regras do controle social e de comportamento atuais não sejam suficientes, porque hoje os indivíduos são aquilo que vestem e os lugares que frequentam.

Nesta senda o mercado determina a identidades dos sujeitos, do grupo e da comunidade por eles frequentada, a sociedade é liderada pelas escolhas daquilo que é interessante para o mercado e aqueles que não aderem “a tendência” estão fora da sociedade.

Portanto, engana-se quem se considera livre tendo em vista que o mercado se renova a todo tempo e, para fazer parte da sociedade, é preciso acompanhar o novo e ser aprovado.

A situação não é melhor no tocante à igualdade de direitos, sob o ponto de vista jurídico, do homem e da mulher no casamento. A desigualdade legal de ambos, que herdamos de condições sociais anteriores, não é causa e sim efeito da opressão econômica da mulher. Na antiga economia doméstica comunista que abrangia numerosos casais com seus filhos, a direção do lar confiada às mulheres era uma indústria tão pública, tão socialmente necessária quanto a obtenção de alimentos, de que estavam encarregados os homens. Essa situação se alterou com a família patriarcal e ainda mais com a família monogâmica. A administração do lar perdeu seu caráter público. A sociedade já nada mais tinha a ver com ela. A administração do lar se transformou em serviço privado. A mulher se converteu na primeira criada e foi afastada da participação social. Só a grande indústria de nossos dias lhe abriu de novo – embora apenas para a mulher proletária – o caminho da produção social. Mas isso se fez de tal modo que, se a mulher cumpre seus deveres no serviço privado da família, fica excluída do trabalho público e nada pode ganhar. Se quer participar da indústria pública e ganhar dinheiro de maneira autônoma, torna-se

⁶² DEBORD, Guy. *A sociedade do Espetáculo...*, p. 17.

⁶³ BITTAR, Eduardo C. B. *Família, Sociedade e Educação...*, p. 100.

impossível para ela cumprir o mesmo com a mulher em todos os ramos da atividade, inclusive na medicina e na advocacia.⁶⁴

A família participa ativamente destas alterações vez que ela é uma *interação dialética com a vida social*⁶⁵. A urbanização, o acesso à tecnologia, a exigência para qualificação no mercado de trabalho, os baixos salários e com isso a necessidade de se buscar novas fontes de renda afetam toda a sociedade e também diretamente a família. Seus membros participam dessa busca frenética pelo ter, o parecer com os demais, a realização de seus sonhos de forma individual, independentemente se o custo disso for a desconstituição da família ou o abandono dos filhos, pois, no jargão popular “o importante é ser feliz”.

Os indivíduos se direcionam cada vez mais para si e o convívio familiar se torna cada vez mais raro. Os compromissos assumidos não são mais em função da família, mas sim do indivíduo, haja vista a carga de trabalho extensa a fim de sustentar a compra de tudo aquilo que o mercado induz ou a frequência em cursos de aperfeiçoamento, a fim de se tornar o profissional exemplar que o capital tanto diz precisar.

Bittar⁶⁶ ao comentar o resultado da crise familiar informa que

O resultado da crise da família é o enfraquecimento da capacidade de autonomia do indivíduo; a noção de felicidade é uma confusa concepção a orientar a vontade asoberba da vida privada hodierna. É numa era em que se busca obstinadamente a felicidade pro si mesma que se vê a felicidade comprometida e ameaçada.

Para Grisard⁶⁷, atualmente o modelo de família fundado na livre eleição do casal, no amor e no afeto, fragiliza os vínculos conjugais, uma vez que instalado o desamor, a comunicação diminui e o afeto desaparece, abrindo caminhos para as separações. O Estado-legislador cada vez mais cria normas que facilitam o divórcio, mas em contrapartida, *fortalece a solidariedade intrafamiliar mediante a afirmação constitucional da corresponsabilidade parental e da proteção integral ao menor*.

Um dado interessante que se contrapõe a toda essa onda de

⁶⁴ ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado...*, p. 79.

⁶⁵ BITTAR, Eduardo C. B. *Família, Sociedade e Educação...*, p. 103.

⁶⁶ BITTAR, Eduardo C. B. *Família, Sociedade e Educação...*, p. 113.

⁶⁷ GRISARD, Waldir Filho. *Famílias Reconstituídas...*, p. 64.

consumismo, fragilidade dos vínculos e, principalmente, falta de tempo, dadas as extenuantes jornadas de trabalho, foi trazida por uma reportagem da revista *Pais e Filhos*, Sem Perda de Tempo.⁶⁸

De acordo com a matéria, a entrada das mulheres no mercado de trabalho, se deu entre os anos 60 ou 70. As mulheres ficavam em casa o dia todo, mas não necessariamente com os filhos, pois passavam a maior parte do tempo envolvidas nas atividades domésticas, estudos mostram que os pais dos anos 2000 passam mais tempo com os filhos que os de 1965.

De acordo com a pesquisa da Universidade de Maryland, em 1965 as mães passavam 10 horas semanais cuidando exclusivamente dos filhos, 32 horas realizando tarefas domésticas e apenas 8 horas trabalhando fora. Nos anos 2000, as mulheres ocupam a semana com 23 horas de trabalho fora do lar, o tempo com as crianças aumentou para 13 horas por semana.

Para conseguir aumentar o tempo que passam com os filhos as mães desenvolvem menos trabalhos domésticos, assistem menos TV e dormem pouco.

Na Inglaterra numa pesquisa realizada em 2006, um casal típico passa 19 minutos por dia com os filhos, apesar de ser pouco o tempo, as pesquisas demonstraram que independentemente de o tempo ser pouco, o que contava era a sua qualidade, pois este era dedicado exclusivamente à criança.

Todas essas evoluções trazem para o Direito situações das mais inusitadas. Um exemplo disso se encontra em uma fala de Roudinesco⁶⁹, quando menciona que na Califórnia um homem redigiu seu testamento doando esperma para a namorada e escolheu um nome para o futuro filho. Mandou congelar as amostras de esperma, vindo em seguida a se suicidar. Um dos filhos do primeiro casamento impetrou ação judicial visando impedir a gravidez, vez que o esperma que possivelmente se converteria em filho teria direito a 20% da sucessão. Ao final, em fase de recurso, o esperma foi atribuído à mulher.

Outra situação que atingiu grandes proporções foi a ocorrida no dia 29 de junho no Estado do Oregon, EUA, onde Thomas Beatie, por meio de parto normal, deu a luz a uma menina de nome Susan, o bebê foi concebido por meio de

⁶⁸ LOBO, Márcia. *Sem Perda de Tempo...*, p. 48-49.

⁶⁹ ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem...*, p. 169.

inseminação artificial usando o espermatozoides de um doador e um óvulo do próprio Beatie.

Thomas Beatie nasceu mulher e atendia pelo nome de Tracy Lagondino, entretanto, há dez anos, quando contava com 24 (vinte e quatro) anos, pediu para mudar de gênero, realizou uma cirurgia para retirada dos seios e iniciou um tratamento com hormônios masculinos, o que alterou sua voz e formas do corpo. Ele não realizou a cirurgia para retirada de seus órgãos internos e colocação de uma prótese sexual masculina, em decorrência de imperfeição da mesma, em especial no que diz respeito à função urinária.

Há cinco anos casou-se com Nancy (uma mulher), que por problemas de saúde havia retirado o útero e, há dois anos, o casal resolveu ter filhos. Beatie, então, suspendeu as injeções de hormônio masculino, voltando a ovular. Com o espermatozoides de um doador foi fecundado artificialmente.

A alimentação da filha é realizada por Nancy que, por meio de hormônios e estimulação, consegue, pelo menos em parte, amamentar.

Questionado sobre o fato de ter nascido mulher e seu interesse em se tornar homem e agora a sua gravidez, Thomas Beatie de forma simples esclarece que o desejo de procriar não é do homem ou da mulher, é humano.

A notícia com certeza gerará as mais diversas opiniões e será comentada e debatida por especialistas de diversas áreas tanto do direito, como da psicanálise e sociólogos. Fato é que o avanço da medicina no que tange à fertilização artificial trouxe para a sociedade elementos até então desconhecidos, que nos levam as constantes reflexões.

Nesta situação em específico se pergunta: em relação à criança, esta poderá se desenvolver em meio a uma família assim tão diversa da tradicionalmente constituída?

Deverá o ordenamento jurídico coibir tais gestações? Relegando somente ao gênero feminino a condição de procriação?

Diante da análise de todos estes fatos deve-se ter em conta que a família, independentemente da forma que se apresenta, necessita de maior solidariedade e fraternidade e que esses conceitos devem repercutir em toda a sociedade. A negação do pensamento de solidariedade leva a um consumismo desenfreado, destruindo os laços familiares, refletindo a teoria do ter e não do ser.

No próximo capítulo abordaremos a constitucionalização do direito civil, sendo esta, a interpretação das normas de direito privado a rigor do texto

constitucional, em uma busca da aproximação da norma com a realidade político-social.

Será avaliada a efetividade dos princípios, os quais, na ausência de fundamento legal deve o juiz se valer destes, a fim de, prover a tutela jurisdicional requisitada pelo jurisdicionado. Por fim são apresentados os princípios que norteiam o direito de família, sendo eles: o princípio da afetividade; da dignidade da pessoa humana; da igualdade e respeito às diferenças; do melhor interesse da criança; da menor intervenção do Estado e o da solidariedade familiar.

3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA FAMÍLIA E A SUA LEITURA NO TEXTO CONSTITUCIONAL

3.1 O CONSTITUCIONALISMO

Ao final da Segunda Guerra Mundial o Direito positivo, o qual serviu de palco para justificar as barbáries cometidas pelos nazistas, tem marcado o seu fracasso. Foi preciso a criação de direitos e garantias fundamentais no âmbito internacional inclusive para a defesa do cidadão frente aos abusos cometidos pelo Estado.

No filme “O Julgamento de Nuremberg” tal situação fica bem definida. No início do filme Herr Holfe, o advogado de defesa de um dos juízes acusados – Ernst Janning – enfatiza que a justiça deverá ser aplicada antes de tudo na análise do caráter do réu. Afirma que um juiz não faz as leis, apenas as executa.

Questiona se deveria o mesmo executar as leis do seu país ou deixar de executá-la e ser condenado como um traidor. Nomeando este como o dilema fundamental do julgamento, qual seja, cumprir as leis ainda que impliquem em extermínio de milhares de pessoas ou descumpri-las firmando-se no princípio fundamental de proteção à vida.

Considera Luis Roberto Barroso que:⁷⁰

[...] Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha aceitação no pensamento esclarecido.

Com a queda do positivismo abre-se um caminho para um conjunto amplo de reflexões acerca de uma nova forma de pensar o Direito; a sua função social e a sua interpretação dos direitos fundamentais estão edificados sob o princípio da dignidade da pessoa humana.

Após a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo um novo caminho se abre para *um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo*

⁷⁰ BARROSO, Luis Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional...*, p. 336.

surge como uma fórmula de definição de valores, princípios e regras em uma nova *hermenêutica constitucional*, embasado na teoria dos direitos fundamentais, com fundamento no princípio da dignidade humana. *A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.*⁷¹

Barroso⁷² traça o desenvolvimento da constitucionalização do Direito Civil, dividindo-os em fases, sendo a primeira denominada mundos apartados; a segunda fase denominada publicização do direito privado e a terceira fase chamada constitucionalização do direito civil.

Na primeira fase postula-se que, com o início da constitucionalização na Europa, a Constituição não era vista como a lei maior de um Estado, era uma Carta Política, com a função limitada e funcional de convocar a atuação dos Poderes Públicos, não tendo força normativa própria, sendo que seus ditames não possuíam eficácia de aplicabilidade direta e imediata. O Código Civil era o documento que regia as relações entre os particulares e era chamado de “Constituição do direito privado”.

A segunda fase é marcada pelo dirigismo contratual e o início da superação do individualismo exacerbado. Surge o Estado social que abandona a autoridade suprema da autonomia da vontade. O Estado, através de normas de ordem pública, começa a interferir nas relações entre particulares, em nome da solidariedade social e da função social, inserindo-se em instituições como a propriedade e o contrato, protegendo os mais fracos (consumidor, locatário e empregado).

Na terceira fase, chamada de a constitucionalização do direito civil, a Constituição se torna o centro do sistema jurídico, passa a ser *o filtro axiológico pelo qual se deve ler o direito civil*⁷³, este que começa a ser lido através da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados, por um novo sistema de valoração dos princípios. Observa-se que a intenção não é incluir a Constituição no direito

⁷¹ BARROSO, Luis Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional...*, p. 336.

⁷² BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo...*, p. 367-368.

⁷³ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo...*, p. 368.

infraconstitucional, mas sim realizá-lo na ordem inversa, fazer a leitura da norma infraconstitucional no direito constitucional.

A Constituição determina hoje a interpretação de todas as normas do sistema e, no Brasil, a constitucionalização se dá a passos largos, com grande aceitação pela doutrina, pela jurisprudência e até pelos próprios civilistas. Embora tenha chegado recentemente, dá-se de modo muito intenso.

Com a superação da aplicação do direito em seu aspecto formal, torna-se imprescindível uma maior interação entre a ordem jurídica e o domínio das relações fáticas. A aplicação da norma cada vez mais representa um dever-ser que busca a sua aproximação com a realidade político-social, desta feita afirma Carlos André Spielmann⁷⁴ que

Urge que se delimite o papel a ser desempenhado pelo Judiciário nas sociedades pluralistas e, especialmente, em países em desenvolvimento, onde muitas demandas sociais ainda estão por ser satisfeitas. Antes de mais nada, o Judiciário - pela índole contraditória e isonômica de seu processo - constitui, indubitavelmente, o cenário mais adequado para a conciliação de interesses que, embora amparados, não raramente, por normas de igual hierarquia, revelam, quando da solução do caso concreto, toda sua conflituosidade, o que se explica, de outro lado, pelo fato de que muitas vezes seus titulares sejam indivíduos ou grupos que almejam sustentar situações político-jurídicas antitéticas.

O constitucionalismo é a compreensão de uma ordem objetiva de valores, realizado por um sistema aberto de princípios e regras e a Constituição passa a ser o norte para a leitura de todo o direito infraconstitucional.⁷⁵

O direito constitucional tem importância vital no desenvolvimento e na interpretação constitucional, pois *este deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível*⁷⁶.

3.1.1 O Constitucionalismo e a Efetividade dos Princípios no Direito de Família

A falta de normas jurídicas e a necessidade de inserção das novas

⁷⁴ SPIELMANN, Carlos André. *O (Des)Empenho do Judiciário na Transformação Social...*

⁷⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional...*

⁷⁶ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição...*, p. 27.

famílias no ordenamento jurídico tende a fazer com que o juiz reconheça a existência de novos direitos, exercendo a função criadora da justiça.

Nessa ausência de fundamento legal deve o juiz se valer dos princípios constitucionais, princípios estes que se encontram no ápice do ordenamento jurídico, com a constitucionalização do direito, aqui em especial do direito civil, os princípios tomaram vestes de fontes normativas.

Para que se possa interpretar a família contemporânea dentro do ordenamento jurídico atual é necessário que a mesma seja lida em consonância com os princípios constitucionais, os quais constroem seus significados, pela jurisprudência.

Rodrigo da Cunha Pereira⁷⁷ alerta que para a compreensão destes princípios, é necessária *uma hermenêutica contextualizada numa revolução paradigmática*, revolução esta que já foi feita, necessitando de uma melhor compreensão *para que fique definitivamente inserida na nova ordem jurídica sobre a família*.

Na contemporaneidade exige-se dos operadores do direito uma preocupação com a realidade, assim, a hermenêutica dos textos legais deve acompanhar a realidade do momento presente, sob pena de não se realizar a justiça real, ficando na mera formalidade.

Na obra *Levando os Direitos a Sério*, afirma Ronald Dworkin⁷⁸ que

Os juristas quando argumentam em favor de uma causa aconselham, seus clientes ou redigem projetos de lei para atender objetivos sociais específicos, vêem-se diante de problemas técnicos, no sentido de que há um acordo geral entre os membros de sua profissão quanto ao tipo de argumento ou prova do que é relevante. Às vezes, porém, os juristas lidam com problemas que não são técnicos nesse sentido sobre os quais não há consenso geral de como proceder.

Há que se considerar ainda que se o texto jurídico é também um texto literário, evidentemente sua linguagem é plurissignativa e plural, cuja interpretação pode variar conforme o momento temporal em que se está realizando. A Lei é estática, mas o direito é dinâmico e tem que acompanhar a evolução da sociedade.

⁷⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais Norteadores para o Direito de Família...*, p. 08

⁷⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério...*, p. 1.

Águida Arruda Barbosa esclarece que o direito é parte do indivíduo, sendo a natureza do direito sujeito sociológico, uma vez que *para ser eu é preciso relacionar-se com tu*. Desta feita, para que o direito objetivo esteja na sociedade é preciso primeiro realizá-lo no indivíduo.⁷⁹

A interpretação da lei infraconstitucional deve ser realizada frente às normas constitucionais, em especial aos princípios que recebem atribuição de normatividade e suas relações como valores e regras fundados na nova hermenêutica constitucional.

A Constituição tem a sua força normativa superior a outras fontes, assim, em havendo divergência entre a norma constitucional e infraconstitucional, a regra constitucional prevalece sobre a mesma, garantindo com a observância dos princípios fundadores do ordenamento jurídico a unidade do sistema, o que somente é possível com a hierarquização das normas.

Miguel Carbonel, na apresentação da obra de Gustavo Zagrebelsky⁸⁰, informa que

Las normas constitucionales que mejor representan la continuidad del pasado con el presente y del presente con el futuro son, según nuestro autor, las normas de principio. (...) Los principios requieren de la dogmática constitucional de nuestro tiempo estar más abierta a los requerimientos de la "política constitucional". Esto supone elevar el grado de "ductibilidad" en sus planteamientos, de manera que la interpretación de la constitución no prefigure las posibilidades del presente, sino que permanezca abierta a lo que se pueda decidir en el futuro.⁸¹

Continua citando que⁸²

Zagrebelsky, la ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una delación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución [...] La ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es

⁷⁹ BARBOSA, Águida Arruda. *Mediação e Princípio da Solidariedade Humana...*, p. 30.

⁸⁰ CARBONEL, Miguel in ZAGREBELSKY, Gustavo. *Storia e Costituzione...*, p. 12.

⁷² Regras constitucionais que melhor representam a continuidade do passado com o presente e o futuro do presente são, segundo o nosso autor, as regras de princípio. [...] Os princípios exigem a Constituição dogmática do nosso tempo seja mais aberto às exigências da "política constitucional". Isso envolve o aumento do nível de "flexibilidade" nas suas abordagens, de modo que a interpretação da Constituição não prefigure as possibilidades do presente, mas permanecem em aberto para o que poderá ser decidido no futuro.

⁸² CARBONEL, Miguel in ZAGREBELSKY, Gustavo. *Storia e Costituzione...*, p. 34.

destronada a favor de una instancia más alta. Y esta instancia más alta asume ahora la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior y concurrenciales.⁸³

A discricionariedade judicial resulta exatamente dessa liberdade que a Lei confere ao magistrado para a interpretação. Sua fonte está, por conseguinte, na liberdade de interpretação firmada nos princípios.

De modo que a discricionariedade judicial pode ser conceituada como a margem de liberdade conferida pela Lei ao magistrado para que este interprete a norma jurídica, valorando-a e buscando alcançar dentre as soluções validamente permitidas pelo ordenamento jurídico, aquela que lhe parece, em face da situação concreta, a mais adequada.

Gustavo Kloh Muller Neves, completa

Vale, então, ressaltar os valores prestigiados nos art., 1.º e 3.º da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, destacando o respeito à dignidade humana e a criação de uma sociedade livre, justa e solidária. Estes servem precipuamente de princípios vetores, capazes de subordinar e validar qualquer regra infraconstitucional de direito privado. Ao lado destes atuam vários princípios e subprincípios, como aquele que determina o caráter funcional da instituição familiar, por exemplo...⁸⁴

Reforça Barroso⁸⁵ ser a norma relatada em uma moldura, na qual se encaixam diferentes possibilidades de interpretação, pois é com base nos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados que será determinado o sentido da norma, promovendo desta forma a solução ao problema proposto, calcado na Constituição.

Desse modo facilmente se observa que o Direito de Família se encontra na seara da constitucionalização. Ele despatrimonializou-se, acompanhado da solidariedade, deixa a normatividade do ser a do ter e passa ser a do ser, tendo relevo a dignidade da pessoa humana.

⁸³ Zagrebelsky a lei, pela primeira vez na época moderna, vem submetida a uma denúncia de adequação, e por conseguinte, subordinado a um estrato superior de direito estabelecido pela Constituição [...] A lei, uma medida exclusiva de todas as coisas no campo do direito, deu forma à própria Constituição e se converte em objeto de medição. Foi destronada em favor de uma instancia superior. E esta instancia mais alta assume o importante papel de manutenção da unidade e da paz em sociedades divididas e no interior da concorrência.

⁸⁴ NEVES, Gustavo Kloh Muller. Os Princípios entre a Teoria Geral do Direito e o Direito Constitucional..., p.19.

⁸⁵ BARROSO, Luis Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional...*, p. 332.

Com a constitucionalização do Direito de Família muitos foram os avanços e as conquistas, cada qual busca na própria família ou por meio dela a sua realização pessoal, independentemente se a união se der pelo casamento, pela união estável, pela união entre pessoas do mesmo sexo ou por pessoas que não compartilham relações sexuais, mas são solidários entre si.

Ancorados na constitucionalização das relações privadas, em especial, no direito de família, é claro que este se transporta para além do novo Código Civil, abrigando as novas famílias sob o manto dos princípios constitucionais, importando neles a hermenêutica familiar do século XXI.

Ainda Gustavo Neves⁸⁶

Além disto, qualquer bandeira levantada por uma ordem justa em uma sociedade cujos patamares jurídicos contemplem o pluralismo não pode prescindir dos princípios, os quais, metodologicamente, são de todo adequados para a flexibilidade e as quebras necessárias em um sistema que contemple a discordância.

Em virtude de seu caráter plural, globalizado e humanista a sociedade contemporânea exige, naturalmente, nova postura jurídica, sendo preciso um rompimento definitivo com o sistema tradicional, pois, [...] *o direito não deve ser procurado no Estado, nos textos, nos fóruns, nos juízes de toga ou de peruca, mas sim nas relações estabelecidas entre os indivíduos e a sociedade.*⁸⁷

Nesse sentido, não se admite pensar o direito como ordenamento jurídico estatal, fechado e não aberto a mudanças, pois a sociedade, fonte principal da formulação dos direitos, é mutante, transitória.

Nas palavras de Sérgio Gisckow Pereira⁸⁸

O direito é vida, é gente, é sociedade, é valorização, é incessante e desesperadora ânsia de alcançar o justo. O direito é impregnado, palpita, vibra, transborda com o humano [...]. A dogmática, quando sacralizada, fechada, rígida, maciça, impenetrável, distancia o direito do povo, artificializa-se, esteriliza-se [...]. O exercício de deduzir ou induzir o direito passa a ser um fim em si mesmo.

⁸⁶ NEVES, Gustavo Kloh Muller. Os Princípios Entre a Teoria Geral do Direito e o Direito Constitucional..., p. 14.

⁸⁷ LÉRIAS, Reinéro Antonio. As Constituições Brasileiras: Direitos Fundamentais e Cidadania..., p. 256.

⁸⁸ PEREIRA, Sérgio Gisckow. *Estudos de Direito de Família...*, p. 12-13.

Novos conceitos vieram para incitar a ciência do direito no âmbito das relações familiares, o desenvolvimento tecnológico/biológico, a fecundação artificial, a clonagem de seres humanos, são todos desafios para o século XXI.

É inegável que os operadores do direito, em especial os membros da Magistratura, devem estar envolvidos com estas novas vertentes, pois é através do processo que as partes vão conseguir dialogar, servindo o Juiz de mediador direto entre as partes na solução de seus conflitos mais íntimos; o Juiz de Família precisa ser sensível e humanitário na condução das ações.

Nas palavras de Ivete Ribeiro e Ana Clara Torres Ribeiro, em tempos contemporâneos a integração da família aos conceitos da psicologia e aplicação dos estudos sociológicos é imprescindível, assim, *tomar a família enquanto tema do esforço interdisciplinar significa retirá-la da banalidade cotidiana da tendência à sua naturalização.*⁸⁹

Nesse mesmo sentido salienta Guilherme Calmon Nogueira da Gama⁹⁰ sobre a necessidade dos cientistas e demais profissionais buscarem na sociedade atual a verificação da teoria e da prática que envolve todo contexto histórico, político, social, econômico e social.

Há que se atentar ainda para que não ocorra a constitucionalização excessiva dos casos concretos sob análise, incorrendo no risco de banalização do sistema jurídico, comprometendo a segurança jurídica, não podendo a Constituição ocupar todo o espaço jurídico.

Alguns parâmetros gerais que observados servem para mediar na ponderação da constitucionalização exacerbada e reduzir a subjetividade do aplicador da lei⁹¹: a preferência pela regra em havendo princípios na mesma hierarquia que uma regra válida que descreva a conduta a ser seguida, a regra deve prevalecer; as normas que envolvam a promoção dos indivíduos e a dignidade humana são preteridas em razão daquelas que apenas indiretamente produzam o mesmo efeito.

Na primeira assertiva – regras preferem princípios, justifica-se vez que as

⁸⁹ RIBEIRO, Ivete; RIBEIRO, Ana Clara Torres. Família em Processos Contemporâneos...

⁹⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Função Social da Família e Jurisprudência Brasileira...*, p.117

⁹¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional...*, p. 303.

regras estabelecem formas de conduta, efeitos que pretendem produzir, quando os princípios descrevem efeitos indeterminados que dependerão da interpretação para a aplicação da norma ao caso concreto.

A segunda assertiva já fala por si só, pois pondera valores imponderáveis, devendo os mesmos prevalecerem sempre.

Exemplo desta situação é análise do caso concreto levado ao STJ pelo RE 397762/BA, tendo como relator o Ministro Marco Aurélio⁹². Em síntese relata o caso de uma relação que surgiu paralela a um casamento sendo que a relação paralela durou 37 anos, resultando em uma prole numerosa. Com a morte do cônjuge varão buscaram as duas mulheres, a primeira esposa e a segunda, na visão da maioria do tribunal, concubina, o direito de pensão do falecido.

Foi concedido o benefício para a primeira e negado à segunda, o relator Ministro Marco Aurélio em seu voto afirma que havia uma relação de casamento e uma outra relação de concubinato, sendo que nestes casos a lei não cancelava estas situações por não se consistir a segunda relação uma união estável, vez que o falecido permaneceu casado até o fim de seus dias, sequer separado de fato, o que impedia a caracterização da união estável, em razão do mesmo estar impedido de constituir nova união, em razão do casamento efetivo que mantinha.

O ministro Carlos Aires Brito não acompanhou o voto do relator e utilizou-se da Constituição a fim de tecer seus fundamentos, afirmando que esta não poderia deixar de proteger àquela entidade familiar, vez que o que importava para a Carta era a formação de um durável núcleo doméstico, com disposição para construir um lar que o tempo confirmaria seus efeitos, não importando se um dos membros da relação tivesse ou não relação paralela, pois, o coração “é terra que ninguém nunca pisou”, sendo assim o ordenamento não poderia agir com censura, somente de forma protetiva.

⁹² COMPANHEIRA E CONCUBINA – DISTINÇÃO. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. UNIÃO ESTÁVEL – PROTEÇÃO DO ESTADO. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. PENSÃO – SERVIDOR PÚBLICO – MULHER – CONCUBINA – DIREITO. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=547259&pgl=1&pgF=100000>>. Acesso em: 18 fev. 2010.

A ministra Carmem Lúcia, assim como os ministros Menezes de Direito e Ricardo Lewandowski, acompanharam o voto do relator. A Ministra enfatizou que o que a Constituição pretende é preservar a família e que induzir outra pessoa a contrair casamento ocultando-lhe casamento anterior, consiste em erro essencial, passível de anulação, constituindo crime entabulado no Código Penal, artigo 236.

Em relação à frase citada pelo Ministro Carlos Aires Brito, de que o coração “é terra que ninguém nunca pisou”, rebate citando frase de Karl Lowenstein, na obra *Teoria da Constituição* de que *o Direito existe para que o homem tente dominar três forças: a fé, o poder e o amor*, seguindo afirmando a Ministra que o Direito Democrático não pode impedir o apaixonar entre as pessoas, porém pode impedir a prática de determinadas condutas se estiverem casadas e se forem contrárias ao Direito, comportando-se de forma contrária à vida em sociedade.

Neste caso vemos o vetor nítido da aplicação da regra e divergência ao princípio, notando-se que esta trazia a caracterização da união estável, na forma de conduta dos envolvidos.

3.2 PRINCÍPIOS NO DIREITO DE FAMÍLIA

A sociedade antecede ao Direito, que, por consequência, gira em torno da pessoa humana; desta feita, o juiz atrelando seu julgamento apenas ao sistema de regras escritas não conseguirá acompanhar a gama de mutações por que passa a sociedade atual, trazendo um descompasso frente às novas situações jurídicas não positivadas. Nem mesmo o Código Civil que entrou em vigor a partir de janeiro de 2003 contemplou as pungentes alterações por que passou o direito de família.

Faz-se real esta afirmação, vez que mesmo a Constituição Federal elevando a união estável à categoria de entidade familiar, o Código Civil traz tratamento diferente à forma de sucessão do companheiro, não igualando seus direitos ao do cônjuge.⁹³

Com esta observação é que se verifica a necessidade de se fundamentar as decisões jurídicas em princípios que passam a ser empregados pelo julgador como uma norma hermenêutica para se compreender os novos valores lançados na

⁹³ Vide artigos 1790 e 1829 do Código Civil.

sociedade atual, pois o próprio legislador, por meio desse novo sistema aberto de interpretação, com a utilização dos princípios, delegou aos intérpretes parte de suas atribuições, para que se possa, praticamente, criar o Direito.

O desenvolvimento do estudo do direito constitucional e a constitucionalização da legislação infraconstitucional trouxeram para os princípios uma força normativa, abandonando o caráter meramente supletivo, para alcançar o cume da interpretação da norma.

Toda a legislação infraconstitucional deve ser relida em sintonia com a Constituição, assim os princípios de família precisam ser considerados normas vinculantes de aplicação imediata e não meramente programáticos.

Os princípios que vêm revestidos de força normativa perderam, há muito, seu caráter supletivo frente à interpretação do texto legal, sendo agora o ápice da pirâmide.

Ponto interessante traz Rodrigo da Cunha Pereira⁹⁴ em afirmar que

O “declínio” do positivismo jurídico e a concepção de seu objetivismo neutro, cedendo espaço para um direito mais aberto à principiologia, devem-se à introdução das noções da autonomia, vida privada conjugada com liberdade, intimidade e sexualidade.

Assim, pelas palavras do autor, ao agregar ao direito de uma série de novos conceitos, faz com se abra maior reflexão à aplicação dos princípios, vez que estes novos conceitos trazem para a pessoa humana um maior critério de subjetividade em suas relações.

Flávio Tartuce⁹⁵ informa que na realidade pós-positivista os princípios constitucionais ganharam um novo papel, plenamente aplicável às relações particulares, dos princípios gerais do Direito com emergência imediata; presencia-se hoje a realidade dos princípios constitucionais.

Belmiro Pedro Welter⁹⁶ em sua obra *Teoria Tridimensional do Direito de Família* propõe uma nova interpretação ao Direito de Família, uma vez que vê o homem situado em três mundos, o genético, o afetivo e o antropológico.

⁹⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores Para o Direito de Família...* p. 61

⁹⁵ TARTUCE, Flávio. *Novos Princípios do Direito de Família Brasileiro...*

⁹⁶ TARTUCE, Flávio. *Novos Princípios do Direito de Família Brasileiro...*, p. 108-109.

Nesta senda, afirma Paulo Luiz Neto Lôbo que a pessoa humana é um ser que pertence ao *mundo particular e público, à comunidade familiar e à comunidade universal, nos quais interage com dever de solidariedade. Torna-se humana apenas na convivência.*⁹⁷

Continua Welter em afirmar que uma vez que a interpretação do texto legislativo aplicado à família não for feita a interpretação envolvendo estes três mundos, haverá o choque hermenêutico, pois

[...] o que era norma, é texto, é ser humano, família, que será extraída pelo sentido do texto; o que era meramente declarado pela lei, agora é compreendido hermeneuticamente; o que era enunciado, passou a ser enunciação; o que era fechado, transformou-se aberto; o que era certo, profanou-se; o que era absoluto, relativizou-se, o que era certeza sólida, tornou-se certeza líquida; o que era tirano, democratizou-se, o que era local, universalizou-se. Enfim, a norma posta já não pode ser aplicada com base na suposta vontade do legislador, ou no sentido literal da lei, sedo preciso a produção de sentido ao texto, com base na compreensão do contexto da tradição histórica, na circularidade hermenêutica, por meio da linguagem.⁹⁸

Prossegue o autor para afirmar que mais que declarar o sentido literal do texto ou a vontade do legislador/intérprete passa agora a ser encorajado a *compreender o texto legal a partir de horizontes de sentidos*. Assim passa o intérprete a compreender a existência, podendo atualizar o texto, mas para tanto, embarcará na *tradição histórica, na fusão de horizontes (entre o passado e o presente) e no círculo hermenêutico (da parte ao todo e do todo à parte).*⁹⁹

Desta forma somente com a interpretação em sua totalidade é que se poderá compreender a realidade que cerca a família atualmente, o que será permitido se a mesma for feita com base nos princípios elencados no ordenamento.

Vários autores trazem a sua colaboração para os estudos dos princípios, sendo que Rodrigo da Cunha Pereira classifica como sendo vitais para o direito de família os seguintes princípios: a) o princípio da dignidade humana; b) o princípio da monogamia; c) o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente; d) o princípio da igualdade e respeito às diferenças; e) o princípio da menor intervenção estatal; f) o princípio da pluralidade de formas de família; g) princípio da afetividade.

⁹⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio da Solidariedade Familiar..., p.17.

⁹⁸ Welter *Teoria Tridimensional do Direito de Família*..., p.109.

⁹⁹ Welter *Teoria Tridimensional do Direito de Família*..., p.109.

Flavio Tartuce elenca os princípios do direito de família em sendo estes: a) princípio da dignidade da pessoa humana; b) princípio da solidariedade familiar; c) princípio da igualdade entre os filhos; d) princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros; e) princípio da igualdade na chefia familiar; f) princípio da não intervenção ou da liberdade; g) princípio do melhor interesse da criança; h) princípio da afetividade; i) princípio da função social da família.

Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel adota como princípios específicos do direito de família: a) o princípio da dignidade da pessoa humana; b) o princípio da igualdade das relações familiares e de seus membros; c) o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente; d) princípio da não intervenção ou da liberdade; e) o princípio da solidariedade familiar; f) princípio da afetividade; g) princípio da função social da família; h) princípio da responsabilidade patrimonial nas relações familiares e o princípio da boa-fé objetiva, o qual é o tema da obra, onde elencados os demais.

Verifica-se que todos os autores acima dedicaram uma obra específica para os princípios em direito de família, o que não é o escopo deste trabalho, portanto, selecionou-se os princípios que entendemos de maior relevância, os quais não foram tratados no decorrer da obra como aconteceram com os princípios da função social da família e da igualdade nas relações familiares e de seus membros.

O princípio da monogamia que foi fartamente explorado no trato das famílias simultâneas, bem como o princípio da pluralidade familiar, este que se entabula o cerne deste trabalho e que vem editado por todo o mesmo.

Assim em relação aos princípios analisaremos como foco principal o da afetividade, o qual foi elencado como elemento basilar, ganhando lugar de destaque; o princípio da dignidade humana; o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente; o princípio da igualdade e respeito às diferenças; o princípio da menor intervenção do Estado e o princípio da solidariedade familiar.

a) O Afeto como Princípio Basilar

O afeto está e sempre esteve presente nas mais diversas relações humanas. Numa sociedade aberta e livre como a nossa, as demonstrações públicas de afeto são mais comuns, não se visualizando uma família em que não exista afetividade entre seus membros, sejam as relações: heterossexuais, homossexuais,

formadas só por cônjuges e filhos ou ainda nas solidárias em que não há vínculos, só interesse comum.

Com a Constituição de 1988, o afeto ganha valor jurídico e, como se verá, essa qualificação tem gerado direitos e obrigações no seio da sociedade.

Desta forma se reflete o pensamento de Silvana Maria Carbonera¹⁰⁰ ensinando a autora que o afeto é um elemento essencial nas relações interpessoais, pois as pessoas se unem ou se separam em razão dele, importando a existência deste para àqueles que se encontram envolvidos na relação.

É de se observar, no entanto, que as relações particulares ultrapassam seus limites iniciais, traçando efeitos no meio social, gerando, assim, a necessidade de assumir contornos jurídicos e receber proteção.

Entretanto, nem sempre foi assim. Nos estudos realizados por Elizabeth Badinter¹⁰¹, esta relata uma ausência total do amor como valor familiar ou social no período que antecede o século XVIII, não que naquela época não existisse o amor, mas o mesmo não tinha o valor que lhe é conferido atualmente.

Para se constituir um bom casamento necessário era que a noiva tivesse uma idade adequada à do pretendente, um bom dote segundo seu nível social, e que fosse virtuosa, independente de ser bela, o que, aliás, não só constituía um motivo de casamento, a beleza das mulheres era quase que temida.

Não se chorava a morte do cônjuge, a fé religiosa naquela época aproximava a morte da vida, em grande parte também não chorava *porque o cônjuge não fora escolhido com o coração...*¹⁰²

Somente no século XIX que o casamento sairá da conveniência para o casamento de amor. De igual sorte as crianças não se socorriam ao amor de seus pais¹⁰³, pois quanto mais severo fosse o pai, maior resplandecia sua autoridade no lar. As crianças no século XIII eram relegadas quando de seu nascimento a amas de leite, sendo criadas longe do lar familiar, não se preocupando muito os pais e em especial a mãe, sobre sua saúde. Dessa maneira, várias crianças morriam em

¹⁰⁰ CARBONERA, Silvana Maria. *O Papel Jurídico do Afeto nas Relações de Família...*, p. 273-274.

¹⁰¹ BADINTER, Elizabeth. *O mito do Amor Materno...*

¹⁰² BADINTER, Elizabeth. *O mito do Amor Materno...*, p. 49.

¹⁰³ BADINTER, Elizabeth. *O mito do Amor Materno...*, 65-77.

decorrência da precariedade que se estabelecia nos lares das amas de leite e os pais tinham notícia de sua morte somente tempos depois.

Inicialmente somente as famílias mais abastadas é que se utilizavam das amas de leite, sendo que posteriormente todas as demais classes passaram a se utilizar deste hábito. As mulheres pobres começaram a amamentar os filhos das famílias aristocráticas tendo que relegar os seus a amas de leite que ostentavam situações econômicas miseráveis.

A frieza dos pais, e da mãe em particular, se dava também em virtude da elevada taxa da mortalidade infantil, desta forma grande seria o sofrimento da mãe apegando-se intensamente a um bebê com tão poucas chances de sobrevivência. A consequência desse desapego era o alto índice de mortalidade da época, vez que sem os cuidados maternos as crianças pouco sobreviviam.

Mas essas mulheres não eram criticadas, pois, naquele período, a maternidade não estava na moda e o amor não tinha o valor social de agora.

Outra situação que não identificava os filhos à família era o fato destes serem destinados à educação como pequeno aprendiz. A criança era encaminhada para outras famílias, onde lhe ensinariam o ofício e desde muito cedo se desligava de sua família, voltando depois de adulta, não alimentando desta forma um *amor existencial entre pais e filhos*.¹⁰⁴

[...] Isto não significava que os pais não amassem seus filhos: eles se ocupavam de suas crianças menos por elas mesmas, pelo apego que lhes tinham, do que pela contribuição que essas crianças podiam trazer à obra comum, ao estabelecimento da família. A família era uma realidade moral e social, mais do que sentimental. No caso de famílias muito pobres, ela não correspondia a nada além da instalação material do casal no seio de um meio mais amplo, a aldeia, a fazenda, o pátio ou a "casa" dos amos e dos senhores, onde esses pobres passavam mais tempo do que em sua própria casa (às vezes nem ao menos tinham uma casa, eram vagabundos sem eira nem beira, verdadeiros mendigos). Nos meios mais ricos, a família se confundia com a prosperidade do patrimônio, a honra do nome. A família quase não existia sentimentalmente entre os pobres, e quando havia riqueza e ambição, o sentimento se inspirava no mesmo sentimento provocado pelas antigas relações de linhagem.¹⁰⁵

A partir do século XV ocorre uma transformação na família, a educação antes só destinada aos cléricos é estendida às demais classes, havendo agora

¹⁰⁴ ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família...*, p. 276.

¹⁰⁵ ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família...*, p. 276.

maior aproximação entre pais e filhos. Para Ariès¹⁰⁶ era como se a *família moderna tivesse nascido ao mesmo tempo que a escola, ou, ao menos, que o hábito geral de educar as crianças na escola.*

Na família patriarcal do início do século a afetividade não era importante para as relações íntimas no espaço privado, prevalecendo o aspecto econômico.

Como bem delinea Silvana Maria Carbonera¹⁰⁷ na sociedade basicamente rural a família se constituía de um grande número de filhos o que garantia mão-de-obra ao menos para as atividades que garantissem a sobrevivência e a sua continuidade.

Continua a autora afirmando que o processo de urbanização trouxe uma substituição substancial nos costumes, quando a prole se tornou cada vez mais reduzida, possibilitando um convívio maior e mais próximo entre pais e filhos e permitindo a abertura da porta de passagem para o afeto. *Desta forma o enxugamento da família acabou contribuindo para que ela pudesse se tornar uma comunidade mais coesa, com maior proximidade entre seus membros.*¹⁰⁸

De igual valia retrata a autora que algumas incumbências que a família deixou de exercer abriram uma via na qual o afeto foi referendado no seio familiar, promovendo o desenvolvimento de atividades fora de casa, tanto pelo homem, como pela mulher, a qual adentrou o mercado de trabalho. Até mesmo as crianças já não permaneciam tempo integral em casa, vez que o Estado assumiu a função de educar as mesmas, oferecendo escolas e colocando-as sob seu cuidado, em creches.

Assim a família transformou-se em lugar de refúgio, de fuga da massificação imposta por uma sociedade de consumo, finaliza a autora ao citar que se constitui como um centro de restauração contra o anonimato e mais, contra a indiferença encontrada nas ruas.

Atualmente a afetividade pode ser reconhecida como o aspecto fundamental das famílias contemporâneas, não se imaginando uma família sem a existência do mesmo.

¹⁰⁶ ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família...*, p. 232.

¹⁰⁷ CARBONERA, Silvana Maria. O Papel Jurídico do Afeto nas Relações de Família..., p. 283.

¹⁰⁸ CARBONERA, Silvana Maria. O Papel Jurídico do Afeto nas Relações de Família..., p. 283.

Entretanto, interessante traçarmos algumas observações importantes, em relação ao que diz Pedro Belmiro Welter¹⁰⁹, sobre a família constituir-se também por um polo de desafeto, o que gera desamor, violência doméstica e familiar, retirando-se o estigma de que a família idealizada é só formada pelo vínculo de afeto, devendo assim o legislador estar voltado para este outro lado da moeda, a fim de que a proteção à família seja efetiva em todos os seus termos.

O autor chama a atenção para esta situação a fim de que o intérprete na relação familiar vislumbre que o ser humano às vezes se encontra afetivo e por vezes encontra-se desafetivo, ressaltando que

o ser humano somente é humano quando está afetivo, à medida que quando se encontra em estado desafetivo, regride à sua condição de mero ser vivo . Quer dizer, o ser humano é humano unicamente enquanto for um *ser-no-mundo afetivo*, porque, quando ele está *desafetivo*, quando ele odeia o outro humano, retroage em sua condição humana para um mero ser vivo, vivendo no mundo genético, mas não nos mundos afetivo e ontológico.

A fim de melhor entender a citação acima se faz necessário explicar o que o autor considera entre mundo biológico, afetivo e ontológico. Em curtas linhas ele desenvolve a sua teoria da tridimensionalidade do direito de família, centrando o ser humano como um ser genético, afetivo e ontológico.

O ser humano no mundo genético/biológico não se distingue dos demais animais, aqui não é possível existir entendimento mútuo (chave da existência da família atual), sendo o ser humano por isso diferente, uma vez que habita em dois outros mundos – o afetivo e o ontológico.

O mundo ontológico é o mundo pessoal, é o ser humano consigo mesmo, de se propiciar uma *autoconservação, um autorrelacionamento, uma linguagem e compreensão e de si mesmo, porquanto compreender algo significa sempre aplica-lo a nós próprios*.¹¹⁰

No plano do mundo afetivo pauta-se o ser humano no viver em sociedade, desenvolvendo em prol aos seus os sentimentos de: compreensão, diálogo, solidariedade, afeto e desafeto, amor, perdão e reconciliação.

¹⁰⁹ WELTER, Belmiro Pedro. *Teoria Tridimensional do Direito de Familiar...*, p. 53-56.

¹¹⁰ WELTER, Belmiro Pedro. *Teoria Tridimensional do Direito de Familiar...*, p. 69.

No plano da afetividade assegura Belmiro que esta compreende o estar com o Outro, sendo preciso romper com a individualidade e com os preconceitos, pois existir não é apenas estar-no-mundo e sim estar-com-alguém, estar em família, e apenas através do diálogo direto será possível ao ser humano tornar-se menos individualista e preconceituoso, o que refletiria diretamente no bem estar da família.

Dessa forma, o estado de desafeto vem também sendo pautado pelo ordenamento jurídico, como podemos exemplificar com a promulgação da Lei Maria da Penha, que visa coibir a violência doméstica contra mulheres, inobstante a discussão traçada em relação à inconstitucionalidade da referida lei frente à igualdade promulgada entre homens e mulheres, fato é que a violência contra a mulher ainda é vergonhosa em nossa sociedade, desta feita, temos que nos utilizar de meios eficazes para combatê-la.

Na tentativa de frear a agressividade na forma de educar os filhos, tramita no senado o Projeto de Lei 2.654/2003, chamada de Lei da Palmada, tendo por objetivo não submeter a criança e o adolescente a qualquer forma de punição corporal, mediante a adoção de castigos moderados ou imoderados, sob a alegação de quaisquer propósitos, ainda que pedagógicos e que ainda nem promulgada já causa protestos. Ocorre que, referendamos por estes exemplos, tem-se que o Legislador vem se preocupando em conter o desafeto que ronda as relações familiares.

Esse pensamento de Belmiro reflete o que se tem pautado em relação à afetividade nas relações familiares: defende-se a comunhão e o respeito pela figura de cada indivíduo no núcleo familiar.

Nos dizeres de Fachin¹¹¹

Nela não pôde mais caber o esquecimento do afeto no *leasing* da coisificação e da indiferença: nela não pode ter mais lugar o *upgrade* plutocrático dos bens e coisas, e sim, nela há de haver, a minimização do patrimônio e maximização da afetividade.

A afetividade permeando as relações jurídicas deu viabilidade à concretização de diversas situações, que não tinham por base a chancela jurídica do

¹¹¹ FACHIN, Luiz Edson. *A Filha das Estrelas em Busca do Artigo Perdido...*, p. 372.

Estado, como a uniões entre pessoas do mesmo sexo para fim de constituição de família.

Atualmente reconhece-se no afeto o fundamento das relações contemporâneas, independentemente de sua formação, o afeto reconhece-se como valor de fundamental importância para a constituição e a manutenção das famílias modernas.

No âmbito dos estudos de direito civil as Jornadas de Direito Civil, promovidas pelo Conselho de Justiça Federal sob a chancela do Superior Tribunal de Justiça, vêm aprovando uma série de enunciados, em relação aos artigos do Código Civil que fazem referência ao princípio da afetividade.

Na primeira jornada aprovou-se o Enunciado n. 103 e 108, dispondo estes respectivamente que

Enunciado 103 - O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.

Enunciado 108 - No fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consanguínea e também a socioafetiva.

Na III Jornada de Direito Civil, o enunciado n.º 256, aprovado informa que a posse de estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.

E finalmente na IV Jornada o enunciado de n.º 339, anuncia que a paternidade socioafetiva, calcada na vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho.

Este último ilustra não só o princípio da afetividade em razão de sua vinculação com a paternidade socioafetiva, como a também o princípio do melhor interesse da criança, vez que persegue a efetivação dos laços emocionais dos mesmos.

A função da família cede lugar a comunhão de afetos e solidariedade e a ausência de vida sexual entre o casal não é mais motivo para seu término, não sendo isso que o mantém, e sim a afetividade e o amor.

Importante consideração faz Antonio Jorge Pereira JR¹¹², sobre a distinção entre amor e afeto e traz a conceituação do que seria o afeto para o âmbito jurídico.

Para o autor o afeto é fator de aproximação de pessoas, constituindo as relações familiares entre homem e mulher, entretanto, só o afeto não é suficiente para consolidar uma autêntica estrutura familiar, devendo os componentes da família desenvolverem o sentimento do amor. Daí define o amar como o sentimento de sentir-se bem, de dar-se, doar-se. Ainda diz que

O amor, portanto, não é uma realidade de afetos melífluos, ainda que os afetos sejam fatores que impulsionam, facilitam e estimulam o amor. O amor é um compromisso de entrega e doação, atualizado cotidianamente, mesmo quando o gosto desconvida a servir ao amado. Numa sociedade educada para ser hedonista, cada vez menos as pessoas compreendem essa realidade. Sequer conseguem imaginar algo assim.¹¹³

Uma relação familiar autêntica deve antes de tudo se firmar em um compromisso do que só há em uma relação de afeto puro. A decisão de amar deve gerar um vínculo sólido que é “intermediada pela capacidade racional de aderir a um projeto de doação de si e pela vontade forte de determinar-se”.¹¹⁴ Desta feita as estruturas familiares constituídas simplesmente pelo afeto são consideradas pelo autor como frágeis.

Perguntando-se se o Direito considerava o afeto como elemento subjetivo, como elemento-cerne das relações jurídico-familiares, o autor responde que não, vez que o direito considera o compromisso de formar uma família e assumir os seus deveres, o que para o autor seria considerado amor e não simplesmente afeto.

Embora o Direito lhe estatua benefícios, a sua regulamentação deu-se em razão de sua importância social, comprovada historicamente, conforme visto no primeiro capítulo deste trabalho. Protege-se uma relação que traduz interesses e objetivos e não um emaranhado de afetos, como assevera o autor.

Desta feita chama a atenção o autor para o fato de que o afeto que vem sendo sancionado pelo direito não é aquele motivado pelas paixões frívolas, mas

¹¹² PEREIRA JR, Antonio Jorge. Da afetividade à efetividade do amor nas relações de família..., p. 69.

¹¹³ PEREIRA JR, Antonio Jorge. Da afetividade à efetividade do amor nas relações de família..., p. 69.

¹¹⁴ PEREIRA JR, Antonio Jorge. *Da afetividade à efetividade do amor nas relações de família...*, p. 70.

sim aquele compromisso com o intuito de constituição de família em que os membros se ajudam mutuamente.

Concordamos com a posição do autor de que o afeto a que o ordenamento jurídico empresta valor é aquele que também se estabelece no sentido amplo, regado a amor, compreensão, benignidade, verdade e justiça.

Assim, o afeto é o princípio que identifica as entidades familiares, tendo inclusive importante significado para definição dos vínculos de parentescos, quando se fala, por exemplo, na paternidade socioafetiva, a qual se sobrepõe à paternidade biológica.

A socioafetividade vem de encontro a todo o avanço tecnológico referente aos estudos do DNA e a possibilidade de se encontrar a origem genética, esta a qual já não se dá muita importância.

Pais e filhos já não são mais aqueles a que se ligam as cadeias de cromossomos, mais sim aqueles que se ligam pelos vínculos do coração, do querer ser pais e filhos.

Como afirma Rodrigo da Cunha Pereira¹¹⁵ as funções parentais atualmente não são definidas *pela similitude genética ou derivação sanguínea, mas sim, o cuidado e o desvelo dedicados aos filhos.*

A socioafetividade se faz presente nas famílias reconstituídas, nas famílias homoafetivas, embora o preconceito do legislador na reforma da Lei da Adoção não tenha efetivado a garantia desta para os casais homoafetivos. Entretanto, é importante observar que não é necessário que ocorra a adoção para que os laços da socioafetividade se estabeleçam, conforme se observa nas famílias reconstituídas onde convivemos com a posse do estado de filho de forma premente.

A posse do estado de filho, para Rodrigo da Cunha Pereira¹¹⁶, está alicerçada em três elementos: que o menor que carregue o nome da família, seja tratado como filho e que sua condição de filho seja reconhecida pela sociedade.

¹¹⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais Norteadores para o Direito de Família* p. 184

¹¹⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais Norteadores para o Direito de Família...*, p. 185.

Os tribunais¹¹⁷ quando enfrentam a disputa entre a maternidade ou a paternidade biológica ou socioafetiva, têm entendido a possibilidade de que o filho pesquise a sua identidade biológica. Entretanto, a verificação da paternidade/maternidade biológica por si só não é o suficiente para afastar a socioafetiva, estando presente a posse do estado de filho e o liame socioafetivo.

O afeto, pois, acende em novo patamar na hermenêutica do Direito, hoje toma assento não só como princípio, mas como valor jurídico, permitindo que as famílias possam se justificar na sua liberdade de na sua afetividade como objeto maior da sua existência.

b) Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Falar sobre o princípio da Dignidade da Pessoa Humana importaria em tecer muitas linhas, várias obras foram escritas em relação ao tema em virtude de sua extrema importância, entretanto, aqui nos limitaremos em trazer a aplicação do princípio voltado somente para o tema desenvolvido, qual seja, a diversidade familiar.

A previsão do princípio encontra-se estampado no art. 1º, inc. III, da Constituição Federal de 1988, e denomina-se princípio máximo ou macroprincípio, pois, ao redor dele irradiam os demais e ainda derivam do mesmo.

¹¹⁷ EMENTA: NEGATÓRIA DE MATERNIDADE. REGISTRO CIVIL. LIAME SOCIOAFETIVO. 1. Para ser admitida a anulação do registro civil, deve ficar sobejamente demonstrada a ocorrência de vício do ato jurídico, isto é, coação, erro, dolo, simulação ou fraude. 2. Mesmo que o registro civil de nascimento tenha sido feito pelo marido da autora, ela consentiu com o registro, assumindo de fato e de direito a maternidade da criança desde o seu segundo dia de vida, estabelecendo com a criança inequívoca relação de parentalidade socioafetiva. 3. A mera não coincidência entre a verdade real e a biológica não justifica, por si, acolhimento do pleito anulatório, quando inquévoca a posse do estado de filho e, sobretudo, o liame socioafetivo. Recurso desprovido. (SEGREGO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70025351164, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 18/02/2009).
APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PRESENÇA DA RELAÇÃO DE SOCIOAFETIVIDADE. O estado de filiação é a qualificação jurídica da relação de parentesco entre pai e filho que estabelece um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. Constitui-se em decorrência da lei (artigos 1.593, 1.596 e 1.597 do Código Civil, e 227 da Constituição Federal), ou em razão da posse do estado de filho, advinda da convivência familiar. Para anulação do registro civil, deve ser demonstrado um dos vícios do ato jurídico ou, ainda mesmo, a ausência da relação de socioafetividade. Registro mantido no caso concreto. APELO PROVIDO, POR MAIORIA. (Apelação Cível Nº 70027138817, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 19/03/2009).

Não há como se imaginar um Estado Democrático que não tenha este princípio como base de sua organização constitucional, pois, foi conquistado com muitas lutas e conquistas políticas associado a toda evolução do pensamento humano. *Foi a noção de dignidade e indignidade que possibilitou pensar, organizar e desenvolver os direitos humanos.*¹¹⁸

Para Leandro Romeu¹¹⁹ o princípio da dignidade da pessoa humana

[...] é carregado de sentimentos e emoções, experimentado no plano dos afetos, sendo que o Estado não tem apenas o dever de privar-se de praticar atos que atentem contra a dignidade, mas promovê-la, garantindo ao ser humano o mínimo existencial para a efetividade deste princípio, sendo direito constitucional do ser humano ser feliz e dar fim àquilo que lhe aflige.

Na seara íntima da família teríamos certa dificuldade em considerar o que se é ou não digno, vivemos em um mundo muito diverso e plural onde a cultura e até mesmo as práticas religiosas divergem muito quanto aos critérios de dignidade aplicados.

O direito de família no Brasil trouxe inúmeros exemplos de indignidade, como a colocação da mulher em posição inferior ao homem e o não reconhecimento de outras formas de constituição de família que não fosse o casamento.

A partir do momento que o princípio constitucional da dignidade passou a servir de base nas relações da família, o indivíduo passou a ser efetivamente valorizado como indivíduo, integrante da instituição familiar como ser em sua individualidade, buscando o ordenamento, a doutrina e a jurisprudência que ele seja respeitado e atendido nas suas necessidades.

A dignidade da pessoa humana encontra na família a base apropriada para o seu desenvolvimento. As relações familiares são pautadas em razão da dignidade de cada partícipe.

Informa Rodrigo Toscano Brito¹²⁰ que a temática do direito de família é ligada à noção de dignidade de forma intrínseca, citando várias formas de como o princípio pode ser materializado como quando se fala em outras formas de

¹¹⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores para o Direito de Família...*, p. 94.

¹¹⁹ ROMEU, Leandro. Afeto, Abandono, Responsabilidade e Limite..., p. 107.

¹²⁰ BRITO, Rodrigo Toscano. *Situando o Direito de Família entre os Princípios da Dignidade...*, p. 835.

surgimento da família como a união estável e a família monoparental, as quais se unem aos aspectos *relacionados à afetividade, ao sentimento de amor, ao relacionamento familiar propriamente, que são expressões da nossa personalidade*, nos quais o autor liga ao conceito de dignidade humana.

A dignidade pressupõe a liberdade de escolha. Assim, as pessoas têm a oportunidade de poder optar pelo tipo de entidade familiar que se quer constituir e que melhor corresponda à realização existencial de cada indivíduo, não cabendo ao Estado e ao ordenamento jurídico opinar sobre a escolha realizada.

Importante observar que, nesse sentido, não só as relações de família como todo o tipo de relação entre os seres humanos devem ser tratadas sob a ótica do princípio da dignidade humana, tendo em vista a proteção da pessoa na sua individualidade.

c) Princípio da Igualdade e Respeito às Diferenças

Como a afetividade vem sendo o objetivo principal das entidades familiares e não mais as razões patrimoniais, nada mais natural que a igualdade entre os que compõem as relações seja ratificada.

Os princípios da igualdade e respeito às diferenças estão diretamente ligados à repersonalização da família, em especial quando se reconhece a cada indivíduo o direito de ser livre e receber apoio dos demais entes familiares para que alcance seus objetivos, para que seja feliz.

Na seara constitucional em âmbito geral o princípio da igualdade vem consagrado no art. 5.º da Constituição Federal¹²¹, em especial ao que concerne o direito de família, a igualdade se encontra presente no § 5.º do art. 226, o qual transcrevemos: *Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.*

Com a evolução do princípio da igualdade os pares conjugais exercem seus direitos e deveres de forma paritária na sociedade conjugal. O conceito de autoridade patriarcal desaparece e surge o conceito de administração familiar, onde

¹²¹ Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

os pais exercem conjuntamente a educação dos filhos e manutenção da família, direitos estes que vêm entabulados nos artigos 1.565, *caput*, 1.566 e 1.567 do Código Civil¹²².

Sobre o respeito no tratamento entre os cônjuges, preferimos nos referir ao tratamento entre as partes que compõem a entidade familiar, pois a igualdade deve acontecer no âmbito de todas as relações familiares, sejam constituídas por casamento, união estável ou união homoafetiva. Na visão de Sergio Pereira¹²³ a igualdade nas entidades familiares contribui para a existência de uma sociedade mais justa e igualitária.

Na medida em que as relações entre os cônjuges se fundamentarem no diálogo racional, no convencimento argumentativo, no debate dialético de idéias, na exposição sincera das emoções, na comunicação livre da coercitividade, no agir fundamentado e não-arbitrário, a família terá real solidez e, o que é muito importante, produzirá ou reproduzirá, em seu interior, as condições únicas para uma estruturação social mais igualitária, mais justa e de maior acatamento à dignidade humana [...] A guerra familiar repete e fomenta as guerras entre os povos e as coletividades.

Ressalta Mônica Guazzelli Estrougo¹²⁴ que o reconhecimento da igualdade como direito fundamental é uma conquista do Direito, desta feita, *a família com o advento da igualdade foi causa determinante para o avanço das relações familiares, tanto entre cônjuges ou companheiros, quanto entre pais e filhos.*

A igualdade vem ainda estabelecida no tratamento paritário que é dado aos filhos independentemente de terem sido concebidos na constância do casamento, da união estável ou fora de qualquer forma de entidade familiar estabelecida.

¹²² Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família..

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

I - fidelidade recíproca;

II - vida em comum, no domicílio conjugal;

III - mútua assistência;

IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

V - respeito e consideração mútuos.

Art. 1.567. A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos.

¹²³ PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Estudos de Direito de Família...*, p. 51.

¹²⁴ ESTROUGO, Mônica Guazzelli. *O Princípio da Igualdade Aplicado à Família...*, p. 329.

Aos filhos a Constituição Federal também conjugou, no artigo 227 § 6.º, especial proteção: *os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.*

Da mesma forma que o princípio da igualdade está inserido no direito de família, o princípio do respeito às diferenças também merece guarida vez que a personalidade de todos que compõem o núcleo familiar deve ser respeitada.

Em relação à desigualdade, Mônica Guazzelli Estruogo¹²⁵, de forma muito pontual, esclarece que há uma desigualdade fática e real entre os membros da família em suas diversas categorias.

Entre elas cita a dos pais e dos filhos, que pela própria diferença dos papéis e funções exercidos por cada categoria se tornam diferentes dentro da família, de forma que jamais serão considerados iguais; há deveres dos pais em relação aos filhos e vice-versa.

Entretanto, essa desigualdade em razão da diferença advinda das diferentes funções exercidas pelos membros da família, não justifica qualquer retrocesso à idéia de obediência fundada no autoritarismo que repercutia na doutrina do medo, que por muito tempo rodeou a relação entre os pais e os filhos.

Conjugando-se os princípios da igualdade e do respeito à diferença, é possível estabelecer uma verdadeira relação entre pais e filhos. O que se instala na família é uma relação baseada na comunhão de vida, na troca e respeito mútuos.

Rodrigo da Cunha Pereira faz um destaque especial ao respeito pela diferença quando afirma que esta é essencial para a existência do próprio sujeito: *é a partir da diferença, da alteridade, que se torna possível existir um sujeito. Enfim, é a alteridade que prescreve e inscreve o direito a ser humano.*¹²⁶

Assim, a alteridade é fundamental para a existência de direitos. Necessário ressaltar a importância do reconhecimento do outro, de suas peculiaridades, impedindo qualquer forma de discriminação ou interiorização.

O desafio passa a ser, então, como considerar as saudáveis e naturais diferenças dos gêneros dentro do princípio da igualdade. Sem esta

¹²⁵ ESTROUGO, Mônica Guazzelli. O Princípio da Igualdade Aplicado à Família..., p. 330.

¹²⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores para o Direito de Família...*, p. 141.

consideração não estaremos aplicando corretamente o princípio da igualdade e, conseqüentemente, ferindo o macroprincípio da dignidade ao retirar da cena jurídica as peculiaridades e singularidades psíquicas e culturais de cada gênero.¹²⁷

Desta forma o respeito à diferença familiar vem consolidar o ser humano em sua individualidade, pois se fôssemos todos iguais não haveria como se falar em igualdade.

d) Princípio do Melhor Interesse da Criança

O princípio do melhor interesse da criança eivou-se da evolução da família na sociedade, com seu despojamento da função econômica de produção para se tornar um núcleo de companheirismo e afetividade, passando a valer somente quando conseguisse assegurar aos seus indivíduos que a compõem segurança e dignidade. O menor neste caminhar necessita de alguém que lhe conduza, pois lhe falta autonomia em razão da sua imaturidade.

Como leciona Rodrigo da Cunha Pereira,¹²⁸ devido a aniquilação do ser humano trazida pela Segunda Guerra Mundial, em virtude do massacre dos judeus, a ordem jurídica não poderia mais manter as normas estabelecidas, atenta a estas alterações a Constituição Federal de 1988, elenca a dignidade da pessoa como seu principal objetivo.

Frente a essa valorização da pessoa humana, especialmente no núcleo familiar, a proteção dos que se encontravam em situação de fragilidade era elementar, e o *Direito viu-se compelido a criar formas viabilizadoras deste intento*.¹²⁹

A proposta de se reconhecer a criança como centro de atenções especiais e sua inclusão nos documentos internacionais para a proteção da criança iniciou-se em 1924, onde foi incluída na Declaração de Genebra, a Declaração Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas (1948) também ressaltou ser para a criança reconhecido o direito a cuidados e assistência especiais.

¹²⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores para o Direito de Família...*, p. 146.

¹²⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores para o Direito de Família...*, p. 127.

¹²⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores para o Direito de Família...*, p. 127.

Tânia da Silva Pereira¹³⁰ traça em suas obras os delineamentos detalhados deste princípio, os quais servirão de base para estes escritos.

Revela a autora que a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 traz em seu segundo princípio a exortação de que será atendido o superior interesse da criança, assim descrito.

a criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidade e serviços, a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que se possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se a atenderá será o interesse superior da criança.

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1989, ratificada pelo Brasil em 1990, enfatiza que todas as ações relativas às crianças tanto no âmbito público como privado devem considerar o maior interesse da criança.

Em igual posição teríamos próximos a nós a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos – conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, estabelecendo em seu artigo 19 que *toda a criança tem direito à medidas de proteção que sua condição de menor requer, por parte da família, da sociedade e do Estado.*

Na legislação brasileira a primeira preocupação com o interesse da criança adveio com o Código de Menores (1979), o que se denota do artigo 5.º que estabelece: *na aplicação desta lei, a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado.*

A vigência do Código de Menores trouxe uma política assistencialista para os menores abandonados ou infratores. Essa política, apesar de trazer benesses aos menores, não considerava seus direitos à convivência familiar e comunitária, a respeito de suas opiniões e à sua própria dignidade.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 227 traça as bases para a política do melhor interesse da criança assegurando que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à

¹³⁰ PEREIRA, Tânia da Silva *O Melhor Interesse da Criança: um Debate Interdisciplinar...*, p. 4.

profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Recentemente a Emenda Constitucional 65 de 13 de julho de 2010, alterou o texto constitucional estendendo também ao jovem a proteção integral, designada no capítulo VII denominado agora da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso.

O Estatuto da Criança e do Adolescente surge com a promulgação da lei 8.069 em 13.07.1990, conhecido como a doutrina jurídica da proteção integral, e vem implementar o contido na Carta Magna. Importante ressaltar aqui que a política deixa de ser assistencialista para então ser dever do Estado, um dever social.

O Código Civil Brasileiro também traz exemplos da aplicação do melhor interesse da criança à luz dos artigos 231 e 232 que dispõe ao Juiz a possibilidade de suprir a prova que o exame de DNA produziria, quando o réu se recusar a fazê-lo, presumindo-se assim a paternidade.

Para a autora¹³¹ a base da implementação do princípio do melhor interesse da criança é colocar em prática duas importantes condições: assumir, definitivamente, a criança e o adolescente como sujeitos de direito e promover a implementação do princípio do melhor interesse da criança. Neste diapasão o cuidado passa a ser visto como elemento integrante da dignidade da pessoa humana.

A autora entende que admitir a criança e o adolescente como sujeitos de direitos e não como “objeto de direitos do adulto”, é o maior desafio para a sociedade e para o sistema de Justiça.¹³² Assim em sendo a criança e o adolescente sujeitos de Direitos Constitucionais Fundamentais as políticas públicas e programas comunitários, tanto na seara da saúde, da educação, nos transportes, deve refletir a prioridade.

Para Maria Berenice Dias¹³³ as pessoas menores de 18 anos, em razão de sua maior vulnerabilidade e fragilidade, merecem um treinamento especial, sendo imprescindível:

¹³¹ PEREIRA, Tânia da Silva *O Melhor Interesse da Criança: um Debate Interdisciplinar...*, p. 28.

¹³² PEREIRA, Tânia da Silva. *O Melhor Interesse da Criança: um Debate Interdisciplinar...*, p. 29.

¹³³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias...*, p. 63-64.

a consagração do princípio da prioridade absoluta, de repercussão imediata sobre o comportamento da administração pública, na entrega em condições de uso, às crianças e adolescentes, dos direitos fundamentais específicos que lhes são consagrados constitucionalmente.

Na conclusão do estudo deste princípio é importante ressaltar a necessidade de se fortalecer a família a fim de que no seio da mesma este princípio possa se concretizar; a família é referência vital de estruturação para os menores em desenvolvimento.

Para corroborar com a afirmação acima trazemos à baila os resultados de uma pesquisa levantados a partir de entrevistas com 60 adolescentes entre 14 e 18 anos, que se encontravam no momento da entrevista em situação de rua, apresentado no trabalho de Célia Regina do Nascimento, Milena Bertollo Nardi e Mirian Béccheri Cortez.¹³⁴

Os adolescentes quando questionados sobre qual o fator decisivo que os impediriam na prática de uma atividade arriscada, 56,6% disseram que a família seria o fator decisivo para o impedimento da prática, encontrando em alguns relatos conteúdos que relacionam a autoridade paterna ou materna, sendo estes responsáveis por “aconselhar” os filhos, e ainda vínculos afetivos também influenciariam em muito na tomada da decisão a ponto de que se a mãe pedisse para não praticar o ato, o adolescente não o praticaria.

Seguindo o estudo, demonstram como a família pode ser fator preponderante para eliminar os fatores de risco como para potencializar seu risco.

Como fatores de proteção para a prática de riscos, os adolescentes, quando questionados, informam que quando cometem crimes e se envolvem em risco, agem de forma irresponsável, expõem a família a riscos, desta forma, ressaltam a importância de se proteger a família.

O receio de se distanciarem da família ou ainda trazer preocupação aos seus membros pelos atos cometidos é considerado um dos principais motivos que afastam os jovens da prática de um ato arriscado. Revelam as autoras que

¹³⁴ NASCIMENTO, Célia Regina do *et al.* (Org.). *Significado e Experiência de Risco para Adolescentes em Situação de Rua...*, p. 257-273.

[...] Embora não tenha sido explorado diretamente o relacionamento familiar, as respostas dos adolescentes revelam que o vínculo com as famílias é um fator importante na avaliação do engajamento em atividades de risco, principalmente quando podem trazer consequência para seus membros.¹³⁵

Observa-se na passagem acima o engajamento no foco da nova ordem familiar da proteção de seus membros para o seu total desenvolvimento.

Nas suas conclusões as autoras relevam a necessidade de se fortalecer as famílias buscando o desenvolvimento de novas estratégias para que possam lidar com as adversidades, sendo imperativo o desenvolvimento de programas preventivos de apoio social das famílias em situação de pobreza, pois os jovens expostos à situação de risco e que têm os pais envolvidos na sua educação e em práticas educativas que proporcionem afeto, reciprocidade e equilíbrio no poder familiar, têm seu desenvolvimento e bem-estar favorecidos.

Na fase de fechamento deste texto foi enviado para votação no Congresso Nacional o Projeto de Lei 2.654/2003¹³⁶, chamada de Lei da Palmada, que proíbe qualquer forma de castigo físico em criança e adolescente e, em virtude a Emenda Constitucional 65/2010, teríamos de acrescentar o termo jovem.

O texto em sua proposição inicial, o qual não sofreu alterações em sua emenda, acrescentará o artigo 18-A ao Estatuto da Criança e do Adolescente, que informará que os mesmos têm direito a não serem submetidos a qualquer forma de punição corporal, mediante a adoção de castigos moderados ou imoderados, sob a alegação de quaisquer propósitos, no lar, na escola, em instituição de atendimento público ou privado ou em locais públicos.

Verificando-se a punição corporal em face da criança ou adolescente, sob a alegação de quaisquer propósitos, aqueles que exercerem o castigo ficarão sujeitos às medidas previstas no artigo 129, incisos I, III, IV e VI, que trata das medidas pertinentes aos Pais ou Responsável, sendo elas:

I - encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família;

III - encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico;

¹³⁵ NASCIMENTO, Célia Regina do *et al.* (Org.). *Significado e Experiência de Risco para Adolescentes em Situação de Rua...*, p. 272.

¹³⁶ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=146518>.

IV - encaminhamento a cursos ou programas de orientação;

VI - obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado;

Assim, verificamos que o Legislador vem cada dia se preocupando mais com a aplicação efetiva do princípio do melhor interesse da criança, verificando a necessidade de fortalecer a família e ainda proteger a criança de castigos corporais que são praticados no seio da família que deveria protegê-los.

e) Princípio da Menor Intervenção do Estado

Considerando que na família que o indivíduo nasce, se desenvolve e na família que ele encontra arrimo para se integrar ao meio social, faz-se jus que o Estado tenha interesse em realizar a sua proteção, sendo inclusive uma garantia para o bem-estar de toda a sociedade.

Já no direito romano, com a expansão do Império, o Estado se faz forte e se estrutura de modo que o poder central do mesmo passa a preponderar sobre o poder individual do *paterfamilia*, sendo que este perde o poder de vida e de morte que exerce sobre a mulher e os filhos.

O Estado passa a ter o monopólio da justiça, surgindo na mesma época as primeiras leis e regulamentos em relação à família, sendo que esta regulamentação inicial conferia maiores poderes aos demais membros da família.

Várias são as formas como o Estado intervém na proteção familiar, seja divulgando orientações em relação ao planejamento familiar, distribuindo renda para aquelas que mantêm seus filhos na escola e em dia com a vacinação, importando isto também em uma forma de controle do Estado.

Agora o Estado assume o papel de protetor-provedor-assistencialista, protegendo, auxiliando as famílias com a implementação de programas de ajuda assistencial como o programa federal – Programa de Atenção Integral à Família (PAIF), este programa representa um conjunto de ações relativas à acolhida, informação e orientação, inserção em serviços da assistência social, tais como socioeducativos e de convivência, encaminhamentos a outras políticas, promoção de acesso à renda e, especialmente, acompanhamento sociofamiliar.

O PAIF tem como objetivos principais: contribuir para a prevenção e o enfrentamento de situações de vulnerabilidade e risco social; fortalecer os vínculos

familiares e comunitários; promover aquisições sociais e materiais às famílias, com o objetivo de fortalecer o protagonismo e a autonomia das famílias e comunidades.

Pelos objetivos traçados pelo PAIF podemos observar que a intenção do mesmo é tutelar a família, dando-lhes garantia de estrutura material, o que vai permitir que seus membros possam desfrutar de um ambiente mais saudável que levará os indivíduos a constituir um vínculo de afeto maior.

Não há que se confundir esta proteção com intervenção na autonomia privada das famílias, como bem assevera Rodrigo da Cunha Pereira¹³⁷, não se pode confundir a tutela com poder de fiscalização e controle a fim de que se restrinja a autonomia privada, limitando a vontade e a liberdade dos indivíduos; não se pensando por momento algum em elevar o Direito de Família a categoria de Direito Público, a qual poderia ser regulado por critérios técnicos jurídicos, delimitação de grande importância em especial para servir de freio na liberdade do Estado para intervir nas relações familiares.

Para Mônica Guazzelli Estruogo¹³⁸ importa referir que

[...] existe uma fronteira importantíssima a ser observada por todos os operadores do Direito, que diz com o limite da intervenção do Estado nas relações familiares. Com efeito, as normas para reger estas organizações e as decorrências de seu desfazimento devem se limitar ao essencial, para que não interfiram na liberdade ou autonomia do sujeito, ou impliquem violabilidade da privacidade do cidadão. Portanto, entre as dimensões do público e do privado, nas relações da família, deve sempre, buscar-se o equilíbrio.

O princípio da menor intervenção do Estado revela maiores proporções quando a família toma os contornos contemporâneos atuais, com a recolocação do sujeito no centro das relações familiares e não mais tendo o patrimônio como centro das mesmas. Isso fez com que o Estado sofresse maior limitação na esfera relacional, não admitindo ingerência, em especial na intimidade de seus membros; a família, assim, desinstitucionalizou-se.

¹³⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores para o Direito de Família...*, p. 153.

¹³⁸ ESTROUGO, Mônica Guazzelli. *O Princípio da Igualdade Aplicado à Família...*, p. 333.

Rodrigo da Cunha Pereira¹³⁹ elenca um série de exemplos em que os limites protecionistas ora são respeitados, ora são ultrapassados, vejamos alguns deles.

Cita o autor que a “regularização” da união estável seria uma forma do Estado adentrar nas relações individuais, vez que estas eram até então consideradas livres, contrapondo-se à vontade daqueles que a constituem à solenidade e ao formalismo do casamento, ou seja, optando por unir-se sem a interferência do Estado.

Finalizando os exemplos aqui citados, mas a que o autor mais se alonga, temos a obrigatoriedade do regime da separação obrigatória de bens a pessoas maiores de 60 (sessenta) anos, em estampado contrassenso ao princípio da livre estipulação e mutabilidade do regime de bens no casamento.

Finalizando seu pensamento, esclarece que o direito à intimidade e à liberdade dos sujeitos que compõem as relações familiares funcionaria como um instrumento de freios e contrapesos na intervenção do Estado, impedindo-a em sua totalidade.

Necessário, pois, seria para a família que as normas que as regulamentassem fossem conciliadas com a autonomia e a liberdade dos indivíduos com os interesses de ordem pública, restringindo o Estado apenas ao seu papel de protetor, o que será alcançado com uma leitura da sua hermenêutica realizada com base nos princípios fundamentais do Direito de família, o qual tem a dignidade da pessoa humana em seu ápice, afastando, por consequência, quaisquer situações de indignidade, seja para com a entidade familiar, seja para com seus membros considerados em sua individualidade no núcleo familiar.

f) Princípio da Solidariedade Familiar

O sentimento de solidariedade encontra-se presente na sociedade e, para Gama,¹⁴⁰ os sentimentos de solidariedade, benevolência, beneficência é o conjunto de princípios que deve fazer parte do ordenamento jurídico de qualquer povo.

¹³⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores para o Direito de Família...*, p. 159-163.

¹⁴⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios Constitucionais de Direito de Família...*, p. 120.

Fundamentos estes que se encontram estabelecidos no princípio da solidariedade, esculpido na Lei Magna, artigo 3º, inciso I, com o objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária. Dessa forma, a solidariedade deve estar presente nos relacionamentos pessoais, sendo intrínseco a sua perpetuação nas relações familiares.

Comemora-se assim, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a passagem do Estado Liberal individualista para o Estado Democrático e Solidário.

No artigo 226, § 8º, da Constituição Federal, observa-se que quando o Estado assegura a assistência à família na pessoa de cada uma das que a integra, com a criação de mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações, está colocando em prática o princípio da solidariedade social no âmbito familiar.

Paulo Luiz Netto Lôbo¹⁴¹, conta que

No mundo antigo o indivíduo era concebido apenas como parte do todo social; daí ser impensável a idéia de direito subjetivo. No mundo moderno liberal, o indivíduo era o centro de emanção e destinação do direito; daí ter o direito subjetivo assumido a centralidade jurídica, a partir de sujeitos abstratamente considerados iguais. No mundo contemporâneo, busca-se o equilíbrio entre os espaços privados e públicos e a interação necessária entre os sujeitos concretos, despontando a solidariedade como elemento conformador de direitos subjetivos.

A sociedade hoje abandona seu aspecto individualista para centrar-se no aspecto solidário, não se atrelando esta função apenas aos poderes públicos, mas à sociedade e a todos os demais membros participantes, em conjunto, para a realização do interesse comum.

Os direitos de solidariedade na classificação das dimensões dos direitos humanos, hoje fariam parte da terceira dimensão, a qual, o princípio da solidariedade contemplaria não só as pessoas em relação às outras, mas também em relação ao meio ambiente, aos demais seres vivos e as gerações futuras.¹⁴²

Desta feita, implica-se a observância deste princípio sob dois aspectos: o interno e o externo.

¹⁴¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto *Princípio da Solidariedade Familiar...*, p. 1.

¹⁴² LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio da Solidariedade Familiar...*, p. 5.

Externamente temos que a solidariedade social significa a incumbência do poder público e da sociedade civil em realizar políticas de atendimento às necessidades familiares daqueles que se encontram em situação de desvantagem, marginalizados.

Para Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel¹⁴³ o princípio da solidariedade deve ser entendido como um concretizador de uma existência digna, comum a todos e a fim de proporcionar uma sociedade que se desenvolva livre e justa e sem a existência de excluídos, marginalizados ou oprimidos.

Em relação a aplicação no âmbito externo, Paulo Luiz Netto Lôbo¹⁴⁴ cita como exemplo a responsabilidade que os pais têm em relação aos danos cometidos pelos filhos menores a terceiros¹⁴⁵.

A responsabilidade acima é traduzida pela responsabilidade objetiva, conforme o estabelecido no artigo 933, que informa que as pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo 932, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos, observa-se que o inciso I diz respeito à responsabilidade dos pais pelos filhos menores que estiverem sob sua responsabilidade.

A responsabilidade objetiva é crescente no direito civil, cooperando para o avanço do princípio da solidariedade na sociedade contemporânea.

No âmbito interno assegura que cada membro da entidade familiar tem que cooperar para que o outro consiga concretizar e desenvolver o mínimo necessário para o seu desenvolvimento tanto biológico, material e emocional.

Entre os vários exemplos que traz nosso ordenamento em relação à aplicação deste princípio, Flávio Tartuce¹⁴⁶ elenca o pagamento dos alimentos no caso de sua necessidade, nos termos do art. 1.694 do atual Código Civil, afirmando que podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, observando em especial o disposto no parágrafo segundo que ainda em

¹⁴³ GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *Direito de Família e o Princípio da Boa-fé Objetiva...*

¹⁴⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio da Solidariedade Familiar...*, p. 10.

¹⁴⁵ Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia.

¹⁴⁶ TARTUCE, Flávio. *Novos Princípios do Direito de Família Brasileiro...*

situações que resultar de culpa de que pleiteia os alimentos, estes, embora sejam só os indispensáveis, serão prestados.

Outros exemplos do princípio da solidariedade familiar no Código Civil: no artigo 1.513 que informa sobre a comunhão de vida instituída pela família; o poder familiar estabelecido no artigo 1630, exercido por ambos os pais em benefício aos filhos; a mútua assistência e material e moral entre eles.

Nas palavras de Paulo Luiz Netto Lôbo¹⁴⁷ a solidariedade no núcleo familiar aparece ainda na reciprocidade de coordenação do lar por cônjuges e companheiros, solidariedade no trato com os filhos que reflete na exigência de se cuidar da criança até a idade adulta, sendo ainda o princípio incluído na Declaração Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Em nosso ordenamento o artigo 4.º do Estatuto da Criança e do Adolescente diz ser responsabilidade da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária da criança e do adolescente, o que revela a aplicação do mesmo.

Maria Berenice Dias¹⁴⁸ informa ser a solidariedade o princípio que se aproveita no âmbito das relações familiares, gerando deveres recíprocos entre seus membros, assim, *safa-se o Estado do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão*; a concretização deste princípio está, por exemplo, na imposição da obrigação alimentar que ocorre entre parentes.

Inobstante a afirmação da autora Maria Berenice Dias, em relação a ser o princípio da solidariedade a possibilidade de o Estado utilizar-se do mesmo para se afastar das suas obrigações, do que não podemos deixar de concordar com a autora, atualmente o princípio deve fazer parte de todo um contexto ético inserido nas sociedades, a fim de que o envolvimento das mesmas com o cuidado de seus

¹⁴⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio da Solidariedade Familiar...*, p. 06.

¹⁴⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias...*, p. 62.

demais esteja sempre presente, como a única forma de torna o mundo mais harmônico, mais justo, mais humano.

No interior da família o princípio da solidariedade deixa o aspecto ético e assume aspectos jurídicos de obrigatoriedade que se corporifica pelo dever jurídico de correção, de lealdade e de boa-fé.

Na sequência deste trabalho, o quarto e último capítulo delinea um conceito de direito de família, calcado nas características como a revalorização do afeto, a franqueza nas relações familiares e o atendimento aos interesses da criança.

Revela no aspecto da pluralidade familiar, quais são as entidades familiares que compõe o novo cenário da sociedade brasileira, traça suas características apresentando como a legislação, a jurisprudência e a doutrina vêm implementando direitos em favor das mesmas.

4 A PLURALIDADE FAMILIAR: NOVAS ENTIDADES FAMILIARES

4.1 AS FAMÍLIAS ELENCADAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição Federal, em seu artigo 226, reconhece de forma expressa nos §§ 3.º e 4.º a união estável e a família monoparental. Pela análise da letra fria da lei, ficaria fora dessa enumeração a família homoafetiva, a solidária e a simultânea. Discutiu-se por determinado período se somente aquelas seriam as famílias reconhecidas no âmbito constitucional.

O princípio da liberdade e da dignidade da pessoa humana que são os nortes da nossa Lei maior nos faz crer que não são somente as entidades expressas no seio da Constituição as reconhecidas. As entidades familiares formadas por homossexuais, em especial, vêm, paulatinamente, ganhando reconhecimento como tal.

Na tratativa deste assunto Paulo Luiz Netto Lôbo¹⁴⁹ expõe que o artigo 226, *caput* da Constituição Federal, no que se refere ao âmbito de vigência da tutela constitucional à família, não faz qualquer referência a determinado tipo de família, não se encontra mais a expressão "constituída pelo casamento", pois essa expressão foi substituída pela expressão "a família", qual seja, qualquer família.

Nos parágrafos seguintes, ao se referir a Constituição a tipos determinados de família (nonoparental e constituída pela união estável), atribuindo consequências jurídicas para elas, não significa que a família seria apenas as constituída pelo casamento, pela união estável ou pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos. Como bem assevera o autor, a interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos.

Por isso o *caput* do art. 226 para o autor é *consequentemente, cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade*.¹⁵⁰

A inclusão de todas as entidades familiares se reforça na regra do § 4º do art. 226. A inclusão está no sentido do termo "também" nela contido. Esclarece o

¹⁴⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades Familiares Constitucionalizadas...*

¹⁵⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades Familiares Constitucionalizadas...*

autor que a palavra "*também*" tem o significado de *igualmente, da mesma forma, outrossim, de inclusão de fato sem exclusão de outros*,¹⁵¹ privilegiando a inclusão a melhor resposta à realização da dignidade da pessoa humana, sem desconsideração das entidades familiares reais não explicitadas no texto.

4.2 CONCEITOS DE FAMÍLIA

Em decorrência das transformações sociais que se operaram em nosso meio social, houve alteração por completo do modelo tradicional dos vínculos familiares, e o conceito de família precisou ser reinventado.

Aliás, os fatos sociais nos trazem um complexo de fatos e significados que se transmitem de forma veloz, o que torna difícil um conjunto técnico de normas. Por esses motivos Fachin¹⁵² diz que hoje se tem um conceito de família, filiação, paternidade e maternidade muito menos prévio e sim, muito mais, um conceito que se constrói a *posteriori*.

O novo conceito vem baseado em características como a revalorização do afeto, a franqueza nas relações familiares e o atendimento aos interesses da criança.

Beatrice Marinho Paulo¹⁵³ ressalta que o conceito de família é desenvolvido a partir das funções que ela desenvolve no meio social. Elenca como funções importantes:

a) A função procriativa – que se descreveria na de gerar filhos, garantindo a preservação da espécie, que, atualmente, não se tem como função essencial tendo em vista que os filhos podem integrar a família pela adoção, pela paternidade socioafetiva e os avanços da tecnologia trazem a possibilidade da inseminação.

b) Função econômica (mantenedora) – essa função tem o condão de garantir a seus membros a sobrevivência e uma vida digna, reforçando, a autora, que não é uma função apenas da família, mas do Estado e de toda a sociedade. Considera que *a família é recurso essencial para o Estado, sem o qual a sociedade*

¹⁵¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades Familiares Constitucionalizadas...*

¹⁵² FACHIN, Luiz Edson. *Princípios Constitucionais do Direito de Família Brasileiro Contemporâneo...*, p. 122.

¹⁵³ PAULO, Beatrice Marinho. *Em Busca do Conceito de Família...*, p. 55-61.

*certamente não se manteria, e é, ao mesmo tempo, o melhor investimento do milênio.*¹⁵⁴

c) Função emocional e psicológica – a família nessa função deve revestir seus membros de amor, segurança emocional, paz, compreensão e carinho, com apoio mútuo que os levem ao caminho da felicidade.

d) Função de desenvolvimento das potencialidades humanas – permitir o desenvolvimento da personalidade e promoção da dignidade de seus membros, fornecendo *os cuidados essenciais para o crescimento e desenvolvimento físico, psíquico e social deles.*¹⁵⁵

e) Função educativa e socializadora – nessa função, os pais são os primeiros modelos que os filhos possuem; cabe a eles a transmissão dos hábitos e costumes, conhecimentos e fundamentos da vida em sociedade para que a criança reproduza a cultura que a família propaga.

f) Função de continuidade da cultura – cabem aos pais a transmissão da cultura, seus valores e normas para os filhos, com a finalidade de que eles sobrevivam entre os demais da sua espécie, e continuem a manter a tradição da cultura.

g) Função de produção das relações sociais: retrata esta função que a família é sempre usada para reproduzir as relações sociais, sendo que, no seu interior, a família representaria a sociedade em que vive, aprender-se-ia a obedecer e a se submeter às autoridades, até às que detêm o poder de controle Estatal.

No quadro da psicanálise há respaldo à teoria da interiorização da obediência, uma vez que:

a obediência a um sistema hierárquico e autoritário desde a infância é que predispõe o indivíduo a se submeter às autoridades que encontra em suas relações sociais. A partir das relações afetivas que estabelece com os genitores, do desejo da criança tem de ser amada, e do medo que sente em perder o amor dos pais, é produzida nela uma estrutura psíquica bastante adequada para sua futura vida em sociedade.¹⁵⁶

¹⁵⁴ PAULO, Beatrice Marinho. *Em Busca do Conceito de Família...*, p. 55.

¹⁵⁵ PAULO, Beatrice Marinho. *Em Busca do Conceito de Família...*, p. 56.

¹⁵⁶ PAULO, Beatrice Marinho. *Em Busca do Conceito de Família...*, p. 59.

Para a autora, a interiorização da autoridade chega através do pai, o qual é o primeiro transmissor da autoridade social, transmitindo a cópia das autoridades do macrossistema social no microssistema familiar.

Neste sentido acreditamos que a autora tenha se referido ao “pai” como aquele que detém a autoridade no lar, independente deste ser formado ou não por uma família denominada como tradicional, qual seja, aquela formada por pai, mãe e filhos.

De fato o que se observa nas famílias compostas de forma não tradicional é que nem sempre a figura do pai é presente nem por isso a autoridade deixa de ser exercida. Podemos informar aqui as famílias que são constituídas somente por mãe e filhos (monoparental) onde não se encontra a figura do pai e nem por isso deixam de ser constituídas de autoridade que nestas entidades familiares é exercida somente pela mãe.

O mesmo se dá nas famílias homoafetivas formadas por dois homens ou por duas mulheres, como se identificar a figura do pai?

Nas famílias reconstituídas onde os laços entre os filhos de uma relação anterior se estabelecerão por laços de afeto com os novos parceiros, nem sempre num primeiro momento os filhos da relação anterior reconhecem a figura do pai no caso socioafetivo no novo companheiro de sua genitora, fato este gerador de conflitos, sendo comum a frase “você não é meu pai!”.

Esta situação do reconhecimento da autoridade é um dos problemas enfrentados diuturnamente pelas famílias recompostas.

Assim como todo paradigma importa em adequações ou até mesmo em superação de conceitos, certamente a interiorização da autoridade vinda pela figura do pai está superada.

h) Função de fornecedora de cidadão – na colocação desta última função, a autora informa que o cidadão não é formado pelo Estado, mas é gerado no interior de sua família através da assimilação de ideais, valores e normas que pautam a convivência social, preparando-os para exercer a sua função de cidadãos perante a sociedade.¹⁵⁷

¹⁵⁷ PAULO, Beatrice Marinho. *Em Busca do Conceito de Família...*, p. 60.

Denota-se aqui a importância das autoridades em dispensar atenção para políticas públicas que atendam a família em todas suas necessidades, vez que o cidadão que se integrará à sociedade é formado no seio da família, sendo indispensável que esta possa se manter íntegra e com dignidade.

Em relação a formação do cidadão várias são as objeções no que dizem respeito a formação destes nos novos ambientes familiares, em especial na família homoafetiva, na qual, muito se questiona sobre a formação de uma criança criada em um lar com “duas mães” ou com “dois pais”.

Essa questão também é bastante latente nos lares formados por pais ou mães solteiros que resolvem adotar filhos.

Angelo Pereira¹⁵⁸ em seu livro *Retrato em Branco e Preto: Manual Prático para Pais Solteiros*, relata a história da adoção de seu filho Pedro Paulo, adoção que aconteceu no ano de 1997, Ângelo era solteiro e homossexual, o livro retrata as barreiras do preconceito enfrentado por pai e filho.

No livro o autor informa que para ser bom pai não depende de ser hetero ou de ser gay e uma observação deveras importante, assegura o autor que o sentimento da paternidade pode ser vivido na sua plenitude fora do núcleo familiar tradicional.

Ilustrando a assertiva acima, diz o autor que criança muitas vezes por vários motivos embora tendo pai ou mãe, necessariamente não está na companhia deles:

(...) Às vezes, tem só mãe, às vezes só pai. Às vezes tem pai e mãe, mas outra pessoa da família é quem cria; às vezes mora com eles, mas não foi adotada por eles, e vive em estado de orfandade dentro de casa. Paternidade e maternidade ficam, então, reduzidos a mais uma função social que desempenham. O ser humano tem poucas relações biológicas. Tem mais relações adotivas, a gente adota tudo: marido, mulher, amigos, cultura, linguagem, comportamento, profissão etc. O mito de que o amor é baseado no sangue está caindo por terra. Então, pensei, família pode ser qualquer par, desde que se ame e se respeite mutuamente.¹⁵⁹

¹⁵⁸ PEREIRA, Angelo. *Retrato em Branco e Preto: Manual Prático para Pais Solteiros...*, p. 12.

¹⁵⁹ PEREIRA, Angelo. *Retrato em Branco e Preto: Manual Prático para Pais Solteiros...*, p. 28

Relata o autor que nas entrevistas realizadas pelas assistentes e psicólogas responsáveis pelo processo de adoção a sua opção sexual não foi questionada, o que interessava era as qualidades de caráter, afetividade descomplicada e estabilidade emocional e financeira, o que interessava mesmo saber era se a criança teria o que comer, onde iria dormir, quem iria cuidar dela, que tipo de vida levaria envolvida naquele núcleo familiar.¹⁶⁰

Mariana de Oliveira Farias e Ana Cláudia Bortolozzi escreveram a obra *Adoção por Homossexuais - A Família Homoparental sob o Olhar da Psicologia Jurídica*. A autora Mariana de Oliveira Farias em uma entrevista para Editora Jurua¹⁶¹ sobre a obra, quando perguntada se um casal homossexual, sendo considerado uma família, teriam condições de educar e cuidar adequadamente de crianças adotadas, responde que:

A capacidade para educar e cuidar adequadamente de uma criança não depende da orientação afetivo-sexual e sim de outras características diversas que envolvem as características pessoais, a estruturação saudável da personalidade, as relações amorosas e conjugais respeitadas, etc. das pessoas que formam o casal. Uma criança amada e acolhida em uma família pode se desenvolver adequadamente, desde que neste espaço existam, por exemplo, regras, limites, cuidados, proteção, educação e carinho, e estes fatores independem da orientação sexual dos educadores adultos. Os estudos estrangeiros apontam para a não existência de diferenças significativas de adaptação psíquica entre crianças/adolescentes filhos de pais heterossexuais ou de pais/mães homossexuais.

Esclarece ainda que, nada há comprovado cientificamente que crianças criadas por homossexuais são promiscuas, desajustadas social ou emocionalmente, abusadas sexualmente ou se tornem necessariamente homossexuais.

Os parceiros homossexuais podem ser adequados ou não em relação à educação e ao cuidado com os(as) filhos(as), bem como pais e mães heterossexuais. É importante que a criança tenha presente modelos de ambos os sexos, mas não necessariamente os pais devem ser de sexos diferentes; esses modelos vêm dos contatos com pessoas de ambos os sexos que sejam significativas

¹⁶⁰PEREIRA, Angelo. *Retrato em Branco e Preto: Manual Prático para Pais Solteiros...*, p.82/83.

¹⁶¹FARIAS, Mariana de Oliveira e BORTOLOZZI, Ana Cláudia. *Adoção por Homossexuais - A Família Homoparental sob o Olhar da Psicologia Jurídica*, disponível em <http://www.jurua.com.br/entrevistas3.asp?id=94>, acessado em 01/10/2010.

para ele, como por exemplo, avós, avôs, tios, tias, algum amigo importante da família, etc.

Contribui de sobremaneira a entrevista para o objeto deste trabalho, no momento em que a autora expõe que a criança não terá danos em seu desenvolvimento psíquico especificamente devido ao modelo de família no qual foi educada e criada, seja este modelo homossexual, heterossexual, monoparental ou reconstituída, pois, o desenvolvimento saudável tem mais a ver com a qualidade das relações estabelecidas nessas diferentes configurações de família.

De longa data já se é sabido que a presença da figura de um pai e uma mãe não é garantia de um filho equilibrado, não é de hoje que nos deparamos com filhos envolvidos com drogas, criminalidade, filhos que matam seus pais, e que aparentemente se encontravam em um lar dito normal.

Podemos dizer por essas colocações, que o que garante formação do cidadão no seio familiar são os princípios éticos e morais que lhes são passados, independentes da constituição familiar em que se encontram inseridos.

Feitas essas considerações em relação às funções que a família deve desenvolver, observar-se-á que, na sua conceituação atual, as funções da família estão intimamente ligadas ao seu conceito.

A Lei 11.340/2006, Lei Maria da Penha, que criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, em seu artigo 5.º inciso II, trouxe, em seu texto legislativo, a família como sendo:

Art. 5º [...]

I - (...)

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

Em comentários à lei, Maria Berenice Dias¹⁶² ensina que o legislador, pela primeira vez, procurou definir família e o fez de forma corajosa, pois traz conceitos que correspondem ao formato atual dos vínculos familiares.

Fala em indivíduos, e não em um homem e uma mulher. Também não se limita a reconhecer como família a união constituída pelo casamento. Aliás, não poderia fazê-lo até porque Constituição Federal esgarçou o conceito de

¹⁶² DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça...*, p. 43.

família de forma exemplificativa refere-se ao casamento, à união estável e à família monoparental, sem no entanto deixar ao desabrigo outros modelos familiares ao usar a expressão “entende-se também como entidade familiar” (CF, art. 226, § 4.º).

Na atualização do Estatuto da Criança e do Adolescente, através da Lei n.º 12.010 de 03 de agosto de 2009, tida como a nova Lei da Adoção, ao artigo 25¹⁶³ foi acrescentado o parágrafo único que dá um conceito mais extenso ou ampliado de família, estendendo-se os laços familiares, os vínculos de afinidade e a afetividade da criança e do adolescente para além da unidade pais e filhos ou da unidade de casal formada por parentes próximos.

Waldir Grisard Filho já havia observado que o conceito de família nesse prisma social em que se encontra a família contemporânea transpassa o direito positivo; as famílias seriam concebidas em sentido amplíssimo, amplo e irrestrito.

Para o conceito amplíssimo de família, esta seria composta pelos indivíduos entre os quais existe um vínculo jurídico de ordem familiar – ascendentes, descendentes, colaterais e os parentes por afinidade. Seriam os cônjuges, sogros, enteados, genros, noras e cunhados.

Para o sentido amplo de família, temos o núcleo formado pelo casal, filhos e parentes na linha reta ou colateral e os afins do lado do cônjuge.

Em relação ao sentido amplo, ter-se-ia então o grupo familiar formado pelo casal e a prole – pai, mãe e filhos. Para esta concepção é dedicado o maior número de disposições jurídicas, encartando-se ainda as famílias constituídas por pessoas de diferentes sexos sem o instituto do casamento e a formada por um dos pais e os filhos.

Merecem destaque as palavras de Beatrice Marinho Paulo¹⁶⁴ ao tratar desse grupo familiar.

Realmente, quando se pensa em família, imediatamente vem à mente um pequeno grupo social, composto por um casal e seus filhos. Invariavelmente quando nos metemos em discussões de família ouvimos a expressão

¹⁶³ Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009).

¹⁶⁴ PAULO, Beatrice Marinho. *Em Busca do Conceito de Família...*, p. 34.

“família é você, sua esposa ou seu esposo e seus filhos”. Essa imagem é tão forte no imaginário, e se encontra tão presente nos mais diversos recantos desse mundo globalizado que há a tendência de rejeitar ou ignorar qualquer outra forma de relação, inclusive desprestigiando outros vínculos que por ventura se formam com pessoas de fora desse quadro familiar.

Paulo Luiz Netto Lôbo¹⁶⁵ não vê, de forma taxativa, as modalidades de família elencadas na Constituição Federal: matrimonializadas, união estável e monoparental. Para que se considere entidade familiar, é importante reunir as características de estabilidade, excluindo-se relacionamentos casuais, esporádicos, de ostentabilidade, apresentando-se a família como uma entidade que tem a afetividade como pilar essencial, afastando-se o fator econômico.

De posse da reunião desses elementos, poder-se-ia adotar o conceito de Beatrice Marinho de Paulo para quem família seria

o grupo de pessoas a quem o indivíduo é vinculado por laços afetivos e sentimento de pertencimento, que lhe servem de referência primeira na construção de sua personalidade, e a quem pressupõe que se possa recorrer, em caso de necessidade material ou emocional.¹⁶⁶

Apesar de adotado o conceito acima, sabe-se que, na sociedade mutante em que nos encontramos, o conceito de família estará sempre aberto a se adaptar aos novos arranjos familiares propostos, consciente de que o princípio da dignidade da pessoa humana deve permear o meio social sempre.

4.3 FAMÍLIA TRADICIONAL E FAMÍLIA PLURAL

A pluralidade familiar, de acordo com Fernanda Pessanha¹⁶⁷, começou a surgir no direito romano. As guerras pela expansão imperial fizeram com que a população das cidades vencidas na guerra, acrescidas aos estrangeiros com interesses comerciais, formasse a classe dos plebeus a qual se desenvolvia ao lado da família romana tradicional sacerdotal e patrícia.

¹⁶⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades Familiares Constitucionalizadas...*, s/p.

¹⁶⁶ PAULO, Beatrice Marinho. *Em Busca do Conceito de Família...*, p. 61.

¹⁶⁷ GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *Direito de Família e o Princípio da Boa-fé Objetiva...*, p. 30.

Os atritos surgidos em virtude das diversas classes sociais levaram o direito romano a criar o *jus civile*, que estabelecia normas que regulavam as relações formadas entre os cidadãos patrícios e plebeus, a fim de que houvesse pacificação social.

Destarte, novas famílias se criaram assim como outras se dissolveram. O Estado passou a criar normas comuns, com o intuito de disciplinar as *novas relações familiares trazidas com a diversidade de classes e a mistura de povos*.¹⁶⁸

A família perdeu sua função procriadora, política, econômica e mesmo religiosa, instituindo sua formação pelos vínculos de desejo e de afeto.

Nas palavras de Elizabeth Roudinesco¹⁶⁹, há os que consideram que as famílias pós-industriais são pervertidas, entregues ao hedonismo, à ideologia do sem tabu, em suas mais variadas formas monoparental, homoparental, recomposta, desconstruída, clonada, gerada artificialmente, não sendo mais capaz de transmitir seus próprios valores.

A família, assim, estaria perdendo a função de célula base da sociedade, ameaçando a destruição da democracia republicana do Ocidente.

Evidente que essas características não prevalecem no entendimento da doutrina em nosso país.

Os contornos das transformações da família tradicional para a família plural, anteriormente tida como transpessoal, hierarquizada, desigual, fundada na matrimonialização, monolítica e unidimensional na travessia, são ricamente descritas por Fachin¹⁷⁰. Para o autor é importante que a família contemporânea se mantenha plural, aberta, porosa, não enumerativa ou taxativa, a repousar sua interpretação nos braços da Constituição Cidadã.

Para Ana Carla Harmatiuk Matos¹⁷¹, todos os possíveis modelos familiares retratados no mundo fático devem ser traduzidos em relações jurídicas. Assim, frente a uma sociedade pluralista como a nossa, não há como o Estado impor um modelo, baseado em valores já ultrapassados.

¹⁶⁸ GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *Direito de Família e o Princípio da Boa-fé Objetiva...*, p. 30.

¹⁶⁹ ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem...*, p. 10.

¹⁷⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Princípios Constitucionais do Direito de Família Brasileiro Contemporâneo...*, p.122.

¹⁷¹ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União Entre Pessoas do Mesmo Sexo: Aspectos Jurídicos e Sociais...*, p. 161.

A família atual é centrada na igualdade, não na igualdade aritmética, mecânica, mas na que reconhece suas diferenças e que serve de ninho, de abrigo para os seus componentes.

Neste momento do trabalho, far-se-á uma apresentação das novas formas de composição familiar sem a pretensão de, sobre elas, traçar dissertações que seriam próprias quando únicas em um trabalho de que seriam objetos. Apresentar-se-ão suas características principais e sua posição perante o ordenamento.

Não serão abordadas as espécies de casamento, união estável e a homoparental por não serem o objeto do presente trabalho, em virtude inclusive da exaustão de pesquisas já realizadas em relação às mesmas.

Dessa forma, pautar-se-á nas formações familiares contemporâneas: a família homoafetiva, a simultânea, a reconstituída e a solidária.

4.3.1 A família homoafetiva

A relação de homoafetividade não é uma situação atual, existe há muito tempo. Em Roma, ainda que não aceita expressamente, ela constituía um pecado menor desde que fosse a relação ativa de um homem livre com um escravo ou um homem de baixa condição. As pessoas divertiam-se com isso no teatro e vangloriavam-se disso na alta sociedade. Era comum que homens com vocação heterossexual mantivessem relação com meninos (o que hoje é considerado pedofilia), uma vez que, para a época, proporcionavam um prazer tranquilo que não agita a alma, diferente da paixão por uma mulher que mergulhava o homem livre em uma dolorosa escravidão.¹⁷²

Afirma Maria Berenice Dias¹⁷³ que a homossexualidade acompanha a história do homem, não constitui crime nem pecado, nem doença, nem vício:

É simplesmente uma outra forma de viver. A origem não se conhece. Aliás, nem se interessa, pois quando se buscam causas parece que se está atrás de um remédio ou de um tratamento para encontrar a cura de algum mal. A infertilidade do vínculo homossexual foi repudiada pela Igreja, o que colocou essas uniões à margem da sociedade. Claro que a forma de demonstrar reprovação a tudo o que desagrada à maioria conservadora é a condenação

¹⁷² DUBY, George; ARIÉS, Philippe. *História da vida privada, do Império Romano ao ano mil...*, p. 185.

¹⁷³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias...*, p. 191.

à invisibilidade. Assim, restam as uniões homossexuais marginalizadas e excluídas do sistema jurídico.

A medicina, desde o ano de 1974, retirou a homossexualidade da lista do rol das perturbações mentais.

Para Francisco de Assis Figueiredo¹⁷⁴, a homossexualidade é uma questão de genética, uma vez que sempre existiu e somente deixará de existir quando a Engenharia Genética conseguir criar algo que interfira na formação genética ao ponto de interferir na “predisposição”.

Francis Fukuyama, em *Nosso Futuro Pós-Humano*¹⁷⁵ trata do tema da homossexualidade expondo que há duas correntes de estudos, uma que ele chamou de a de esquerda, acredita que a orientação sexual é conferida ao indivíduo como um *acidente de nascimento*, não se tratando de uma opção individual ou de um condicionamento social, estaria no gene do indivíduo.

Estudos neuroanatômicos recentes indicam que há diferença na estrutura de três partes do cérebro entre homens homossexuais e heterossexuais, em especial no hipotálamo que contém circuitos neuronais que estão envolvidos com a variação das emoções. Faz parte do sistema límbico. Então, temperatura, frequência cardíaca, pressão arterial, fome, sede e a sexualidade passam pelo controle do hipotálamo.

Por outro lado a corrente da direita, traz a idéia de que homossexualidade é um comportamento escolhido, acreditar na existência de um gene com carga genética da homossexualidade seria como aceitar que a homossexualidade é *uma condição da qual nada se pode fazer*.¹⁷⁶

Fato é que independente de ser considerada uma questão biológica hereditária ou uma questão de escolha individual, a sexualidade integra a própria condição humana, trata-se de um direito fundamental e, por essa característica, é inalienável e imprescritível. Seu exercício compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade à livre orientação sexual, portanto *todo ser humano tem o direito de exigir respeito ao livre exercício da sexualidade*.¹⁷⁷

¹⁷⁴ FIGUEIREDO, Francisco de Assis. *Família Isossexual...*, p. 421.

¹⁷⁵ FUKUYAMA, Francis. *Nosso Futuro Pós-Humano...*, p. 48 a 52.

¹⁷⁶ FUKUYAMA, Francis. *Nosso Futuro Pós-Humano...*, p. 50

¹⁷⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias...*, p. 193.

Com a evolução da ciência e, em especial, em relação ao desenvolvimento das pesquisas feitas com células troncos, afirma Beatriz Marinho de Paulo¹⁷⁸ que

[...] dentro em breve será possível que se criem óvulos a partir das células de homens, bem como espermatozóides a partir das células de mulheres, o que possibilitará, entre outras coisas, que parceiros homoafetivos gerem, juntos, filhos que possuam a carga genética de ambos.

Inobstante as prospecções do avanço tecnológico acima, fato é que a procriação há muito tempo não constitui mais uma das funções essenciais da família. Não se pode, por exemplo, imputar o não reconhecimento da existência familiar entre pessoas do mesmo sexo pela impossibilidade de procriação; veja que atualmente casais heterossexuais optam pela possibilidade de não terem filhos.

O problema do reconhecimento da união homoafetiva para Ana Karla H. Matos¹⁷⁹, é que ela contesta a hierarquização da estrutura social que imagina e impõe uma “normalidade”, incrustada na dominação da mulher pelo homem. Na união homossexual teríamos a dominação do homem pelo homem em uma total inversão de identidade de gênero. Dessa forma, o reconhecimento das uniões homoafetivas, para a autora, é um dos aspectos mais revolucionários do Direito de Família, uma vez que questiona os papéis sociais das pessoas envolvidas.

Não há atualmente, no ordenamento jurídico, legislação específica que assegure os direitos das uniões homoafetivas.

Tramita no Congresso, desde 1995, o PL 1.151/95 de autoria de Marta Suplicy, mas sem prazo para sua aprovação, em que se prevê o reconhecimento da parceria civil homoafetiva garantindo a duas pessoas do mesmo sexo o reconhecimento de sua união civil, visando à proteção dos direitos, em especial à propriedade, à sucessão, sendo a união civil entre pessoas do mesmo sexo constituída mediante registro em livro próprio, nos Cartórios de Registro de Pessoas Naturais.

No Brasil, o Estado do Rio Grande do Sul, na vanguarda do reconhecimento dos direitos homoafetivos, editou o provimento 6/4 de 17 de

¹⁷⁸ PAULO, Beatrice Marinho. *Em busca do conceito de família...*, p. 33.

¹⁷⁹ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União Entre Pessoas do Mesmo Sexo: Aspectos Jurídicos e Sociais...*, p. 21.

fevereiro de 2004, que reconhece a união estável das pessoas do mesmo sexo, incluindo o parágrafo único no artigo 215 da Consolidação Normativa Notarial e Registral, assegurando às pessoas plenamente capazes, independentemente da identidade ou oposição de sexo, que vivam uma relação de fato duradoura, em comunhão afetiva, com ou sem compromisso patrimonial, o registro de documentos que digam respeito a tal relação.

Em ousadia do legislador, a Lei Federal nº 11.340 de 7 de agosto de 2006, denominada Lei Maria da Penha, que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, dispõe, no artigo 2.º, que é assegurada a todas as mulheres, independentemente de sua orientação sexual, o gozo dos direitos fundamentais, assegurando-lhes a proteção e as oportunidades para uma vida saudável, livre de violência física ou mental.

Tem-se aqui o reconhecimento da orientação sexual estampada no texto legal, ao se referir ao gênero mulher independentemente de sua orientação sexual.

Maria Berenice Dias¹⁸⁰ enfatiza que o legislador tem enorme resistência em cancelar leis que a sociedade rejeita e, por puro preconceito, não aprova leis que são voltadas para uma minoria, alvo de discriminação. O que é repugnante é que os projetos sequer são observados uma vez que podem desagradar o eleitorado, colocando em risco a eleição ou reeleição dos parlamentares.

A jurisprudência brasileira tem paulatinamente reconhecido direitos à família homoafetiva como o direito de guarda, visitação, dependência em planos de saúde.¹⁸¹

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em uma decisão inédita na época, julgou RE/RJ¹⁸² em 09 de fevereiro de 2010 tendo como Ministra relatora

¹⁸⁰ DIAS, Maria Berenice *Manual de Direito das Famílias...*, p. 193.

¹⁸¹ União homoafetiva – inseminação artificial – filiação homoparental – direito de visitação – Filiação homoparental. Direito de visitas. Incontroverso que as partes viveram em união homoafetiva por mais de 12 anos. Embora conste no registro de nascimento do infante apenas o nome da mãe biológica, a filiação foi planejada por ambas, tendo a agravada acompanhado o filho desde o nascimento, desempenhando ela todas as funções de maternagem. Ninguém mais questiona que a afetividade é uma realidade digna de tutela, não podendo o Poder Judiciário afastar-se da realidade dos fatos. Sendo notório o estado de filiação existente a recorrida e o infante, imperioso que seja assegurado o direito de visitação, que é mais um direito do filho do que da própria mãe. Assim, é de ser mantida a decisão liminar que fixou as visitas. Agravo desprovido (Segredo de Justiça). (TJRS – Ag 70018249631 – 7.ª C.Cív. – Rel.ª Des.ª Maria Berenice Dias – J. 11.04.2007)

¹⁸² Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=95862>. Acesso em: 10 fev. 2010.

Nancy Andrigui, reconhecendo o direito do companheiro sobrevivente em uma união homoafetiva de receber o benefício previdenciário de previdência privada, no qual o companheiro falecido era participante.

No voto foi abordado, em especial, o princípio da dignidade da pessoa humana, ressaltando a ministra que, enquanto a lei civil não se manifestar em relação às novas estruturas de convívio, estas devem *ter sua tutela jurisdicional prestada com base nas leis existentes e nos parâmetros humanitários que norteiam não só o direito constitucional, mas a maioria dos ordenamentos jurídicos existentes no mundo.*

Para a ministra, é essencial que a relação homoafetiva venha acompanhada dos elementos caracterizadores da união estável: convivência pública contínua e duradoura, com o objetivo de constituição de família.

Para Maria Berenice Dias¹⁸³, pautado o Estado Democrático de Direito no princípio da dignidade da pessoa humana, torna-se impossível o desrespeito ou prejuízo a um ser humano em função da sua orientação sexual, se se respeitar a condição pessoal do indivíduo, incluindo-se a sua orientação sexual.

Sergio Gisckow Pereira¹⁸⁴ é contrário a se estender a qualidade de união estável às uniões homoafetivas, esclarecendo que sua posição nada tem de preconceituosa; o que vê o autor é uma incongruência constitucional.

Afirma que a Constituição somente reconhece como união estável a união entre homem e mulher, e a analogia não se aplicaria, pois, há norma expressa. A Carta Maior não é omissa; ela regula, com exclusividade, a relação entre homem e mulher. De forma contrária, estar-se-ia a conceder os mesmos direitos que foram concedidos para a união heterossexual à homossexual que o sistema Constitucional atual não permite.

A permissão de se elastecer a união estável heterossexual à homoafetiva, só seria possível caso a Constituição fosse alterada, via emenda constitucional, assim como foi feito em recente alteração com a edição da emenda constitucional 66/2010.

¹⁸³ DIAS, Maria Berenice *Manual de Direito das Famílias...*, p. 192.

¹⁸⁴ PEREIRA, Sérgio Gisckow. *Estudos de Direito de Família...*, p. 71.

Certamente não é essa a leitura constitucional que se faz em relação à união homoafetiva; não há como corroborar que a Constituição Federal, que elegeu a igualdade como uma de suas bandeiras, permita que seja dado tratamento diferenciado para pessoas que tenham somente uma opção sexual diferenciada.

As uniões entre pessoas do mesmo sexo produzem efeitos no âmbito jurídico, como, por exemplo, pensão por viuvez, partilha de bens, sucessão, direito de visita, adoção, as quais vêm sendo tuteladas pela doutrina e jurisprudência, independentemente de legislação específica, com supedâneo no respeito ao princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana.¹⁸⁵

Enfim, tendo em vista todas as considerações expostas, esperava-se que as legislações atuais tivessem uma posição mais aberta relação às uniões homoafetivas, esperava-se do legislador uma posição de coragem quando da promulgação da nova Lei Nacional da Adoção – Lei n.º 12.010/2009, a qual produziu mudanças no ECA, o que não aconteceu.

Embora a adoção por casais homoafetivos venha sendo reconhecida pela jurisprudência pátria, o legislador, em seu um conservadorismo que não retrata a realidade social, repete a disposição legal do artigo 1.622 do Código Civil, estabelecendo a adoção somente para os que forem civilmente casados ou mantiverem união estável e, como mais um requisito, a prova da estabilidade da família.

A lei não trouxe a possibilidade de adoção por casais homoafetivos, nem mesmo a adoção do filho biológico do outro, mantendo o silêncio, diante do qual, é a jurisprudência a mais importante ferramenta para assegurar aos homossexuais o exercício de cidadania.

Desse modo, a lei somente atrai para si o descrédito, pois a jurisprudência, paulatinamente, vem reiterando suas decisões no sentido de permitir a adoção por casais homossexuais, vez que o melhor interesse da criança de certo será evidenciado pela adoção por uma casal homoafetivo que possa oferecer

¹⁸⁵ Rio Grande do Sul – Porto Alegre - JF 4ª Região – Proc. 2003.71.00.039987-0-RS, 2ª Vara Federal, Juiz Federal Andrei Pitten Velloso, j. 16/10/2009; Rio Grande do Sul - Porto Alegre – Proc. 2005.71.00.043395-2-RS - Juíza Federal Clarides Rahmeier, j. 20/10/2008; TRF4 - AC 2000.71.00.009347-0, Sexta Turma, Rel. Des. João Batista Pinto Silveira, j. 27/07/2005.

melhores condições para que essa criança se desenvolva física e emocionalmente de modo saudável.

Os futuros problemas em sua estrutura emocional que poderão ser causado às crianças adotadas e até mesmo geradas por casais homossexuais é fonte de pesquisa em todo mundo. Relata Elizabeth Roudinesco¹⁸⁶ que os Estados Unidos têm desenvolvido pesquisas no sentido de identificar se é possível identificar que os filhos de pais homossexuais terão tendência à homossexualidade, se se tornarão depressivos ou se seriam capazes de se orientar em relação ao diferenciamento anatômico.

As pesquisas buscam ainda verificar se eles correriam mais risco de sofrer distúrbios psicóticos ou comportamental e ainda, o mais preocupante de se saber, se poderiam ser mais facilmente abusados sexualmente por adultos, vez que os homossexuais eram frequentemente associados a pedófilos.

Os resultados das pesquisas trouxeram resultados reconfortantes indicando que os pais homossexuais eram pais tão normais quanto os comuns que compunham as famílias tradicionais.

4.3.2 A família simultânea

Para estudar as famílias simultâneas, é necessário que se verifique como se deram as formações da família primitiva, vez que estas se constituíam de forma poligâmica sendo que a monogamia veio instituída posteriormente na sociedade como um preceito organizador. A família simultânea centra-se exatamente no desequilíbrio do princípio organizador da monogamia.

A família, primitivamente, em sua formação no estado selvagem e na fase inferior da barbárie, deu-se pelas relações em grupo. A linhagem era determinada pela linha materna, uma vez que não se podia precisar a paternidade, pois as relações eram poliandricas.

Em todas as formas de família por grupos, não se pode saber com certeza quem é o pai de uma criança, mas sabe-se quem é a mãe. Muito embora ela chame seus filhos a todos os da família comum e tenha para com eles deveres maternais, a verdade é que sabe distinguir seus próprios filhos dos

¹⁸⁶ ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem...*, p. 191-192.

demais. É claro, portanto, que, em toda parte onde subsiste o casamento por grupos, a descendência só pode ser estabelecida do lado materno, e, portanto, reconhece-se apenas a linhagem feminina.¹⁸⁷

Com a evolução humana, o homem começa a ser o responsável pela manutenção do lar e ele é que detém a propriedade sob os objetos de trabalho. Assim, em virtude da descendência feminina, em eventual separação do casal, os objetos de trabalho pertenciam ao homem e, em seu falecimento, eram transmitidos a sua parentela – irmãos, sobrinhos – não aos seus filhos.

Diante dessa situação, surge a necessidade de se alterar a linha de descendência passando para a linha masculina. Realizada a transição, os objetos de trabalho que seriam os bens de valor pertenceriam aos filhos do casal.

A fim de garantir a paternidade dos filhos, as relações monogâmicas começaram a prosperar nas civilizações mais evoluídas; note-se que o surgimento da monogamia nada teve a ver com a visão romântica de fidelidade e respeito como se reflete nos tempos atuais, na sua origem sua visão era econômica.

A finalidade do casamento na atualidade não mais se restringe a legitimar a prole, mas tem como objetivo principal a busca da felicidade e a realização pessoal dos nubentes. A legislação não poderia deixar de regulamentar tal relação, pois nela há interesse de toda a sociedade: tem-se, desta forma, regulamentados, de forma clara, os direitos e deveres que o casal assume ao dizer “sim”: os deveres de mútua assistência, respeito, consideração e fidelidade; a guarda e a educação dos filhos e a coabitação no lar conjugal. O caráter monogâmico do casamento é reafirmado com o dever de fidelidade, que é o mais polêmico dos deveres matrimoniais.¹⁸⁸

Steven Pinker¹⁸⁹ em seu estudo sobre a negação da natureza humana na obra *Tábula Rasa*, quando trata da família e seus conflitos, afirma que:

A tragédia biológica dos sexos é que os interesses genéticos de um homem e de uma mulher podem ser tão próximos que os dois quase poderiam ser considerados um único organismo, mas as possibilidades de seus interesses divergirem nunca estão muito distantes. O biólogo Richard Alexander afirma que se um casal se mantiver casado por toda a vida, for perfeitamente monógamo e favorecer sua família nuclear acima da família extensa de cada um dos cônjuges, seus interesses genéticos serão idênticos, ligados em um único cesto contendo seus filhos. Nessa idealização o amor entre um homem e uma mulher deveria ser o mais forte

¹⁸⁷ ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado...*, p. 49.

¹⁸⁸ TOALDO, Adriane Medianeira e TORRES, Maria Ester Zuanazzi. *Indenização por Danos Morais na Separação Conjugal Culposa em Face da Infidelidade...*, p. 86.

¹⁸⁹ PINKER, Steven. *Tabula Rasa: A Negação Contemporânea da Natureza Humana...*, p. 346.

dos laços emocionais no mundo vivo – “dois corações batendo como um só” -, e, evidentemente, para alguns afortunados casais é isso o que acontece. Infelizmente, os “se” nessa dedução são condições tremendas. O poder do nepotismo significa que os cônjuges estão sempre repelidos pela ação de seus parentes por afinidade e por enteados, se houver. E os incentivos do adultério significam que os cônjuges sempre podem ser separados pela traição do parceiro. Um biólogo evolucionista não se surpreende com o fato de que a infidelidade, enteados e parentes por afinidade estejam entre as principais causas de conflitos conjugais.

A mudança no *status* das mulheres propiciou a sua saída ao mercado de trabalho, relacionando-se com um número maior de pessoas, assim como a ocupação de postos no mercado de trabalho antes ocupados somente por homens. Isso fez com que despertasse, também nelas, o interesse por outros parceiros que não só o cônjuge.

Na maioria das doutrinas, encontra-se a família simultaneamente conceituada como as relações paralelas constituídas por um dos cônjuges que mantêm relação com várias pessoas e ao mesmo tempo.

Interessante a conceituação e os exemplos de Carlos Eduardo Pianovski¹⁹⁰ que encarta nas famílias simultâneas várias situações: a bigamia típica, a pluralidade pública e estável de conjugalidades, filhos de pais separados que mantêm o vínculo de afeto e convivência com ambos os pais, pessoas que constituem novas famílias e que mantêm vínculo com a prole anterior e, finalmente, netos que convivem entre o núcleo formado com seus pais e vínculos de convivência entre os mesmos.

Destarte, família simultânea seria aquela em que uma pessoa em comum vive concomitantemente em duas ou mais entidades familiares diversas entre si, sem configurar a figura clássica da manutenção de um concubinato.

Haveria de se pensar se há possibilidade de que seja instituída essa entidade familiar ante a figura do concubinato, caracterizada como a relação entre

¹⁹⁰ PIANOVSKI, Carlos Eduardo. Famílias Simultâneas e Monogamia..., p.193.

homem e mulher na qual existe impedimentos para o casamento.¹⁹¹

A busca por tutelar uma união paralela frente à constituição do casamento ainda que, em muito, ela se assemelhe à união estável, leva a se perceber que sempre faltarão os elementos essenciais caracterizadores a essa união extraoficial que são a fidelidade, a exclusividade e a coabitação, características vitais para que o Estado confira proteção às mesmas.¹⁹²

Não se pode alegar tratar-se de estável uma relação que se firma em uma relação de adultério, onde os encontros são ocasionais e ainda carece de *coabitação e sobretudo quando esta relação adulterina, de mero concubinato, carrega a ininterrupta coexistência de um casamento que nunca foi desfeito, de fato ou de direito.*¹⁹³

No mundo ocidental, é certo que é adotado o princípio monogâmico nas relações afetivas, inclusive, na função de princípio ordenador, a monogamia é ainda instituída em nosso ordenamento.

A adoção do princípio visa à proibição da poligamia em função da organização social, barrando-se o excesso, através da renúncia pulsional, a fim de

¹⁹¹ Superior Tribunal de Justiça - RESP Nº 789.293 - RJ (2005/0165379-8) – voto Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Os passos agigantados em matéria de direito de família levaram a jurisprudência a enfrentar situações de fato, como, por exemplo, a de admitir a existência de união estável ainda que uma das partes permanecesse com o vínculo formal do casamento, desde que comprovada a separação de fato (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 598.588/RJ, da minha relatoria, DJ de 3/10/05).

Essa construção foi feita exatamente para evitar que se acolha uma multiplicidade de relacionamentos amorosos no padrão exigido para a configuração de união estável. Quem convive simultaneamente com duas mulheres não tem relacionamento putativo para fins de união estável, pela só razão de que ou bem uma delas é de fato a companheira e a outra o relacionamento não estável, embora longo no tempo, ou nenhuma das duas é companheira e não reúnem condições apropriadas para reconhecer a união estável.

[...] Ora, com o maior respeito à interpretação acolhida no acórdão, não enxergo possível admitir a prova de múltipla convivência com a mesma natureza de união estável, isto é, "*convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família*".

O objetivo do reconhecimento da união estável e o reconhecimento de que essa união é entidade familiar, na minha concepção, não autoriza que se identifiquem várias uniões estáveis sob a capa de que haveria também uma união estável putativa. Seria, na verdade, reconhecer o impossível, ou seja, a existência de várias convivências com o objetivo de constituir família. Isso levaria, necessariamente, à possibilidade absurda de se reconhecer entidades familiares múltiplas e concomitantes.

[...] Para que houvesse a configuração da união estável com a recorrida, que é posterior à recorrente no amor do autor da herança, seria necessário que dessa última estivesse desvinculado, o que não ocorre neste feito.

¹⁹² WOLF, Karin. Casamento e relação concomitante sob o prisma da unicidade relacional..., p. 177.

¹⁹³ WOLF, Karin. Casamento e relação concomitante sob o prisma da unicidade relacional..., p. 177-178.

que possa haver civilização e, conseqüentemente, relações sociais. Frise-se: para que o regime monogâmico possa ser mantido através da fidelidade, necessária será a *renúncia pulsional*.¹⁹⁴

Tem-se, então, que a instituição da família simultânea é matéria de muita discussão nos tempos atuais, tendo os doutrinadores e a jurisprudência se manifestado em diversos sentidos.

A monogamia em nosso ordenamento vem representada pelo artigo 1.566 do Código Civil¹⁹⁵, o qual institui como deveres de ambos os cônjuges a fidelidade recíproca, respeito e consideração mútua.

Pode-se dizer que a fidelidade, ainda que não se imponha nesses termos, é um requisito fático intrínseco à noção de entidade familiar. Não pode haver respeito e consideração mútuos, no contexto afetivo de um projeto de vida em comum, sem fidelidade e exclusividade.

É impensável admitir-se que, no estágio em que se encontra nossa ordem jurídica, a união estável tem a força e o poder de constituir a célula básica da sociedade, a família, podendo os partícipes dessa união assumir um comportamento sexual livre e irrestrito.

Ensina Engels que:

Se somente o casamento baseado no amor é moral, só pode ser moral o casamento em que o amor persiste. Mas a duração do acesso de amor sexual individual é muito diversa segundo os indivíduos, particularmente entre os homens. Em razão disso, quando o afeto desaparece ou é substituído por um novo amor apaixonado, a separação será um benefício tanto para ambas as partes como para a sociedade. Apenas se deverá tomar o cuidado de poupar o casal de ter que passar pelo lamaçal inútil de um processo de divórcio.¹⁹⁶

¹⁹⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores para o Direito de Família...*, p. 110.

¹⁹⁵ Art. 1566. São deveres de ambos os cônjuges:
I - fidelidade recíproca;
V - respeito e consideração mútuos.

¹⁹⁶ ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado...*, p. 88.

O que se deve observar em relação às famílias simultâneas são os pressupostos que permitem atribuir eficácia à situação de simultaneidade, vez que, como se concluiu acima nos dizeres de Carlos Eduardo Pianovski¹⁹⁷:

[...] o direito não pode proteger aquele que, a pretexto da satisfação egoísta do próprio desejo, aniquila a dignidade do outro, mediante um proceder iníquo e desleal, que frustra as expectativas da coexistência afetiva nutridas por conta da relação de conjugalidade entre eles mantida.

Pois bem, aquele que, mantendo uma relação familiar, assume outra entidade familiar é desprovido de senso ético em relação aos membros da primeira, não atendendo as suas expectativas, devendo, sob esse aspecto, não ser referendado qualquer dispositivo de eficácia jurídica para a relação posterior.

Uma relação jurídica não pode ser observada somente sob uma parte envolvida, a análise há que ser feita em relação a ambas.

Aqui se quer chamar a atenção para aquele que, na relação simultânea, encontra-se envolvido de boa-fé, ou seja, desconhece a existência da primeira relação. Nesse caso em específico, mister se faz estender o manto da proteção jurídica sobre a entidade familiar, a fim que a parte de boa-fé não venha a ser prejudicada pela atitude antiética da outra.

Há que se observar, ainda, existir a possibilidade das entidades familiares simultâneas serem de ostentabilidade plena, mantendo-se ambas íntegras, não rompendo seus vínculos afetivos. Apesar de, ainda, essa situação concreta não ser muito comum em nosso meio, ela existe e, assim, nessas peculiaridades, a simultaneidade há de ser abarcada legalmente, vez que satisfaz a função social da família endomista, qual seja, trazer a felicidade a todos os componentes familiares envolvidos.¹⁹⁸

Daí concluir ser pertinente a proteção jurídica da entidade familiar simultânea na hipótese anterior considerada ou quando uma das pessoas está envolvida na relação de boa-fé, ou seja, sem conhecer a existência da formação familiar anterior.

¹⁹⁷ PIANOVSKI, Carlos Eduardo. Famílias Simultâneas e Monogamia..., p. 210.

¹⁹⁸ PIANOVSKI, Carlos Eduardo. Famílias Simultâneas e Monogamia..., p. 213.

Partilhando dessa mesma opinião, Ana Carla Harmatiuk Matos¹⁹⁹ afirma que a primeira conjugação da entidade familiar simultânea seria aquela em que os membros familiares aceitam a não exclusividade em seus relacionamentos, as famílias se conhecem inclusive. Dessa forma, os grupos familiares, ainda que tacitamente, se aceitam, pois à notoriedade soma-se a duração do tempo da entidade familiar admitida pelo outro grupo familiar.

Na segunda modalidade há o desconhecimento total acerca da outra entidade familiar. Nessa situação, o cônjuge ou o companheiro não sabe da existência da outra, não há elementos exteriores para pensar na existência da outra família, firmando-se, nessa situação, a união estável ou mesmo o casamento putativo.

Nessa linha de ideias, traçamos a colocação de Maria Berenice Dias²⁰⁰ para quem o não reconhecimento das uniões paralelas privilegiando o princípio da monogamia gera, para aquele que trai, privilégios, a que se entrega razão, haja vista que:

Uniões que persistem por toda uma existência, muitas vezes com extensa prole e reconhecimento social, são simplesmente expulsas da tutela jurídica. A esse “amante” somente se reconhecem direitos se ele alegar que não sabia da infidelidade do parceiro. Para ser amparado pelo direito precisa valer-se de uma inverdade, pois, se confessa desconfiar ou saber da traição, recebe da Justiça um solene: bem feito!

Dessa forma, continua a autora, o “amante” é condenado por cumplicidade e punido por assumir o relacionamento, enquanto o responsável, qual seja, aquele que tem impedimentos para assumir uma nova família, é “absolvido”.

Visto que o real infiel permanece com o patrimônio, sem obrigação de prestar alimentos, em sentido contrário, àquele fiel e leal é reconhecida a união estável, afetando-lhe as obrigações alimentares e a divisão patrimonial, coerentemente afirma a autora que *a conclusão é uma só: a Justiça está favorecendo e incentivando a infidelidade e o adultério!*²⁰¹

¹⁹⁹ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Novas Entidades Familiares e seus Efeitos Jurídicos...*, p. 42.

²⁰⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias...*, p. 180.

²⁰¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias...*, p. 180.

Para a autora Karin Wolf²⁰² diferente é a hipótese quando uma pessoa haja constituído uma união estável com outra pessoa, mas ainda mantenha um casamento civil com seu cônjuge. Nesses casos, é possível que o Estado reconheça essa união paralela, uma vez que há entre os cônjuges apenas um casamento de aparência, pois já foi consolidada a separação de fato.

A autora afirma, com razão, que essa situação já se encontra amparada juridicamente pelo artigo 1.723, § 1.º do Código Civil. Aqui não há como se falar em união paralela, constituindo verdadeira união estável.

Visto que as relações familiares são caracterizadas pelo afeto, pela conjugação de interesses na satisfação de todos e em especial no dever de lealdade e respeito e que o ordenamento tem procurado regulamentar as entidades familiares em toda sua existência, não se considera aceitável a constituição de famílias simultâneas, a não ser nas situações específicas colocadas acima, sob pena de se admitir a instalação de uma verdadeira desordem social.

4.3.3 A família reconstituída

Famílias recompostas, reconstituídas, pluriparentais e mosaicos, são as resultantes da pluralidade das relações parentais. O surgimento da família recomposta se deu com o aumento do número de divórcios, a dessacralização do casamento e a humanização dos laços de parentesco.

Waldir Grisard Filho²⁰³ em sua obra *Famílias Reconstituídas: Novas Uniões Depois da Separação*, faz um estudo aprofundado em relação à constituição dessas entidades familiares, motivo pelo qual foi a obra escolhida para traçar as bases principais deste texto. Anuncia o autor que as famílias reconstituídas em épocas remotas só tinham lugar em caso de viuvez de um dos cônjuges, entretanto, em virtude do grande número de separações e divórcios, esta entidade familiar se torna cada vez mais comum.

Acredita que nos próximos anos a família reconstituída, assim como a monoparental, será a família padrão, a maioria em muitos países do mundo.

²⁰² WOLF, Karin. Casamento e relação concomitante sob o prisma da unicidade relacional..., p. 181.

²⁰³ GRISARD, Waldir Filho. *Famílias Reconstituídas...*

Anthony Giddens²⁰⁴, na obra *A Transformação da Intimidade* informa que há uma transição básica ética da vida pessoal como um todo, ao parentesco que foi relegado como formado naturalmente por laços biológicos e de casamento, na atualidade proclama-se que as relações de parentesco têm se destruindo com o desenvolvimento das instituições modernas, deixando a familiar nuclear isolada.

Discorda o autor da afirmação acima uma vez que na sociedade da separação e do divórcio, a família nuclear gera uma diversidade de novos laços de parentesco associada ao conceito das famílias recombinadas.

As famílias plurais realizam uma tarefa importante em nossa sociedade, qual seja, a de reestruturar a família, recompondo os núcleos desfeitos, restabelecendo a ordem estrutural.

Para Roudinesco²⁰⁵ a família contemporânea ainda que se ache frágil, neurótica e com a consciência de sua desordem, encontra-se preocupada em *recriar entre os homens e as mulheres um equilíbrio que não pode ser proporcionado pela vida social*, ou seja, proporcionar um ambiente acolhedor que possa oferecer refúgio e segurança, desta feita homens e mulheres que provem de famílias desfeitas procuram se recompor em outra unidade familiar.

Conceitua Grisard a família reconstituída como sendo:

[...] a estrutura familiar originada do casamento ou da união estável de um casal, na qual um ou ambos de seus membros têm um ou vários filhos de uma relação anterior. Numa formulação mais sintética, é a família na qual ao menos um dos adultos é um padrasto ou uma madrasta. Ou, que exista ao menos um filho de uma união anterior de um dos pais.²⁰⁶

Sugere o autor que os termos: madrasta, padrasto e enteado sejam substituídos pelos termos: pai afim, mãe afim e filha ou filho afim.

Como dificuldades enfrentadas por essas famílias salientam-se que a fusão de duas famílias com vivências anteriores implica em uma existência maior de conflitos familiares, visto que têm que construir uma nova estrutura, com limites, espaço, tempo e autoridade parental diferente das que viviam até então. Cada

²⁰⁴ GIDDENS, Anthony. *A Transformação da Intimidade...*, p. 109.

²⁰⁵ ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem...*, p. 153.

²⁰⁶ GRISARD, Waldir Filho. *Famílias Reconstituídas...*, p. 78-79.

membro traz consigo uma história própria vivida na família anterior. Como diria o velho jargão é tudo novo de novo.

Acrescenta Ferreira e Böhman que esta formação familiar exige de seus participantes uma *extraordinária capacidade de adaptação*, pois estes participantes provêm de outros núcleos familiares *guardando o conjunto de valores da experiência familiar como vivida*.²⁰⁷

Muitas vezes o casal enfrenta o compromisso de uma relação de parentalidade antes mesmo que se fortaleça o vínculo conjugal entre o casal, como nos casos em que as novas constituições tragam filhos muito pequenos.

Nestas constituições familiares surgem novos laços de parentesco, em algumas constituições existem dois-pais, duas-mães, meio-irmãos, agregando-se ainda novos avós, tios, primos, consistindo no aumento dos conflitos interpessoais. Na família tradicional apesar de também existir inúmeros parentescos, estes já vêm definidos quando da constituição da família.

Várias são as situações jurídicas que instalam nas famílias reconstituídas, citando as questões de guarda, parentesco e alimentos, situações as quais se impera a necessidade de regras de conduta expressas, para que saiam das margens da lei, sendo contemplados todos os seus integrantes.

Em relação a guarda teríamos a existência de duas situações: a guarda de fato e a guarda judicial.

A primeira se estabelece quando pai ou mãe afim convivem com filhos afim, sendo neste caso guardadores de fato o que implica na possibilidade de assumir as funções do pai ou da mãe biológica em razão de seu falecimento ou do simples desaparecimento dos mesmos.

A guarda judicial já se estabeleceria gerando ao companheiro ou companheira o direito de vigilância, correção e fiscalização a fim de que surtam efeitos os deveres assumidos.

É certo que a guarda judicial não tem a intenção de substituir o pai biológico, uma vez que a lei garante aos genitores o direito de visitas, podendo ter os filhos menores em sua companhia, bem como fiscalizar a sua educação.

²⁰⁷ FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges; BÖRHMAN, Konstanze. As famílias pluriparentais e mosaico..., p. 511-512.

Para Ana Carla Harmatiuk Matos²⁰⁸, o pai socioafetivo, constrói a “figura paterna” para aos filhos da mulher a qual se uniu em família reconstituída, sendo que poderá ter responsabilidades com efeitos jurídicos de guarda, visita e alimentos, sem que com isso excluam-se os laços do pai biológico. Para a autora, neste particular, estaria uma peculiaridade da família reconstituída, “*qual seja, a possibilidade de paralelamente existirem dois vínculos paternos ou maternos de maneira simultânea.*”

O Direito nesta senda tem uma função a cumprir por meio de uma regulamentação apropriada, qual seja, a de criar um espaço próprio para os pais ou mães afins no âmbito familiar a fim de legitimar os cuidados com os filhos afins.

A família reconstituída forma ainda linhas de parentesco que podem ser consignados nos parentescos consanguíneos, por afinidade, por adoção e pelo vínculo socioafetivo que se estabelecerá nesta modalidade de família.

O parentesco por afinidade formado entre o cônjuge ou companheiro e os filhos destes é que se fará aqui uma breve análise, pois, são estes que se definem as famílias reconstituídas.

Em nosso ordenamento civil, o parentesco por afinidade está fundado no artigo 1.595, § 1.º do Código Civil²⁰⁹; desta feita, não é o vínculo de sangue que determinará o parentesco e sim a união conjugal ou estável, fazendo com que genro e nora, sogro e sogra, unam-se em vínculo pelo mesmo grau, de igual norte em casos que um dos cônjuges traga para a nova família filhos de uma relação anterior, os quais irão se unir pelo vínculo da afinidade em primeiro grau.

Atenção há que ser dada em relação aos filhos nascidos desta nova união: os efeitos serão avaliados na sucessão. Veja que os filhos nascidos da nova união serão irmãos unilaterais daqueles gerados em uniões anteriores. Se nascidos do mesmo pai de mães diferentes denominam-se consanguíneos, se nascidos de mesma mãe, mas de pais diferentes são chamados uterinos.

²⁰⁸ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. “*Novas*” *Entidades Familiares e seus Efeitos Jurídicos...*, p.45.

²⁰⁹ Art. 1.595. Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade. § 1º O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro.

Não se consubstancia relação de parentesco entre eles, embora invariavelmente se tratem como irmãos, há sim uma relação de afetividade entre os mesmos.

Inobstante todas as complexas relações situações jurídicas que cercam as famílias reconstituídas nos parece ser esta uma das formas mais comum de formação de novas famílias, ao ser humano em sua essência não é dado viver sozinho, de modo que estará sempre buscando um relacionamento para dividir, ideais, anseios e desejos, nos valendo de Tom Jobim em Wave fundamental é mesmo o amor, é impossível ser feliz sozinho.

4.3.4 A família solidária

A família solidária dentro da atual sociedade contemporânea é a que se tem a maior dificuldade de conceituação e a que se encontra em termos doutrinários menos amadurecida, desta forma, sobre ela não se terá muito a se acrescentar, quiçá apresentá-la como uma formação familiar de vanguarda a qual vem lutando por reconhecimento frente ao ordenamento jurídico.

Família solidária ou também designada “irmandade” é aquela entidade familiar da quais seus membros não têm vínculo de parentesco em comum, se ligam pelos laços de afeto e solidariedade entre seus membros.

Ana Carla Harmatiuk Matos a define como:

[...] realidades de convívio com esforço mútuo para a manutenção de pessoas que têm em comum a necessidade premente de auxiliar-se. Como exemplo, mencionam-se as pessoas de terceira idade que em razão da ausência de possibilidade de seus parentes atenderem-lhes, acabam encontrando em pessoas com as mesmas características um modo de conviver “como se família fossem”.²¹⁰

No conceito que Rodrigo da Cunha Pereira²¹¹ traça sobre família, a família solidária estaria lá plenamente validada. Para o autor esta deve ser reconhecida como estrutura psíquica em que cada um de seus membros ocupa um lugar e uma

²¹⁰ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. “Novas” Entidades Familiares e seus Efeitos Jurídicos..., p. 45.

²¹¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família...*, p. 13.

função, sem que necessariamente estejam ligados por vínculos genéticos ou biológicos, exemplo que se pode extrair da paternidade socioafetiva.

Em discussões sobre o assunto enfrentam-se algumas situações como: os moradores de uma república formariam uma entidade familiar e poderiam exigir alimentos uns dos outros em caso de necessidade?

Tal situação evidente estaria fora da concepção que se extrai de família, pois as pessoas que integram este grupo estão ali transitoriamente, como é natural ao final de seu curso a tendência é que cada um tome o seu rumo; não se caracteriza aqui a vontade constituir laços de convivência.

Já o caso de duas mulheres que acompanhadas ou não de filhos que resolvam partilhar a despesa de mesma residência, não se trataria de uma relação homoafetiva, pois ao cooperarem entre si para o suprimento das suas necessidades materiais, o cuidado com a criação dos filhos e o suporte emocional, estariam formando uma família onde cada um de seus membros participaria do grupo, exercendo suas funções, ligadas pelo vínculo de afeto.

Para Gerdal Tonassi Signorelli²¹², a fim de que se configure esse grupo de pessoas como entidade familiar é essencial a declaração de vontades de constituição de família e esta deverá ser realizada de maneira indubitosa, pois, seu reconhecimento importará aos indivíduos que a compõe as obrigações típicas do direito de família, tais como alimentos e sucessão.

Afirma o autor conter a legislação francesa idêntico instituto, trata-se do *pacte civil de solidarité* (pacto civil de solidariedade) o pacto instituído pela República da França através da Lei nº 99-944 de 15 de Novembro de 1999, veio completar Livro Iº, título XII, capítulo I e II do Código Civil.

A alteração foi feita em relação ao artigo 515 do Código Civil Francês que passou a ter a seguinte redação:

*Art. 515-1. - Un pacte civil de solidarité peut être conclu par deux personnes physiques, quel que soit leur sexe, pour organiser leur vie commune.*²¹³

²¹² SIGNORELLI, Gerdal Tonassi. *A Família Solidária e seu Reconhecimento...*

²¹³ "Art. 515-1. Um pacto civil de solidariedade pode ser alcançado por dois indivíduos, independentemente do seu sexo, para organizar sua vida em conjunto."

Desta forma o pacto civil de solidariedade, nas palavras do autor seria um contrato de direito de família, com o objetivo de organizar a vida em comum, daqueles que se reunissem da forma como ali estabelecido.

As ideias ainda são pouco debatidas, entretanto, é certo que assim como afeto serve de ponte necessária para a ligação entre os membros de uma entidade familiar aqui, além dele, acresceríamos o sentimento de fraternidade.

Fraternidade vem do latim *fraternitate* que significa "irmandade" ou "conjunto de irmãos". Em sentido estrito, exprime simplesmente o sentimento de afeição recíproca entre irmãos.

Mas não é somente do sentimento de fraternidade restrito entre irmãos que nos referimos quando nos reportamos à presença deste nas famílias solidárias e sim no sentimento de irmandade em relação a todos os que nos cercam, ou seja a fraternidade universal.

Esta ideia de irmandade ampla veio com o Cristianismo que nos trouxe a ideia de caridade, do amor a todos os homens, mesmo aos inimigos, já que todos descendem, pela criação, de um mesmo pai, que é Deus.

Dessa forma, a família solidária ainda se revestiria da fraternidade em sua composição no sentido de parceria e ajuda mútua entre os membros que a compõem, independentemente de vínculos biológicos estabelecidos entre eles. Entretanto, a união se revestirá certamente de vínculos de socioafetividade que por si só seria uma característica suficiente para que a família subsista, vez que estão reunidos por interesses em comum, capazes de gerar direitos e obrigações.

Beatrice Marinho de Paulo²¹⁴ definindo fratária em relação aos irmãos em sentido estrito, utiliza-se de conceitos que se aplicam às famílias solidárias, e esclarece que o sentimento de irmandade só existirá entre pessoas que partilham de acontecimentos íntimos e de momentos decisivos. Esses sujeitos cresceriam juntos e progrediriam lado a lado, sendo os laços que os unem biológicos ou não.

²¹⁴ PAULO, Beatrice Marinho. *Ser Irmãos nas Novas Configurações Familiares...*, p. 98-99.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Código Civil brasileiro promulgado em 1916, refletindo os anseios da sociedade da época, sob o manto do positivismo jurídico, somente reconhecia como entidade familiar a união instituída pelo casamento. Esta união influenciada pela religião concebia o casamento com interesse procriativo de continuidade da família e também de caráter patrimonial.

Naquela sociedade regulada pelo Código Civil de 1916 todos os personagens tinham seus papéis delimitados: o homem era o chefe da sociedade conjugal, era o responsável pela prole e seu sustento e a mulher cuidava dos afazeres domésticos, administrava a casa e cuidava da criação dos filhos.

Da promulgação do Código Civil de 1916 até a Constituição Federal de 1988, os valores e as tradições da sociedade brasileira sofreram profundas modificações.

Uma das alterações que marcaram a transformação da sociedade em seus valores e tradições, influenciando de forma preponderante na família foi a promulgação da lei do divórcio em 1977. Com a promulgação desta, o princípio da liberdade se fez soberano.

Com a vigência da Lei do Divórcio os casais permaneceriam juntos pela vontade de ambos e não porque o ordenamento jurídico não permitia a dissolução do vínculo matrimonial.

Em 1994 e em 1996, a regulamentação começa a acontecer com as uniões até então chamadas de uniões de fato, ou seja, nas uniões estáveis sendo, pois, o casamento até então a única forma legítima de se constituir uma sociedade conjugal.

As uniões estáveis ganham proteção parcial do ordenamento no que tange a pensão de alimentos, benefícios previdenciários e direitos sucessórios.

O texto constitucional em 1988 vem acompanhado da constitucionalização dos direitos, ou melhor, o direito civil passa a ser lido pelo texto constitucional e os princípios constitucionais ganham eficácia e força de norma, proporcionando a regulamentação das situações que não se encontram expressas nos textos legais. Observa-se que as alterações legislativas acompanharam a evolução da sociedade em uma revolução paradigmática.

Esse paradigma marcado pelo fato de não se considerar mais a família somente como um fato natural, vindo esta a se formar apenas no casamento, novos ventos sopram e a paisagem se modifica. O afeto e a solidariedade ganham porto seguro no rumo da nau da existência humana.

Sociólogos e doutrinadores do direito afirmam que a família se encontra em crise, mas pelo estudo esboçado neste trabalho, podemos afirmar que a família não se encontra em crise, a família está mudando, evoluindo.

Esta evolução vem refletindo em muitas áreas, como na educação de filhos, na vida financeira familiar, nos relacionamentos conjugais e de filiação, direitos e deveres paternais e maternais.

Concordamos que a pluriformidade familiar com seus variados arranjos e configurações cada vez mais voláteis, acelera seu processo de mudança, desta feita, é factível que a proteção estatal tenha certa dificuldade para ser entregue, entretanto, isto não pode ser motivo para que o Estado Juiz se faça cego perante as novas situações que lhe são postas a mesa.

Foi demonstrado que esses núcleos familiares diferenciados do modelo tradicional são capazes criar e educar seus filhos, que não comprovação alguma, por exemplo, que crianças criadas por homossexuais são promiscuas, desajustadas social ou emocionalmente, abusadas sexualmente ou se tornem necessariamente homossexuais.

As famílias homoafetivas, as famílias formadas somente por mãe e filhos ou somente por pai e filhos, as famílias reconstituídas e as solidárias, assim como as famílias de composição tradicional, formada por pai, mãe e filhos, podem ser adequados ou não em relação à educação e ao cuidado com seus filhos, o que realmente importa é a qualidade das relações estabelecidas nessas diferentes configurações familiares.

Entretanto, a alteração no seu modelo, na sua estrutura, em relação ao plano social, afetivo e cultural não muda o fato de que a família, nas suas mais diferentes formas, sem dúvida alguma continua sendo o berço central de toda a humanidade, onde seus componentes buscam refúgio e conforto da selva de pedra consumista e insípida que tem marcado a sociedade contemporânea.

Estas alterações vêm inclusive retratadas no censo do IBGE. Neste ano de 2010 foi incluído nas pesquisas o levantamento do número de casais homossexuais, até o presente momento os dados não foram divulgados, entretanto,

a simples inclusão na pesquisa é o suficiente para demonstrar que estas composições familiares já existem em números expressivos.

Sendo, pois, comprovado no capítulo da pluralidade familiar a existência dos novos grupos familiares e estes integram e participam da nossa sociedade, neste contexto, é necessário que o direito as alcance, levando às mesmas o reconhecimento de seus direitos, o que deve ser feito através de legislação específica e efetiva.

A proteção, pois, deve sair do plano das idéias e integrar o plano da ação, uma vez que as entidades familiares são reais, não se encontrando no plano do imaginário.

No que diz respeito ao conceito elaborado para classificação de família o IBGE considera a família como uma das instituições mais antigas da humanidade e que hoje vive novas formas de organização que ocorrem devido a transformações econômicas e sociais.

O conceito de família atualmente para as pesquisas domiciliares no Brasil realizadas pelo Instituto se condiciona a residência em um domicílio, independentemente da existência de vínculo entre os mesmos.

A possibilidade de aceitação de novas formas de constituições familiares se dá porque o ser humano a cada dia aprende a lidar com a alteridade.

Apostamos que lidar com as diferenças, respeitar e ouvir o outro será o caminho para que todas as famílias sejam reconhecidas e respeitadas como tais, independentemente da sua estrutura de formação.

Neste momento as famílias são valorizadas por comporem um núcleo de afeto de extrema importância para seus membros e conseqüentemente para toda a sociedade.

Estamos certos de que uma família livre que experimenta relações de afeto e de responsabilidades recíprocas gerará um grupo familiar mais voltado para as angústias e problemas de toda coletividade, diferentemente dos grupos familiares fundados no patrimônio e em situações subversivas de hierarquia.

A guisa de se findar a conclusão, verificamos que há uma nova família, que se constitui também por uniões informais, não sendo somente o vínculo biológico o único para se constituir as relações de parentesco consanguíneo, uma vez que o vínculo socioafetivo cada vez mais é fonte de relação de parentesco.

Enfim, é a vontade, a intenção de conviver de criar laços como família que une as pessoas nesse tipo de formação social.

É para essa família mutante, fonte do mais puro sentimento de solidariedade, pelo qual o reconhecimento e cuidado ao outro estreita seus laços, que o Estado deve proteção integral a fim de que a dignidade de seus membros se mantenha intacta.

Por se tratar de temas que implicam em quebra de paradigmas e que tão já não deixarão de sofrer mutações, as reflexões feitas neste trabalho tratam-se de constatações importantes que identificam um momento histórico e cultural pelo qual a família está passando, pois esta é e continuará sendo a parte principal do mundo no que diz respeito às relações sociais constitutivas de nossa civilização desde tempos imemoriais. Sem família estaremos sem rumo e sem raízes. Uma árvore sem raiz causa muitos estragos em dias de ventania. Assim é um indivíduo sem família.

REFERÊNCIAS:

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O Poder Familiar nas Famílias Recompuestas e o art. 1.636 do CC/2002 In Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.) Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARIÈS, Philippe. História social da criança e da família. Tradução de Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986.

AZABUNJA, Maria Regina Fay de. A Criança no Novo Direito de Família. In Direitos Fundamentais do Direito de Família. Coord. WELTER, Belmiro Pedro, MADALENO, Rolf Hanssen. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BADINTER, Elizabeth. O mito do Amor Materno. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional. Prefácio de Luis Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARBOSA, Aguida Arruda. Mediação e Princípio da Solidariedade Humana. Família e Solidariedade. Teoria e Prática do Direito de Família. Rio de Janeiro: IBDFAM – Lumen Juris, 2008.

BARROS, Sérgio Resende. A Tutela Constitucional do Afeto. In: Família e Dignidade Humana. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.

BARROS, Sérgio Resende. Direitos Humanos da Família Constitucionalizada. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação Direitos Fundamentais e Relações Privadas – Luis Roberto Barroso (Org.). 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BAUMAN, Zygmund, Amor Líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

_____. A arte da vida. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

BITTAR, Eduardo C. B. Família, Sociedade e Educação: Um Ensaio sobre o Individualismo, Amor Líquido e cultura Pós-Moderna. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Família e Solidariedade Teoria e Prática do Direito de Família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BOBBIO, Norberto. A era dos Direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. O Pluralismo no Direito de Família Brasileiro: Realidade Social e Reinvenção da Família. In Direitos Fundamentais do Direito de Família. Coord. WELTER, Belmiro Pedro, MADALENO, Rolf Hanssen. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BRITO, Rodrigo Toscano. Situando o Direito de Família entre os Princípios da Dignidade Humana e da Razoável Duração do Processo. In PEREIRA Rodrigo da Cunha (Coord.). Família e Dignidade Humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.

CARBONEL, Miguel. In ZAGREBELSKY, Gustavo. Storia e Costituzione. Madrid: Trotta, 2005.

CARBONERA, Silvana Maria. O Papel Jurídico do Afeto nas Relações de Família, in FACHIN, Luiz Edson (Coord): RAMOS, Carmen Lúcia Silveira [et. al]. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

COSTA, Jurandir Freire. Família e Dignidade. In Família e Dignidade Humana. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.

_____. Ordem Médica e Norma Familiar. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

DEBORD, Guy. A sociedade do Espetáculo. e-BookLibris. Digitalização da edição em pdf originária de <www.geocities.com/projetoperiferia>: 2003.

DEL PRIORE, Mary. A Família no Brasil Colonial. São Paulo: Moderna, 1999.

DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Conversando Sobre Justiça e os Crimes Contra as Mulheres. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. Filiação Homoafetiva In in PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. Manual de Direito das Famílias. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. União Homossexual: O Preconceito e a Justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

DUBY, George; ARIÉS, Philippe. História da vida privada, do Império Romano ao ano mil. Tradução de Hildegard Feist. São Paulo: Companhia da Letras, 2009.

DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGELS, Friedrich. A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado. Tradução Ciro Mioranza. Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal. São Paulo: Escala, ANO.

ESTROUGO, Mônica Guazzelli. O Princípio da Igualdade Aplicado à Família. In WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen. (Coord.). Direitos Fundamentais do Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

FACHIN, Luiz Edson. A Filha das Estrelas em Busca do Artigo Perdido. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. Elementos Críticos de Direito de Família. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. Inovação e Tradição do Direito de Família Contemporâneo sob o Novo Código Civil Brasileiro Afeto e Estruturas Familiares. DIAS, Maria Berenice et all (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey. 2009.

_____. Princípios Constitucionais do Direito de Família Brasileiro Contemporâneo in (Coord.) BASTOS. Eliene Ferreira; DIAS, Maria Berenice. A Família Além dos Mitos. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges; BÖRHMAN, Konstanze. As Famílias Plurioarentais e Mosaico. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). Família e Dignidade Humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.

FIGUEIREDO, Francisco de Assis. Família Isossexual. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). Família e Dignidade Humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.

FUKUYAMA, Francis. Nosso Futuro Pós-Humano: Consequências da Revolução da Biotecnologia. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Função Social da Família e Jurisprudência Brasileira. in PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) Família e Solidariedade Teoria e Prática do Direito de Família. Rio de Janeiro: Lúmen Júris: 2008.

_____. Princípios Constitucionais de Direito de Família: Guarda Compartilhada à Luz da Lei 11.698/08: Família, Criança, Adolescente e Idoso. São Paulo: Atlas, 2008.

GIDDENS, Anthony. A Transformação da Intimidade: Sexualidade, Amor e Erotismo nas Sociedades Modernas. São Paulo: Editora UNESP, 1993.

GLANZ, Semy. A Família Mutante – Sociologia e Direito Comparado: Inclusive o Novo Código Cvil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GRISARD, Waldir Filho. Famílias Reconstituídas: Novas Uniões Depois da Separação. São Paulo: RT, 2007.

GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *Direito de Família e o Princípio da Boa-fé Objetiva*. Curitiba: Juruá, 2009.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KATO, Shelma Lombardi de. *Modelos de Família e a Construção da Igualdade*. In *Afeto e Estruturas Familiares*. DIAS, Maria Berenice et al (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

LÉRIAS, Reinéro Antonio. *As Constituições Brasileiras: Direitos Fundamentais e Cidadania*. In KLOCK, Andrea Bulgakov (Org.). *Direitos Fundamentais Revisitados*. Curitiba: Juruá, 2008.

LOBO, Márcia. *Sem Perda de Tempo*. Revista Pais e Filhos, ano 41, n. 419, Editora Manchete.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades Familiares Constitucionalizadas: Para Além do Numerus Clausus*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>>. Acesso em: 20 jul. 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A Repersonalização das Relações de Família*. Revista Brasileira do Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 6, n. 24, jun./jul. 2004.

_____. *Princípio da Solidariedade Familiar*. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e Solidariedade: Teoria e Prática do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Novas Entidades Familiares e seus Efeitos Jurídicos*. *Família e Solidariedade. Teoria e Prática do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *União Entre Pessoas do Mesmo Sexo: Aspectos Jurídicos e Sociais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MONTEIRO, Geraldo Tadeu Moreira. *Construção Jurídica das Relações de Gênero: o Processo de Codificação Civil na Instauração da Ordem Liberal Conservadora no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin. *A Família Democrática*. In *Família e Dignidade Humana*. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.

MUSKAT, Malvina Ester. *O Mal-Estar na Cultura do Afeto e da Felicidade*. In *Afeto e Estruturas Familiares*. DIAS, Maria Berenice et al. (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

NASCIMENTO, Célia Regina do et al. (Org.). *Significado e Experiência de Risco para Adolescentes em Situação de Rua*. Vitória, ES: GM, 2009.

NEVES, Gustavo Kloh Muller. Os Princípios Entre a Teoria Geral do Direito e o Direito Constitucional In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Coord.). Diálogos Sobre Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PAULO, Beatrice Marinho. Em busca do conceito de família: Desafio da Contemporaneidade. IBDFAM. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Porto Alegre: Magister. v. 12 out./nov. 2009.

_____. Ser Irmãos nas Novas Configurações Familiares. in Afeto e Estruturas Familiares. DIAS, Maria Berenice et al. (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey. 2009.

PEREIRA, Angelo. Retrato em Branco e Preto: Manual Prático Para Pais Solteiros. São Paulo: Summus, 2002.

PEREIRA JR, Antonio Jorge. Da Afetividade à Efetividade do Amor nas Relações de Família In DIAS, Maria Berenice et al. (Coord.). Afeto e Estruturas Familiares. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de Família: Uma Abordagem Psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey. 1997. p.13.

_____. Rodrigo da Cunha. Princípios Fundamentais Norteadores para o Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. Estudos de Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

PEREIRA, Tânia da Silva, O Melhor Interesse da Criança: um Debate Interdisciplinar: Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PERES, Fernando Curi. Os Paradigmas Econômicos da Moldura Familiar Contemporânea in Rodrigo da Cunha PEREIRA (Coord.). Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PIANOVSKI, Carlos Eduardo. Famílias Simultâneas e Monogamia. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). Família e Dignidade Humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.

PINKER, Steven. Tabula Rasa: A Negação Contemporânea da Natureza Humana. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras. 2004.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A Constitucionalização do Direito Privado e a Sociedade sem Fronteiras. in FACHIN, Luiz Edson (Coord.): RAMOS, Carmen Lúcia Silveira [et. al]. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

RIBEIRO, Ivete; RIBEIRO, Ana Clara Torres. Família em Processos Contemporâneos: uma Introdução. In DUARTE, Luiz Fernando D. et al. (Org.). Família em Processos Contemporâneos: Inovações Culturais na Sociedade Brasileira. São Paulo: Loyola, 1995.

ROMEU, Leandro. Afeto, Abandono, Responsabilidade e Limite: Diálogos sobre Ponderação. Revista IOB de Direito de Família. IOB: São Paulo, v. 11, n.57, dez./jan. 2010. p. 107.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípios Constitucionais, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

ROUDINESCO, Elisabeth. A família em desordem. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARMENTO, Roselaine dos Santos. Pais Irresponsáveis, Filhos Abandonados: A Responsabilidade Civil Pelos Pais Pelo Abandono Afetivo de seus Filhos Menores. In: BASTOS, Eliene; LUZ, Antonio Fernandes da (Coord.). Família e Jurisdição II. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SIGNORELLI, Gerdal Tonassi. A Família Solidária e seu Reconhecimento. Disponível em: <<http://gerdalsignorelli.blogspot.com/2010/05/familia-solidaria-e-seu-reconhecimento.html>>. Acesso em: 17 jul. 2010.

SPIELMANN, Carlos André. O (Des)empenho do Judiciário na Transformação Social Através do Direito – CD-ROM Juris-Síntese IOB – jun./jul. 2008.

TARTUCE, Flávio. Novos Princípios do Direito de Família Brasileiro. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=308>>. Acesso em: 07 jun. 2010.

TOALDO, Adriane Medianeira; TORRES, Maria Ester Zuanazzi. Indenização por Danos Morais na Separação Conjugal Culposa em Face da Infidelidade. Revista IOB de Direito de Família, v. 11 n. 55, ago./set. 2009.

TOURAINÉ, Alan. O Mundo das Mulheres. Tradução Francisco Moras. Rio de Janeiro: Vozes. 2007.

_____. Pensar Outramente: O Discurso Interpretativo Dominante. Tradução Francisco Moras. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

_____. Um Novo Paradigma: Para Compreender o Mundo de Hoje. Tradução Gentil Avelino Tilton. 3.ed. Rio de Janeiro. Vozes. 2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. Aplicação do Direito de Família no Século XXI e o Perfil de Seus Aplicadores in Anais do VI Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2007, documento eletrônico disponível em www.ibdfam.org.br/?congresso&eventos6&anais acessado em 28.08.2008.

WELTER, Belmiro Pedro. A Secularização do Direito de Família. In Direitos Fundamentais do Direito de Família. Coord. WELTER, Belmiro Pedro, MADALENO, Rolf Hanssen. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. Teoria Tridimensional do Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

WOLF, Karin. Casamento e relação concomitante sob o prisma da unicidade relacional. In WELTER, Belmiro Pedro, MADALENO, Rolf Hanssen. (Coord.). Direitos Fundamentais do Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.