

FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL - UNIBRASIL
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

THIERRY CHOZEM ZAMBONI KOTINDA

A CONSTRUÇÃO JURÍDICA
DAS NOVAS FAMÍLIAS

CURITIBA

2013

THIERRY CHOZEM ZAMBONI KOTINDA

**A CONSTRUÇÃO JURÍDICA
DAS NOVAS FAMÍLIAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil.

Orientadora: Profa. Dra. Estefânia Maria de Queiroz Barboza

CURITIBA

2013

K87

Kotinda, Thierry Chozem Zamboni.

A construção jurídica das novas famílias./ Thierry Chozem Zamboni Kotinda. – Curitiba: UniBrasil, 2013.
xi, 138p. ; 29 cm.

Orientadora: Estefânia Maria de Queiroz Barboza.

Dissertação (mestrado) – Faculdades Integradas do Brasil – Unibrasil. Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia, 2013.
Inclui bibliografia.

1. Direito – Dissertação. 2. Direitos fundamentais. 3. Direito de família – Pluralismo.
I. Faculdades Integradas do Brasil. Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia.
II. Título.

CDD 340

Bibliotecária Elizabeth Capriglioni – CRB-9/330

TERMO DE APROVAÇÃO

THIERRY CHOZEM ZAMBONI KOTINDA

A CONSTRUÇÃO JURÍDICA DAS NOVAS FAMÍLIAS

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Programa de Mestrado, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, pela seguinte banca examinadora:

Orientadora: Profa. Dra. Estefânia Maria de Queiroz Barboza
Programa de Mestrado em Direito, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil.

Membros: _____

Curitiba, 2013

*“Nenhuma grande vitória é possível
sem que tenha sido precedida
de pequenas vitórias
sobre nós mesmos ”*

L.M. Leonov

AGRADECIMENTOS

Tudo o que somos são epistemologias. Do dia em que chegamos ao mundo, com todas as nossas predisposições genéticas, nossa identidade se constrói a partir de todas as escolhas que fazemos, das experiências que vivemos e das pessoas – e também das coisas (por que não considerar a arte?) – que admiramos. Somos o que somos porque somos livres para tanto. Eis, portanto, é que somos herdeiros das escolhas que fazemos. Somos responsáveis pelo que somos.

Desse modo, participar do Mestrado em Direitos Fundamentais das Faculdades Integradas do Brasil, de um modo mais do que especial, reflete uma das mais significativas experiências que pude viver no ambiente acadêmico. Uma das grandes mentes do nosso tempo uma vez afirmou que a mente que se expande, jamais retorna ao seu tamanho original. Por meio dos do corpo docente deste promissor Programa, tive a oportunidade de pesquisar e refletir sobre o Direito, sobre a sociedade, sobre a vida e a Justiça. A todos os meus professores, sou grato pelas valiosas lições.

Nada obstante, o desfrute dessa experiência jamais seria possível sem a ajuda, a compreensão daqueles que mais amamos: a família e os amigos.

Registro, inicialmente, meu agradecimento à Professora Doutora Estefânia Maria de Queiroz Barboza, pela dedicação à minha formação, desde os tempos de graduação. Sua capacidade de despertar em alunos o gosto pela pesquisa e pelo Direito Constitucional é uma inspiração que levo para vida.

Sou imensamente grato aos meus companheiros de Mestrado: Evaldo de Paula e Silva, Ubirajara Carlos Mendes, Thaís Winkler Jung, Muriel Clève Nicolodi, Carmem Francisca Woitowicz da Silveira, Anne Kalva, Ana Paula Pellegrinello, Geisla Van Haandel Mendes, e Adriana Inomata, sem a amizade de vocês, eu jamais chegaria aqui.

Agradeço a Desembargadora Rosana Amara Girardi Fachin, pelas reflexões e por me ensinar, diariamente, a nobreza do ofício de moldar o Direito à Justiça.

Registro meu agradecimento também aos meus colegas de Tribunal, Paula Rey Boeng, Pamela Dallegrave Flores, Emanuele Maria de Oliveira, Ana Maria de Moraes, por toda ajuda e compreensão nos últimos meses.

Aos meus eternos professores e amigos Marcelo Miguel Conrado e Thaysa Prado Ricardo dos Santos Karvat, obrigado por me fazerem acreditar.

Pela inigualável bibliografia cedida, agrago a Professora Doutora Melina Girardi Fachin, ao Professor Doutor Frederico Eduardo Zenedin Glitz e ao Doutor Jair Ramos Braga Filho.

Agradeço aos Professores Doutores Marcos Augusto Maliska e Marcos Alves da Silva, cujas considerações foram determinantes à formação deste trabalho.

Também ao Professor Doutor Luiz Edson Fachin, pela pelas ponderações e pela atenção.

Agradeço também as amigas Patrícia Senna, Linna Gross, Aparecida Suely Barboza, Ângela Ramos Braga, Cassia Camila Cirino dos Santos e Letícia Grassi, por todas as horas de debates, revisões, sugestões, desabafos e por último, mas não menos importante, “*puxões-de-orelha*”, sempre me guiando no caminho do bem.

Registro, também um especial agradecimento a minha amiga Eliane Golçalves, você me ensinou a ter fé.

Aos amigos Glauco Cattalini Lins, Luís Fernando Rigoni, Gustavo Bittencourt, Saulo Gomes Karvat, Ricardo Veiga, Bruno Amatussi, e Rodrigo de Lorenzi, pela amizade, por compreenderem as minhas ausências e, ainda, estarem ao meu lado, sempre.

Aos meus pais, todos eles. Por me acompanharem daqui, de lá, e de mais além.

Ensinou-nos o poeta Fernando Pessoa, um dia: “Eu amo tudo o que foi.
/ Tudo o que já não é. / A dor que já não me dói. / A antiga e errônea fé. / O
ontem que a dor deixou. / O que deixou alegria. / Só porque foi, e voou. / E
hoje é já outro dia.” Vocês todos me fazem ser mais, muito mais, feliz.

*“Os livros não mudam o mundo, quem muda o mundo são as pessoas.
Os livros só mudam as pessoas.”¹*

¹ A autoria desta frase é polêmica, porquanto alguns a atribuem ao poeta Mario QUINTANA, outros afirmam que fora dita pelo político romano Caio Semprônio GRACO.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO SOCIOJURÍDICA DO DIREITO DE FAMÍLIA PRÉ-CONSTITUCIONAL.....	5
1.1 AS CONDICIONANTES HISTÓRICAS DO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO EM CRISE.....	6
1.2 A GLOBALIZAÇÃO E O MOVIMENTO FEMINISTA: TRANSFORMAÇÕES DOS VALORES CULTURAIS DA FAMÍLIA DO SÉCULO XX	19
2. APONTAMENTOS SOBRE A CODIFICAÇÃO DO DIREITO MODERNO E A PLURALIZAÇÃO DAS FONTES NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	34
2.1 A FORMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS: A UNIFORMIZAÇÃO HUMANA PELO DIREITO ESTATAL.	35
2.2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS INÚMERAS FONTES DO DIREITO CIVIL EM 1988	50
2.3 O DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988.....	61
3. A PLURALIDADE DE FORMAS DAS FAMÍLIAS: RECONHECIMENTOS LEGISLATIVOS E CONQUISTAS JURISPRUDENCIAIS.....	75
3.1 A REINVENÇÃO DO CASAMENTO.....	79
3.2 O “SURGIMENTO” DA UNIÃO ESTÁVEL: DAS RELAÇÕES DE CONCUBINATO À CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA UNIÃO NÃO MATRIMONIALIZADA.	85
3.3 AS FAMÍLIAS FORMADAS POR PESSOAS DO MESMO SEXO	92
3.4 FAMÍLIAS POLIAMOROSAS	100
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	109
BIBLIOGRAFIA	112

RESUMO

A pluralização jurídica da família brasileira decorre, assim como os demais fenômenos jurídicos, de evoluções que vão além desta esfera. São transformações culturais, sociais, religiosas, econômicas, dentre as quais se destacam o movimento feminista, a globalização e, sobretudo, a valorização da dignidade da pessoa humana alçada pela Constituição da República de 1988. Somente a partir deste novo olhar sobre o Direito e sobre as relações humanas é que se pode pensar em famílias pluralizadas, famílias que fogem ao modelo matrimonializado do Código Civil de 1916, famílias que se formam baseadas na relação de afeto.

Palavras Chave: Direito Constitucional – Direito de Família – Pluralismo

ABSTRACT

The pluralization legal of Brazilian families follows, as well as other legal phenomena, ranging from developments beyond this sphere. They are cultural, social, religious, economic, among which are highlighted the feminist movement, cultural globalization, and especially the enhancement of human dignity jurisdiction by the Constitution of 1988. Only from this new perspective on the law and on human relationships is that one can think of pluralized families, families who are fleeing the matrimonial model of the Civil Code of 1916, families that are formed based on the relationship of affection.

Keywords: Constitutional Law – Family Law - Pluralism

INTRODUÇÃO

A presente dissertação se propõe a apresentar uma leitura do fenômeno da pluralização jurídica e social da “Família” brasileira, a partir das inquietantes transmutações dos valores culturais que informaram a elaboração do Direito de Família reestruturado pela Constituição Federal de 1988.

No primeiro capítulo são apresentados alguns dos principais valores religiosos e culturais desenvolvidos na Idade Média e aperfeiçoados pelas ideias Iluministas desenvolvidas no decorrer da Modernidade que influenciaram a construção do Direito de Família positivado no Código Civil de 1916¹, bem como tratar-se-á da influência que os movimentos feministas, desencadeados ao largo do século XX, exerceram no país a partir do fenômeno da globalização cultural, no período imediatamente anterior a promulgação da Carta Magna de 1988.

Nesse sentido, imperioso é alertar ao leitor que a análise do fenômeno de pluralização do Direito de Família se permeia a partir da análise das ideias feministas do século XX, em oposição ao sistema patriarcal imperativo no modelo familiar tradicional, razão pela qual o sentido de “globalização” empregado no presente trabalho não se refere à clássica análise econômica das relações humanas interligadas por redes de comunicação internacional e aperfeiçoadas pelo capitalismo moderno.²

¹ BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Estabelece o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 08 maio 2012.

² “Em alguns contextos, o termo ‘globalização’ é utilizado em referencia a relações econômicas em uma única e suposta ‘economia global’. Esse uso é ilustrado pelo movimento ‘antiglobalização’, que está direcionado principalmente contra o domínio da economia mundial pela ideologia e práticas capitalistas associadas a alguns poucos países e instituições poderosas.”. TWINING. Wilian. Globalização e Estudos Jurídicos. **Meritum**: Revista de Direito da Universidade FUMEC: Estado democrático de Direito e efetivação de direitos. p. 15-53. p. 21.

Consoante às ideias de Boaventura de Souza SANTOS, a globalização não é um fenômeno unilateralmente econômico, pois reflete, inclusive, em diversas esferas sociais, políticas e culturais.³ Pelo contrário, trata-se de um fenômeno que, segundo defende Sidney GUERRA: “mundializa a cultura.”⁴

Objetivando dirimir qualquer ambiguidade que se possa alcançar pela imprecisão do que se possa atribuir ao emprego do termo “cultura”, adota-se aqui, a definição de cultura dada pelo sociólogo Zygmunt BAUMAN ao tratar da cultura como conceito diferencial; sendo este o produto de oposições visíveis e indetermináveis entre os modos de vida dos vários grupos humanos. Segundo o sociólogo:

“Os conceitos diferenciais de cultura, como todos os outros, são arcaibouços intelectuais impostos sobre o corpo acumulado das experiências humanas registradas. São aspectos da prática social humana; sua coesão *in Toto*, como no caso de qualquer totalidade sistêmica, não é necessariamente divisível quando deles se retira um fragmento qualquer. Os conceitos estão, de fato, encerrados na totalidade da prática humana, mas nem sempre se ligam aos elementos da experiência as quais se subordinam semanticamente. Sua associação com os referências semânticos em geral registra e cultua certa dose de arbitrariedade humana ativa, enquanto, do ponto de vista genético, estão em geral arraigados (e de modo bem menos arbitrário) na organização historicamente determinada da própria condição humana, a parte da existência do homem mais profundamente sentida e vivida”.⁵

O sucinto desenvolvimento histórico anunciado neste trecho do trabalho se justifica no objetivo de promover a contextualização dos valores

³ SANTOS, Boaventura de. **Globalização: fatalidade ou utopia?** 3. ed. Porto: Afrontamento, 2005. p. 32-34.

⁴ GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos & Cidadania**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 118.

⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Ensaio sobre o Conceito de Cultura**. MEDEIROS, Carlos Alberto (trad.) Rio de Janeiro: Zahar, 2012. p. 105-106.

culturais e do movimento feminista⁶ que, segundo a análise ora posta, foram determinantes para o rompimento do patriarcado tradicional e, conseqüentemente, para a formação do atual Direito de Família Constitucional.

De fato, sabendo que a família é um “fato cultural”⁷, e, que segundo Terry EAGLETON, “as ideias culturais mudam com o mundo sobre o qual refletem”⁸, parte-se da premissa que o Direito de Família contemporâneo nada mais é do que o resultado de uma complexa equação composta por indeterminadas influências socioculturais coordenadas em sucessivas cadeias de intersecções individuais e coletivas.

Nada obstante, o segundo capítulo do presente trabalho é volvido na apresentação do monismo estatal legitimado pelo processo político de positivação das leis, narrado a partir de seu surgimento nas declarações de

⁶ Importante é considerar que os apontamentos sobre o feminismo serão restritos apenas e, sumariamente, aos valores culturais defendidos pelos movimentos feministas do século XX, limitando-se, ao máximo, não incorrer no comum equívoco de associações a fatores biológicos, políticos e econômicos que são equivocadamente apontados nos trabalhos acadêmicos, conforme apontar Richard Allen POSNER: “O feminismo, como ramo do conhecimento, é o estudo das mulheres na sociedade, desde um ângulo que ressalta os efeitos das práticas sociais e políticas de governo sobre elas; que dá grande atenção ao que elas próprias (frequentemente ignoradas) disseram ou dizem; que se preocupa sinceramente com o bem-estar delas e que, enfim, privilegia o ceticismo necessário diante de teorias de tipo teocrático, ou dogmático em geral, que pregam que as mulheres estão predestinadas a se subordinarem aos homens. Segundo essa interpretação do feminismo, são feministas John Stuart Mill, Catharine MacKinnon, Mary Wollstonecraft, Andrea Dworkin, Marta Minow, Marta Nussbaum, Marta Fineman e Linda Hirschman. Segundo essa interpretação, a rejeição da biologia, da ciência econômica, do liberalismo e das provas perceptíveis pelos sentidos, bem como um vocábulo esquerdista recheado de palavras como ‘patriarcal’, ‘hegemônico’, ‘colonizador’ e ‘ideologia de classe’, além do despreço pelos homens, ou, pelo menos, uma desconfiança diante da heterossexualidade, são características acidentais, e não orgânicas, do feminismo; pois refletem o atual domínio do feminismo radical no ambiente acadêmico. Segundo essa interpretação, ademais, igualar feminismo radical a feminismo em geral, como faz MacKinnon, é um equívoco.” POSNER, Richard. Allen. **Para Além do Direito**. SILVA, Evandro Ferreira (Trad.). São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.p. 352.

⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e União Estável**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva: 2012. p. 202.

⁸ EAGLETON, Terry. **Depois da Teoria: um olhar sobre os estudos culturais e o pós-modernismo**. OLIVEIRA, Maria Lúcia (Trad.). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 43.

direito da Virgínia e francesa, ambas no século XVIII, e a sua gradual relativização em decorrência das crises do modelo jurídico universalista dos Direitos Humanos Fundamentais, ao longo da transição do Estado liberal ao Estado social, na Europa e Estados Unidos.

Ainda neste capítulo, será tratado o significado da constitucionalização do Direito Civil, porquanto a Constituição da República de 1988 promoveu a superação do antigo pragmatismo jurídico para se tornar uma fonte normativa pautada no princípio da dignidade da pessoa humana e, assim, mais plural.

E, no tocante ao Direito de Família, será apresentada a nova perspectiva do Estatuto das Famílias, direcionando o texto normativo para a efetiva “realização pessoal”⁹ da pessoa humana no contexto familiar.

No último capítulo, são apresentadas considerações nucleares sobre os efeitos da constitucionalização do Direito de Família no que tange à pluralização das entidades familiares a partir da Constituição, demonstrando-se a superação das características da família tradicional, outrora importada pelas caravanas portuguesas, apresentando-se alguns apontamentos sobre as formas de família mais polemizadas da atualidade.

⁹ GIRARDI FACHIN, Rosana Amara. **Em Busca da Família do Novo Milênio:** uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar. 2001. p. 43.

1. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO SOCIOJURÍDICA DO DIREITO DE FAMÍLIA PRÉ-CONSTITUCIONAL

Insta-se, inicialmente, esclarecer que o presente capítulo destina-se a resgatar os fenômenos histórico-sociais que influenciaram a construção do Direito de Família contemporâneo, sem, contudo, perquirir ampla dimensão histórica sobre todos os fenômenos sociais que resultaram na sua formação, ante a impossibilidade de se exaurir um trabalho desta grandeza.

Mister é tal resgate, porque não se pode ignorar que alguns apontamentos históricos são pertinentes à melhor compreensão da problematização proposta nesta pesquisa, qual seja a viabilidade jurídica do reconhecimento estatal das diversas manifestações familiares, previstas taxativamente, ou não, pela Constituição da República de 1988.

Orlando GOMES, ao tratar da finalidade do ordenamento jurídico positivo, sustenta que a compreensão do Direito extravasa a mera interpretação da potencialidade de aplicação da norma em face do caso concreto, eis que a compreensão da norma depende, também, do contexto social e, conseqüentemente, também do contexto histórico, que ensejaram a positivação de seu conteúdo, de modo que sua aplicação possa transcender o instante de sua elaboração.

Diz o autor que,

(...) considerado uma forma ideológica, o Direito não pode ser definido puramente como um sistema de normas, pois é necessário qualificá-las, sociologicamente, por suas causas e sua finalidade. Quem aceita o materialismo histórico está impossibilitado de isolar essas normas do meio em que surgem, e não pode esquecer a função social que desempenham, ou são chamadas a desempenhar¹⁰.

¹⁰ GOMES, Orlando. **Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 77.

Conforme defende o historiador social Luís Fernando Lopes PEREIRA, “(...) é possível resgatar o direito escrito na história, onde os valores jurídicos são escolhas locais, embora se esconda por detrás de um tecnicismo burocrático. A construção do direito é feita a partir de respostas específicas do mundo jurídico às demandas das comunidades, o que torna plural e complexo e exige seu acolhimento e não sua obediência forçada.”¹¹

Portanto, considerando que o Direito se constrói a partir das necessidades históricas que se abrolham da vida em sociedade, atrelado, por óbvio, à tradição histórica e cultural de cada grupo social, imperioso é, ao operador do Direito, interpretar a validade de uma norma história em uma sociedade que talvez não mais se identifique com o ensejo do processo de positivação.

1.1 As Condicionantes Históricas do Direito de Família Brasileiro em Crise

No Japão, em 1986, Claude LÉVI-STRAUSS já dizia que “a cultura fabrica a ordem”¹². E hoje, no mesmo sentido, Estefânia Maria de Queiroz BARBOZA sustenta, de modo técnico-jurídico, que em qualquer sociedade,

¹¹ PEREIRA, Luís Fernando Lopes. Discurso histórico e Direito. In: FONSECA, Ricardo Marcelo. (Org.). **Direito e Discurso**: discursos do direito. Florianópolis: Boiteux, 2006. p. 131-137. p. 135.

¹² LÉVI-STRAUSS, Claude. **A Antropologia Diante dos Problemas do Mundo Moderno**. OLENDER, Maurice (apres.). D’AGUIAR, Rosa Freire (trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 59.

“as questões culturais influenciam as tradições legais”¹³, fale-se em países de sistema de *civil law* ou de *common law*.

Eis porque, com razão, Giselda Maria Fernandes Novaes HIRONAKA defende que:

(...) não se inicia qualquer locução a respeito de família se não se lembrar, *a priori*, que ela é uma entidade histórica, ancestral como a história, interligada com os rumos e desvios da história ela mesma, mutável na exata medida em que mudam as estruturas e arquitetura da própria história através dos tempos. Sabe-se, enfim, que a família e, por assim dizer, a história e que a história da família se confunde com a história da própria humanidade¹⁴.

No caso do Direito Civil de Família pátrio, inegável é que a positivação dos Códigos Civis se fez à luz de diversos preceitos da cultura romana, germânica e, em torno da moral cristã patriarcal.

Segundo afirma PONTES DE MIRANDA,

O Direito, no Brasil, não pode ser estudado desde as sementes; nasceu do galho da planta, que o colonizador português trouxe e enxertou no novo continente (...) [e] nas origens do direito português estão o Direito Romano, o Germânico e o Canônico. A eles se adiciona o elemento nacional, o que os elementos da vida peninsular e, particularmente lusitana revelaram, em costumes e aspirações, às populações de Portugal. Provenientes do Estado, com o caráter de direito, mais do que de composição do dano ou de reprimenda à ofensa, a intuição jurídica dos Romanos representa o sistema de coordenação e domínio, em contraposição

¹³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis, Integridade e Segurança Jurídica: Reflexões Críticas a Partir da Aproximação dos Sistemas de Common Law e Civil Law na Sociedade Contemporânea*. 2011. 264 f. Tese. (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2011-06-20T092503Z-1547/Publico/Estefania.pdf>. Acesso em: 10 set. 2012. p. 27

¹⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito Civil: estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p.17.

à dos Germanos, com a autonomia pessoal, o princípio moral, a independência do indivíduo¹⁵.

Sobre a influência do direito romano e da cultura judaico-cristã¹⁶ no mundo ocidental, Rodrigo da Cunha PEREIRA sustenta que: “quando falamos de fontes do Direito, como meio técnico de realização do direito subjetivo, referimo-nos às fontes do Direito ocidental, isto é, à família *common law* e à romano-germânica, que tem em comum a mesma moral cristã, a mesma base filosófica, o individualismo.”¹⁷

Ainda sobre a influência do direito canônico, Eduardo de Oliveira LEITE, afirma que: “a Igreja e o Estado estreitamente vinculados entre si, sustentaram-se mutuamente com a consistência de sua instituição. Jamais, em qualquer outro período da história, ver-se-á uma união tão notável entre dois poderes, originalmente antagônicos, mantendo o conceito de ordem e direcionando a vida dos povos rumo ao supremo poder espiritual e temporal: Deus.”¹⁸

A cultura de organização familiar romana, segundo Eduardo de Oliveira LEITE, centralizava-se na autoridade do *Pater Familias* que gozava de “um direito total sobre os filhos, seus descendentes, assim como sobre os escravos e os servos, o pai constituía o núcleo da família e usufruía de um direito absoluto de propriedade sobre tudo o que esta produzia.”¹⁹

¹⁵ PONTES DE MIRANDA. **Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 27.

¹⁶ Sobre a cultura cristã, Marcos Alves da SILVA afirma que: “a tradição cristã, que tanto marcou o perfil do mundo ocidental, encontra as matrizes estruturantes de sua racionalidade no Antigo Testamento, e, portanto, na cultura judaica, muito embora, ao mesmo tempo, constituísse uma ruptura desta.” SILVA, Marcos Alves. **Do Pátrio Poder à Autoridade Parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 20.

¹⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 41.

¹⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de Direito de Família: Origem e Evolução do Casamento**. Curitiba: Juruá, 1991. p. 174.”

¹⁹ *Ibidem*. p. 39.

Para Caio Mário da Silva PEREIRA, “O *pater* era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos (*penates*) e distribuía justiça. Exercia sobre os filhos o direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*), podia impor-lhes pena corporal, vendê-los, tirar-lhes a vida.”²⁰

Oportuno mencionar que as normas de organização familiar naquele período não eram politicamente institucionalizadas pelo Estado Romano, tratando-se de construção que decorria da própria tradição da época. Nesse sentido, afirma Marcos Alves da SILVA que:

A família romana era radicalmente distinta da noção que, na atualidade se tem de família. em verdade, as famílias romanas constituíam-se em núcleos políticos conformadores do Estado Romano, mas que, ao mesmo tempo, gozavam de inquestionável independência. Nesse sentido, observa Pontes de Miranda, amparado por Georg Jelinek, que “o pai de família gozava de autoridade própria, independente, que não era conferida por lei, nem adstrita ao Estado, e assemelhava-se à autoridade pública, à pequena monarquia, com as seguintes características: não possuir território, e constituir simples associação de pessoas.”²¹

A tradição cultural de organização familiar pré-modulada pelos valores romanos, centrada na figura patriarcal “constituiu o auge do despotismo do varão”²², sobre todos os membros da grande família, inclusive e especialmente de sua esposa. Todavia, “o patriarcado romano não acarreta, necessariamente, (...) o nascimento de um Estado masculino, mas quer dizer, simplesmente, que, na família, a influência do pai sobrepuja a da mãe”.²³

²⁰ PEREIRA. Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. v.5. PEREIRA, Tânia da Silva. (rev. atual.). Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 31.

²¹ SILVA, Marcos Alves. **Do Pátrio Poder...** Op. cit., p. 25.

²² PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito de Família**. ALVES, Vilson Rodrigues. (atual.) Campinas: Bookseller, 2001. p. 58.

²³ LEITE. Eduardo de Oliveira. **Tratado de Direito...** Op. cit., p. 38.

Tal ideário da centralização do núcleo familiar em torno da estruturação patriarcal se prorrogou ao longo dos séculos, manifestando-se de modo determinante para a caracterização da família matrimonializada e monogâmica.

Nas palavras de Eduardo de Oliveira LEITE,

o casamento, como instituição privada, sempre foi a regra e perdurou imperturbável até, praticamente, o século IV de nossa era. Com a queda do Império Romano, é a igreja que assumira o controle dessa matéria. Somente com a ascensão do Estado e o processo de codificação deflagrado após a revolução francesa é que a instituição passa a ser subordinada a um rígido processo, sistema de normas e princípios, concretizados em manifestação escrita, legal e jurídica.²⁴

No Brasil, o matrimônio não se sustentava apenas enquanto ordem religiosa, mas, culturalmente, também era considerada “uma condição honrada e venerada, quiçá, ainda seja. Projetava-se, também, a relevância do ‘pertencer à família’, não apenas como exteriorização do patriarcalismo, mas também como expressão de poder, revelada em muitas disputas de família.”²⁵

²⁴ Ibidem. p. x.

²⁵ GIRARDI FACHIN, Rosana Amara. **Em Busca da Família...** Op. cit., p. 36-37.

Sustentados historicamente²⁶ por estes preceitos jurídicos e culturais, dispunha o artigo 167 da Constituição de 1967 que a família constituía-se [somente] mediante o casamento²⁷. No mesmo sentido, o Código Civil de 1916, em seu artigo 229, defendia ser legítima a família formada pelo casamento, prevendo somente serem legítimos a prole decorrente desta união.

Sobre as normas acima referidas, comenta Ana Carla Harmatiuk MATOS que:

O modelo consagrado pelo Direito era fundado no matrimônio. A espécie de família eleita pelo ordenamento jurídico era a baseada no casamento e, num caráter eminentemente valorativo, o sistema denominava-a legítima. As formas de união entre as pessoas as quais não passassem pela formalidade disposta no Código não eram reputadas família, sendo excluídas deste sistema justamente por não serem relevadas pelo Direito.²⁸

²⁶ Guilherme Calmon Nogueira da GAMA afirma que: “(...) a partir da Constituição de 1934 que a família foi objeto de expressa referencia no texto constitucional, sob o título ‘*Da família, da educação e da cultura*’. No artigo 144, foi claramente consignado que a família era constituída pelo casamento indissolúvel, seguindo a orientação do Direito Canônico, e que gozava de *proteção especial do Estado*. Importante observar que o texto atribuiu efeitos ao casamento religioso desde que fossem adotadas certas formalidades com a posterior inscrição no Registro Civil. A Constituição seguinte, a de 1937, prosseguiu com a sistemática adotada no texto imediatamente anterior, novamente cuidando da família, a partir do art. 124, mantendo a indissolubilidade do casamento, mas nada dispendo sobre o casamento religioso. Em prosseguimento, foi promulgada a Carta Constitucional de 1946, mais uma vez cuidando da família, sendo que, em seu art. 163, *caput*, o texto assentou o princípio da indissolubilidade do casamento, mediante o qual constitui-se a família que goza de proteção estatal. Diversamente da Carta de 1937, a de 1946 tratou do casamento religioso, prevendo a possibilidade de sua equiparação ao civil, desde que preenchidos certos requisitos, com a inscrição posterior no Registro Civil. [e citando Jônatas MILHOMENS e Geraldo Magela ALVES] ‘já não se ostenta o caráter de laicidade do Estado em matéria de casamento; é valido o casamento religioso, observados os impedimentos e as prescrições da lei’”. GAMA, Guilherme Nogueira da. **O Companheirismo: uma espécie de família**. São Paulo: RT, 1998. p.41-42.

²⁷ “Art 167 - A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.”. BRASIL. BRASIL. Constituição (1976). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1976. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 31 jan. 2012.

²⁸ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As Famílias Não Fundadas no Casamento e a Condição Feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.32.

Em outras palavras, pode-se afirmar que na sistematização normativa que precedeu a Constituição da República de 1988, destinou-se a legitimar institucionalmente a formação familiar constituída com o casamento²⁹, tal como primada pelo direito canônico³⁰, excluindo todas as demais formas de reunião afetiva constituídas à margem da Lei.³¹

Não é sem razão, portanto, que Rodrigo da Cunha PEREIRA afirma que: “a ideia tradicional de família, para o Direito brasileiro, era a de que ela

²⁹ Clóvis BEVILAQUA, ao comentar o artigo 364 do Código Civil de 1916 (“Art. 364. A investigação da maternidade só se não permite, quando tenha por fim atribuir prole ilegítima à mulher casada, ou incestuosa à solteira (art. 358).” BRASIL. **Lei nº 3.071,...** Op. cit.) demonstra com clareza a proteção da família legitimada pelo casamento, ainda que em prejuízo de outros vínculos afetivos ou consanguíneos que se negava o reconhecimento de pertença familiar. Comenta o jurista que: “Imagine-se que uma senhora, em moça, teve um filho natural fruto do abuso de um sedutor. Esse filho oculto da vista de todos foi criado por alguém da confiança dos avós. Mais tarde, a senhora casa-se, tem um procedimento digno, é respeitada pela sociedade, estimada pelo marido e adorada pelos filhos legítimos. Esse primeiro filho é ilegítimo mas não adúlterino. O código não lhe dá, entretanto, ação para investigar a sua maternidade.” BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. v. 2, 1917, p.360. APUD SILVA, Marcos Alves. **Do Pátrio Poder...** Op. cit., p. 48-49.

³⁰ “A concepção supra-individualista depara na doutrina católica sua melhor e mais forte expressão, sobretudo com encíclica *Casti Connubii*, de 1930. Essa encíclica, também aponta, como bens do casamento, prole, fidelidade e sacramento, secundada pelo antigo Código de Direito Canônico (cânon 1.013, §1º), é ratificada pelo novo Código, de 1983, que menciona como fins do casamento o estabelecimento de uma comunidade de vida para o bem dos cônjuges, como a procriação e educação da prole (cânon 1.055, §1º). (...) o casamento cristão representa a união entre Jesus Cristo e sua Igreja. É um dos sete sacramentos da lei evangélica; mas sua regulamentação só se efetuou no Concílio de Trento (1545-1563), estabelecendo-se então os seguintes princípios: expedição de proclamas, publicados por três vezes no domicílio dos contraentes; celebração pelo pároco, ou outro sacerdote, na presença de duas testemunhas pelo menos; expresso consentimento dos nubentes e coroamento da cerimonia com a bênção nupcial.” MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. v. 2. Família. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 14; 15.

³¹ “Quando, porém, nos representamos a norma constitutiva de certo valor e que prescreve determinada conduta como procedente de uma autoridade supra-humana, de Deus ou da natureza criada por Deus, ela apresenta-se-nos com a pretensão de excluir a possibilidade de vigência (validade) de uma norma que prescreva a conduta oposta. Qualifica-se de absoluto o valor constituído por uma tal norma, em contraposição ao valor constituído através de uma norma legislada por um ato de vontade humana. Uma teoria científica dos valores apenas toma em consideração, no entanto, as normas estabelecidas por atos de vontade humana e os valores por elas constituídos.” KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 13.

se constitui de pais e filhos, unidos a partir de um casamento regulado pelo Estado.”³²

Consequência disso, todas as demais formas de união afetiva diversa do casamento foram tolhidas do ordenamento jurídico, não se atribuindo, em regra, às referidas uniões, consequentemente, efeitos jurídicos³³ típicos ao que se refere a status familiar³⁴.

Prova desta situação de discriminação³⁵ é a redação da Sumula nº 380 do Supremo Tribunal Federal aprovada na sessão plenária de 03 de abril de 1964, que trata dos referidos relacionamentos afetivos como meras “sociedades de fato”, mas não família. Referido precedente foi assim ementado: “comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”³⁶.

Quanto ao princípio monogâmico, sabe-se que ele não se constituiu a partir do amor entre marido e mulher, mas da necessidade de se instituir um mecanismo de estabelecimento da identidade genética da prole havida pelo homem, dentro de uma determinada estirpe legitimada³⁷ pela Igreja e pelo

³² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e União...** Op. cit., p. 23.

³³ Há um brocardo que representa claramente a lógica normativa empregada como forma discriminatória das uniões afetivas diversas ao casamento, à fim de lhes negar o reconhecimento jurídico de caráter familiar: “*quod nullum est nullum producit effectum*”. (O que é nulo, não produz nenhum efeito.)

³⁴ Segundo Washington de Barros MONTEIRO, “a condescendência em relação ao concubinato concorre indiretamente para a degradação da família legítima”. MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. v. 2. Família. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 17. Apud MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As Famílias Não Fundadas no Casamento e a Condição Feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 39.

³⁵ “O Código Civil brasileiro [de 1916] figura ser indicador de efeitos jurídicos negativos de especial maneira ao polo feminino da relação denominada concubinatória” MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As Famílias Não Fundadas...** Op. cit., p. 44.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 380**. Brasília. 03 abr. 1964.

³⁷ A filiação paterna extrafamiliar não criava a paternidade e nem gerava consequências. PEREIRA. Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito...** Op. cit., p. 348.

Estado, qual seja aquela instituída por meio do casamento,³⁸ a fim de se determinar a transição patrimonial e sucessória do *pater*³⁹.

Isto ocorreu, pois, se a maternidade sempre é certa, a garantia da filiação somente poderia ser alcançada por meio da primazia da patrilinearidade⁴⁰ obtida pela fidelidade feminina, onde se poderia verificar inequivocamente a origem de cada filiação, sem risco de turbação paterno-consanguínea. Eis porque, culturalmente, o adultério masculino nunca fora punido com a severidade que se punia o adultério feminino⁴¹. Aliás, como lembra Caio Mário da Silva PEREIRA o brochado: “*bâtards ne succendent*”⁴².

Esta garantia da patrilinearidade mediante a exacerbada fixação da monogamia feminina traduz-se perfeitamente no brochado *mater semper certa est; pater is est quem justae nuptiae demonstrat*, ou seja, a mãe sempre é certa; já o pai é – ou presume-se ser – aquele que demonstra ter núpcias com a mãe.

Segundo Friederich ENGELS,

O estudo da história da família data de 1861, com o aparecimento do livro *Direito Materno* de Bachofen⁴³. Nesse livro, o autor faz as seguintes afirmações: 1) – nos tempos primitivos, os homens viviam em total promiscuidade sexual – chamada impropriamente de heterismo por Bachofen; 2) – esse tipo de relações excluía qualquer possibilidade de estabelecer, com segurança, a paternidade, de modo que a filiação só podia ser contada por linha feminina, segundo o direito materno, e que ocorria em todos os povos antigos; 3) – por conseguinte, as mulheres, como mães, como únicos genitores conhecidos da nova geração gozavam de elevado grau e apreço e consideração, chegando, segundo Bachofen, ao domínio

³⁸ LEITE. Eduardo de Oliveira. **Tratado de Direito...** Op. cit., p. 49.

³⁹ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 12. ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1991. p. 66.

⁴⁰ LEITE. Eduardo de Oliveira. **Tratado de Direito...** Op. cit., p. 43.

⁴¹ Ibidem. p.121

⁴² PEREIRA. Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito...** Op. cit., p. 350.

⁴³ BACHOFEN, John J., *Das Mutterrecht. Eine Untersuchung über die Gynaiokratie der Alten Welt nach ihrer religiösen und rechtlichen Natur*, Stugart, 1861. Apud. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, volume VI, Direito de Família: As famílias em perspectiva constitucional. 2. ed. (rev., atual., ampl.). São Paulo: Saraiva, 2012. p. 47.

feminino absoluto (ginecocracia); 4) – a transição para a monogamia, em que a mulher passava a pertencer a um homem, encerrava em si uma violação de uma lei religiosa muito antiga (ou seja, efetivamente uma violação do direito tradicional que os homens tinham sobre aquela mulher), transgressão que devia ser expiada ou cuja tolerância era compensada com a posse da mulher por outros durante determinado período.⁴⁴⁻⁴⁵

Eis porque não é sem razão que Ana Carla Harmatiuk MATOS afirma que “os valores patriarcais informaram a família do Código [de 1916], ocorrendo diversas formas de diminuição da condição feminina. A posição hierarquicamente superior do homem é justificável, em parte, pelos valores sociais presentes na época de elaboração de nossa codificação.”⁴⁶ Exemplo desta objurgação é a presunção positivada da incapacidade civil⁴⁷ da esposa dependente de seu marido⁴⁸, especialmente em relação à administração do patrimônio familiar.

⁴⁴ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 2. ed. (rev.) São Paulo: Escala, p. 18-19. Apud. Ibidem. p. 47.

⁴⁵ Impende-se destacar que, segundo afirma Caio Mário da Silva PEREIRA, embora não faltem referências sobre sociedades cujas famílias tenham se estruturado em torno da figura materna, “não se compadece, contudo, com a proclamação de que foi estagio obrigatório na evolução da família. Pode ter acontecido eventualmente que em algum agrupamento a ausência temporária dos homens nos misteres da guerra ou da caça haja subordinado os filhos à autoridade materna, que assim a investia de poder. Ou pode supor-se (como o faz Westermack, com base em costumes observados em primitivos atuais) que a certeza da maternidade foi erigida em elemento determinante das relações de parentesco (irmãos uterinos, especialmente), desprezando-se ou relegando-se a plano secundário o parentesco na linha masculina”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito...** Op. cit., p. 29-30. Cita-se, exemplificativamente, a estrutura familiar dos índios Tupi-Kawahib do Brasil, relatada por Claude LÉVI-STRAUSS: “Entre os índios Tupi-Kawahib do Brasil, que visitei em 1938, um homem pode se casar simultaneamente ou em sucessão com várias irmãs, ou com uma mãe e sua filha de uma união anterior. Essas mulheres criam em comum os filhos sem se preocupar, pareceu-me, se o filho de que esta ou aquela mulher cuida é o seu ou o de outra esposa de seu marido.” LÉVI-STRAUSS, Claude. **A Antropologia Diante...** Op. cit., p. 45.

⁴⁶ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As Famílias Não Fundadas...** Op. cit., p. 21.

⁴⁷ Artigo 6º do Código Civil Brasileiro – Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916. BRASIL. **Lei nº 3.071...** Op. cit.

⁴⁸ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As Famílias Não Fundadas...** Op. cit., p. 26-29.

Por conseguinte, ressalta a autora que os valores estabelecidos no Código Civil de outrora, destinavam-se à reafirmação da estrutura familiar a partir de funções pré-estabelecidas, tal como defendido pelo ideário cristão⁴⁹. E conseqüentemente, “(...) nunca viria ao espírito dos cônjuges questionar se eram felizes. A preocupação em bem desempenhar suas ocupações quotidianas – nitidamente delimitadas – aumentava a frieza das relações, evitando especialmente a troca de manifestações espontâneas entre marido e mulher.”⁵⁰

Nesse sentido, Eduardo de Oliveira LEITE afirma sobre o ideário cristão⁵¹ que:

Ela [a tradição cristã] não considera o casamento como um contrato no qual os cônjuges pudessem a seu bel-prazer, fixar e modificar os termos, muito menos como um compromisso que lhes fosse permitido romper de comum acordo. Livres para se casarem, a Igreja encarava o homem e a mulher ingressando num estado onde os papéis, as tarefas, os direitos e deveres estavam previamente fixados e repartidos. O que se passaria na vida conjugal estava praticamente determinado muito antes do casamento. Cada cônjuge sabia o que poderia esperar do outro, e as expectativas eram precisas, limitadas comuns a todos os que se tornavam marido e mulher.⁵²

Conforme é descrito por Rosana Amara GIRARDI FACHIN, no período da codificação civil de outrora, “a ‘dignidade masculina’ residia no trabalho, enquanto a da mulher estava ligada à administração da casa e à

⁴⁹ Extrai-se de Gênesis, capítulo 2, versículo 20, que Deus criou a companheira do homem, para que esta lhe auxiliasse e lhe correspondesse. Bíblia. Português. **Bíblia Sagrada**. Disponível em: <<http://www.bibliaonline.com.br>>. Acesso em: 06 set. 2012.

⁵⁰ LEITE. Eduardo de Oliveira. **Tratado de Direito...** Op. cit., p. 275.

⁵¹ Cita-se, exemplificativamente, o capítulo 5, versículos 22 a 24, do Livro de Efésios: “As mulheres sejam sujeitas a seus maridos, como ao Senhor; porque o marido é a cabeça da mulher, como também Cristo é a cabeça da igreja, sendo ele o salvador do corpo. Mas como a igreja é sujeita a Cristo, assim também as mulheres o sejam a seus maridos em tudo.” Bíblia. Português. **Bíblia...** Op. cit.

⁵² LEITE. Eduardo de Oliveira. **Tratado de Direito...** Op. cit., p. 348.

educação dos filhos, sendo ela responsável pelo zelo e bom nome da família e pela honra familiar.”⁵³

Por conseguinte, PONTES DE MIRANDA, ao analisar o caráter da legislação civil correlata ao direito de família nacional, à época da codificação de 1916, concluiu que:

A finalidade da legislação estatal, em matéria de direito de família, como a finalidade das legislações confessionais sobre a família, é regular e proteger a vida do par andrógino, assegurar a procriação dentro da legalidade, fixar, o que é parentesco jurídico, necessariamente menos que o parentesco biológico, mas, em alguns pontos, excedente (afinidade, adoção), e proteger os menores e os incapazes.⁵⁴

Sobre o Código Civil brasileiro de 1916, e a legislação acerca da família, Orlando GOMES comenta que: “o Código incorpora certos princípios morais, emprestando-lhes conteúdo jurídico, particularmente no direito familiar.”⁵⁵

Concorde a influência de tais “princípios morais”, verifica-se que o Estado legislador incorporou em seus Códigos a ideologia patriarcal dogmatizada pela Igreja defensora de uma moral sexual justificadora de desigualdades nas relações interpessoais dos núcleos familiares, seja em

⁵³ GIRARDI FACHIN, Rosana Amara. **Em Busca da Família...** Op. cit., p. 53. No mesmo sentido, Rosalice Fidalgo PINHEIRO comenta que “após o casamento, a mulher tornava-se relativamente incapaz, dependendo da autorização marital para trabalhar fora do lar. Cobia-lhe o confinamento às atividades domésticas, e o critério da culpa determinava-lhe o direito aos alimentos ou à guarda dos filhos. Revelava-se uma diminuição da condição feminina, que se espelhava na história: a ‘natural superioridade masculina’ reservava à mulher uma posição relacionada à sua fragilidade física.” PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Planejamento Familiar e a Condição Feminina.** In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. (Org.). **A Construção dos Novos Direitos.** Porto Alegre: Núria Fabris, 2008. p. 278-306. p. 282.

⁵⁴ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito...** Op. cit.,

⁵⁵ GOMES, Orlando. **Raízes Históricas...** Op. cit., p. 14.

relação às mulheres, ou em relação à prole.⁵⁶

Segundo o ideário cristão, somente poderiam ser reconhecidos como filhos aqueles que fossem nascidos no seio da família matrimonializada, restando aos demais quedar-se à margem do direito filial⁵⁷. Segundo Marcos Alves da SILVA,

A bastardia implicava em verdadeira condenação do fruto do ventre não legitimado pelo sacramento do casamento. Como bem sublinha GILISSEN, a bastardia implicava em incapacidade política (o bastardo não podia exercer qualquer cargo público); incapacidade sucessória, tanto ativa como passiva (além de não suceder pai e mãe, ascendentes e etc., o senhor, sob o domínio de quem estava, podia assenhorear-se dos bens que, porventura, deixasse aos seus descendentes).⁵⁸

De fato, depreende-se que o Direito de Família brasileiro, originalmente importado à colônia pelas caravelas portuguesas, sofreu inúmeras modificações ao longo dos séculos, mas sem perder, contudo, seus fundamentos nucleares que se institucionalizaram no primeiro Código Civil brasileiro datado de 1º de janeiro de 1916⁵⁹, quais sejam o da família: patriarcal, heterossexual, matrimonializada, monogâmica, hierarquizada e transpessoal.⁶⁰

⁵⁶ Rodrigo da Cunha PEREIRA afirma que: “a história da organização jurídica da família moderna assenta-se em princípios que foram construídos e desconstruídos por meio de uma ideologia movente ao longo dos séculos. Além dos aspectos políticos e econômicos que davam o tom patrimonializado e hierarquizado às famílias ocidentais, ela calcava-se também em uma moral que dizia o *dever-ser* e sustentava a ideologia patriarcal inclusive por meio de uma moral sexual civilizatória. Foi por intermédio dessa moral sexual que se legitimaram ou ilegítimaram-se determinadas categorias de filhos e formas de constituição de famílias. Em nome dessa moral e dos bons costumes, podemos dizer que a história do Direito de Família é também uma história de exclusões, e em nome dessa moral muita injustiça já se fez.” PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais...** Op. cit., p. 88.

⁵⁷ PEREIRA. Caio Mário da Silva. **Instituições de ...** Op. cit., p. 348.

⁵⁸ SILVA, Marcos Alves. **Do Pátrio Poder...** Op. cit., p. 31.

⁵⁹ BRASIL. **Lei nº 3.071...** Op. cit.

⁶⁰ Para um exame mais detalhado sobre as origens do Direito de Família brasileiro, recomenda-se: GIRARDI FACHIN, Rosana Amara. **Em Busca da Família...** Op. cit.

A guisa de breve arremate, depreende-se que a codificação civil brasileira, adotou os valores difundidos por tais culturas, uma vez que se encontrava emergida numa sociedade que adotou culturalmente o conteúdo da civilização romana e moralizada pelo ideário canônico, especialmente no que se refere às relações interpessoais familiares e à uma “função social” do casamento, adotou os valores difundidos por tais culturas.

1.2 A Globalização e o Movimento Feminista: transformações dos valores culturais da família do século XX

No século XX, o apogeu⁶¹ da globalização acentuou o processo de “cosmopolitização cultural”⁶² da pós-modernidade.

Aqui, leia-se a globalização enquanto fenômeno social multifacetado com imbricações em diversas searas da vida social, não somente na economia, tal como amplamente relatado na doutrina a partir das ideias de Marx e Engels, mas principalmente na cultura. Sidney GUERRA nos relembra que “a expressão globalização é utilizada em vários seguimentos sociais. Não se trata mais de uma predileção dos economistas em fazer o uso do termo. (...)”⁶³

De fato, a expressão globalização raramente é vista como um fenômeno cultural, sendo carregada de preconceito ideológico, especialmente se

⁶¹ Sobre a “evolução” da globalização na modernidade, Marcelo NEVES descreve o seguinte: “(...) cabe considerar a globalização como resultado de uma intensificação da sociedade mundial. Esta, que começa a desenvolver-se na metade a partir do século XVI e consolida-se estruturalmente com o surgimento de ‘um único tempo mundial’ na segunda metade do século XIX, em um processo de transformações paulatinas, que se torna finalmente irreversível, alcança um grau de desenvolvimento tão marcante, no fim do século XX, que aquilo já assentado no plano das estruturas sociais passou a ser dominante no plano da semântica: a sociedade passa a (auto-)observar-se e (auto)descrever-se como mundial ou global”. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009. p. 27.

⁶² Não se instiga com esta expressão sugerir a existência de uma “cultura internacional, humanitária desalocada espacialmente ou virtual”. Aliás, trata-se de uma interpretação da ideia de “modernização da modernidade” e de “pluralismo de modernidades” inauguradas pelo sociólogo alemão Ulrich BECK: “A minha teoria da “segunda modernidade” é uma séria tentativa de superar qualquer tipo de ‘imperialismo ocidental’ e qualquer concepção unidirecional da modernidade. Proponho-me superar o preconceito evolucionista que aflige grande parcela da ciência social ocidental. Trata-se de um preconceito que relega as sociedades não ocidentais contemporâneas à categoria do ‘tradicional’ e do ‘pré-moderno’, e desta forma, em vez de defini-las a partir do ponto de vista delas, as concebe em termos de oposição à modernidade ou de não-modernização. Muitos pensam até que o estudo das sociedades ocidentais pré-modernas possa nos ajudar a entender as características que os países não ocidentais apresentam hoje. ‘Segunda modernidade’ significa, pelo contrário, que devemos colocar com firmeza o mundo ocidental no âmbito da “modernização da modernização”, ou seja, dentro de um pluralismo de modernidades. Nesta perspectiva, há espaço para conceitualizar a possibilidade de trajetórias divergentes de modernidade.” BECK, Ulrich; ZOLO, Danilo. **A Sociedade Global do Risco: Uma discussão entre Ulrich Beck e Danilo Zolo**. ASSMANN, Selvino J. (Trad.). Disponível em: <<http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/ulrich.htm>>. Acesso em: 08 jan. 2013.

⁶³ GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos...** Op. cit., p. 117-118.

levarmos em conta a visão crítica “pseudo-dogmática”⁶⁴ do ideário marxista⁶⁵ ao modelo de produção capitalista.

Diante disso, raramente se discute os efeitos da globalização para além de seu sentido econômico. Eis que, a própria defesa da globalização, por vezes

⁶⁴ “O ajuste marxista aproxima-se do desejo escatológico referido na Bíblia: o Velho Testamento aludira a um tempo futuro em que Deus estabeleceria para sempre seu reino de justiça e paz; o Novo Testamento afirma que Cristo representa a superação da morte e que os fiéis participam da promessa de vida eterna. Enquanto passam pelos sofrimentos desta vida, eles têm uma antevisão do tempo por vir. Enquanto a filosofia marxista da história deve sua forma à dialética de Hegel, seu conteúdo deve muito a uma secularização da escatologia cristã. A filosofia marxista da história plenamente desenvolvida, chamada em termos técnicos de ‘determinismo materialista’, oferece uma forma de providência pessoal; o povo escolhido é substituído pelo proletariado, e a justiça do reino de Deus pela sociedade sem classes do comunismo.” MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo**. CAMARGO, Jefferson, Luiz. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fintes, 2012. p. 292. Exemplo desta afirmação pode ser verificada na análise feita por Antonio Carlos WOLKER sobre a obra “Manuscritos econômicos-filosóficos” de Marx, segundo o qual, para MARX, o trabalho humano perante o sistema de produção capitalista é associado a um processo de alienação e coisificação do homem. WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma cultura no Direito**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Alfa Omega, 2001. p.33.

⁶⁵ Ideário este, não necessariamente atribuível a Karl Heinrich MARX. Conforme pondera Wayne MORRISON: “A compreensão que Marx tem do direito é um subconjunto das abordagens intelectuais gerais da sociedade que ele adotou em diferentes momentos da sua vida. Muitos escritores são responsáveis pela criação de análises marxistas; se compreendem ou não à complexidade e sutileza das análises originais de Marx já é uma outra questão.” MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito...** Op. cit., p. 295.

esbarra em conflitos sobre os conceitos éticos apreçados pelo discurso “moralista de Marx”⁶⁶.

Nada obstante, o fenômeno da “globalização” trouxe consigo inúmeras imbricações na área social, especialmente na transformação dos valores culturais. Segundo Maria Elisa CEVASCO,

A expansão da quantidade de meios de produção cultural possibilitou a percepção clara de uma qualidade definidora desses meios, ou seja, são práticas de produção que fazem uso seletivo de meios materiais como, para dar alguns exemplos, a linguagem, as tecnologias da escrita ou meios eletrônicos de comunicação, a fim de dar forma aos significados e valores de uma sociedade específica. Esses significados são culturais, adquirem existência perceptível por meio dessas formas culturais e são modificados

⁶⁶ Conforme pondera Terry EAGLETON: “Apelos à moralidade, como apelos à psicologia, têm sido, com muita frequência, uma maneira de evitar a discussão política. (...) Para Aristóteles, como vimos, ética e política estão intimamente relacionados. A ética trata de como alcançar a excelência em ser um humano, algo que ninguém pode fazer isoladamente. Além do mais, ninguém poderá fazê-lo a menos que estejam disponíveis as instituições políticas que tornem isso possível. Foi esse o tipo de pensamento moral herdado por Karl Marx, que muito deve a Aristóteles em seu pensamento econômico. As questões de Bem e Mal foram falsamente abstraídas de seus contextos sociais, e tiveram que ser reinstauradas neles. Nesse sentido, Marx era um moralista no sentido clássico da palavra. Acreditava que a investigação moral deveria examinar todos os fatores constituintes de uma ação ou modo de vida específicos, não apenas fatores pessoais. Infelizmente, Marx foi um moralista clássico que parecia não ter consciência disso, assim como Dante não tinha consciência de estar vivendo na Idade Média. Como grande número de radicais desde aquela época, Marx pensava, de maneira geral, que a moralidade era apenas ideologia. Por isso cometeu o erro caracteristicamente burguês de confundir moralidade com moralismo. O moralismo acredita que existe um conjunto de questões conhecidas como questões morais, bastante distintas das questões sociais ou políticas. Não vê que ‘moral’ significa explorar a textura e qualidade do comportamento humano tão rica e sensivelmente quanto se possa, e que não se pode fazer isso abstraindo homens e mulheres de seus contextos sociais. Isso é moralidade como, digamos, o romancista Henry James a compreendia, ao contrário dos que acreditam que ela possa ser reduzida a regras, proibições e obrigações. Marx, todavia, cometeu o erro de definir moralidade como moralismo, e por isso, bastante compreensivelmente, a rejeitou. Parece não ter percebido que era o Aristóteles da era moderna. Em nossos dias, o paradigma da modernidade tem sido o feminismo, que insiste de sua própria maneira, no entrelaçamento do moral e do político do poder e do pessoal.” EAGLETON, Terry. **Depois da Teoria:** um olhar sobre os estudos culturais e o pós-modernismo. OLIVEIRA, Maria Lúcia (Trad.). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 196-197.

na medida em que entram em conjunção com pessoas em situações específicas que podem aceitar, modificar ou recusar.⁶⁷

Esta análise é dividida por Aloísio KROHLING, segundo o qual: “com a globalização tecnológica e a sociedade em redes, a mundialização cultural avança e mostra o novo cenário internacional com o pluralismo cultural em todas as áreas do saber e das vivências humanas.”⁶⁸

Todavia, importante é destacar que esta pluralização cultural não é verticalizada, muito embora seja esta a análise de senso comum, tendo em vista que “que a produção cultural sempre esteve ligada a processos de dominação e de controle social”⁶⁹.

De acordo com Ulrich BECK, não existe uma tendência imperialista de que uma cultura local se sobrepuje às demais culturas em rede de comunicação, tendo em vista que a globalização é um fenômeno espacialmente descentralizado.⁷⁰ “O fato é que o fenômeno tecnológico da era digital fez do

⁶⁷ CEVASCO, Maria Elisa. **Dez Lições sobre os Estudos Culturais**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2003, p. 69.

⁶⁸ KROHLING, Aloísio. **Direitos Humanos Fundamentais: diálogo multicultural e democracia**. São Paulo: Paulus, 2009. p. 66.

⁶⁹ CEVASCO, Maria Elisa. **Dez Lições...** Op. cit., p. 70

⁷⁰ “Há uma forte tendência em confundir globalização com americanização, ou até globalização com novo imperialismo. Mas esta não é toda a verdade. Há provas evidentes de que a globalização se torna cada vez mais um fenômeno descentralizado, não controlado e não controlável por um só país ou por um só grupo de países. Na realidade, as consequências da globalização atingem ou podem atingir os Estados Unidos, assim como a França, a Itália, a Alemanha ou os países asiáticos. Isto é verdade pelo menos no que diz respeito aos riscos financeiros, aos meios de comunicação e aos desequilíbrios ecológicos (o esquentamento da atmosfera, por exemplo). O Estado nacional é submetido a desafios de modo igual na América do Sul como na Ásia, na Europa ou na América do Norte. Há até mesmo fenômenos de "colonização invertida". Ou seja, acontece que países não ocidentais modelam formas de desenvolvimento no Ocidente. Pense-se na "latinização" de algumas grandes cidades estado-unidenses, na emergência na Índia e na Malásia de um setor de alta tecnologia sem raízes territoriais orientado para o mercado global, ou então na aquisição por parte de Portugal de uma grande quantidade de produtos musicais e televisivos do Brasil.” BECK, Ulrich; ZOLO, Danilo. **A Sociedade Global...** Op. Cit.,

mundo uma aldeia, onde os desafios da era planetária e do pluralismo cultural atingem todos os povos, em maior ou menor intensidade.”⁷¹

Dessa forma, vê-se que os movimentos culturais, a partir do século XX, não se restringem mais a um único território, e os valores culturais ou morais que fundamentam a construção do ordenamento positivo não se restringem mais ao Estado-Nação⁷².

Consequentemente, essa “pluralidade de âmbitos de comunicação em relações de concorrência e, simultaneamente, de complementaridade”⁷³ que reestruturam as relações sociais acentuam cada vez mais a insuficiência do ordenamento positivo⁷⁴ em face das multicomplexidades da vida em sociedade

⁷¹ KROHLING, Aloísio. **Direitos Humanos...** Op. cit., p. 67.

⁷² Pondera Manuel CASTELLS: “A globalização e a informacionalização, determinadas pelas redes de riqueza, tecnologia e poder estão transformando nosso mundo, possibilitando a melhoria de nossa capacidade produtiva, criatividade cultural e potencial de comunicação. Ao mesmo tempo, estão privando as sociedades de direitos políticos e privilégios. À medida que as instituições do Estado e as organizações da sociedade civil fundamentam-se na cultura, história e geografia, a repentina aceleração do tempo histórico, aliada à abstração do poder em uma rede de computadores, vem desintegrando os mecanismos atuais de controle social e de representação política.” CASTELLS. Manuel. **O Poder da Intimidade: A Era da Informação: economia, sociedade e cultura.** v.2. GERHARDT, Klaus Brandini (Trad.). São Paulo: Paz e Terra, 2008. p. 93.

⁷³ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo...** Op. cit., p. 26.

⁷⁴ Considerando o ideário positivista de HART, não de DWORKIN, segundo o qual não poderiam existir lacunas, propriamente ditas, eis que o ordenamento é íntegro e preenchido por princípios fundamentais não escritos, mas aplicáveis à resolução de *hard cases*, razão pela qual, para Ronald Dworkin, no *judicial review* os juízes não criariam o direito a partir de um poder discricionário, mas (os juízes Hércules) interpretariam o ordenamento jurídico, a partir dos princípios gerais do Direito (escritos ou não), a fim de obter a solução.

global, levando a cultura jurídica a repensar o monismo das fontes formais do Direito universalista.⁷⁵

Frederico Eduardo Zenedin GLITZ, comenta este fenômeno a partir das ideias de Gunther TEUBNER e Ralf MICHAELS:

TEUBNER percebe, pois, que as teorias pluralistas precisam reformular suas explicações, pois o Direito não estaria mais se formando a partir das interações tradicionais (como por exemplo étnica), mas pela reprodução contínua de redes globais especializadas. No mesmo sentido é a opinião de MICHAELS que fala em pluralismo jurídico global (*global legal pluralism*)⁷⁶

⁷⁵ Comenta Terry EAGLETON que: “Num certo sentido, a universalidade é hoje um fato material. O propósito do socialismo foi traduzir esse fato um valor. A circunstancia de termos nos tornado uma espécie universalmente comunicativa – um dado que, de modo geral, temos que agradecer ao capitalismo – deveria lançar as bases de uma ordem global na qual as necessidades básicas de cada indivíduo pudessem ser satisfeitas. A aldeia global deve tornar-se a comunidade cooperativa. Mas isso não é apenas uma prescrição moral.” EAGLETON, Terry. **Depois da Teoria: um olhar sobre os estudos culturais e o pós-modernismo.** OLIVEIRA, Maria Lúcia (Trad.). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 218.

⁷⁶ GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Contrato e a sua Internacionalização: o novo papel do costume como fonte de obrigações contratuais.** Curitiba, 2011. 437f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. p. 31. (TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. Impulso. In: **Revista de Ciências Sociais e Humanas.** v. 14, n. 33, 2003, p. 44; e MICHAELS, Ralf. *The re-state-ment of non-state, choice of Law, and the challenge from global legal pluralism.* In: **The Wayne Law Review.** v. 51, 2005, p. 1223-1224.)

Na segunda metade do século XX, os novos movimentos sociais libertadores⁷⁷ – regionalizados, porém potencialmente globais – começam a ganhar destaque na vida pública.⁷⁸

De acordo com Wayne MORRISON, “de todas as revoluções culturais do século XX, o feminismo parece ser aquela de maior impacto.”⁷⁹ Aliás, esta afirmação é comum entre os estudiosos dos movimentos feministas:

O século XX é, por muitos, considerado o “século das mulheres” e, especialmente, do feminismo. Ainda que os fundamentos desse movimento remontem ao século XIX, tal assertiva é corroborada por Heloisa Buarque de Holanda ao afirmar que as conquistas políticas e sociais, somadas à expansão no mercado de trabalho e no campo cultural, deram visibilidade ao protagonismo das lutas feministas. Tais lutas ganharam especial representatividade a partir das revoltas de 1968 e ao longo da década de 1970.⁸⁰

⁷⁷ “No tocante a cultura, o *establishment* cultural do pós-guerra, de natureza paternalista, branda, foi duramente abalado pelos experimentos populistas dos anos 60. Elitismo era agora um crime de pensamento apenas ligeiramente menos grave do que anti-semitismo. Para onde se olhasse, as classes médias altas estavam assiduamente se esforçando para ‘popularizar’ seu sotaque e desbotar os *jeans*. O herói operário era triunfalmente propagandeado.” EAGLETON, Terry. **Depois da Teoria: um olhar sobre os estudos culturais e o pós-modernismo**. OLIVEIRA, Maria Lúcia (Trad.). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 49.

⁷⁸ “(...) a teoria cultural apareceu no único período, desde a Segunda Guerra Mundial, no qual a extrema esquerda política desfrutou breve proeminência, antes de afundar até quase desaparecer de vista. As novas ideias culturais tinham suas raízes profundamente fincadas na era dos direitos civis e das rebeliões estudantis, das frentes de libertação nacional, das campanhas antiguerra e antinuclear, do surgimento do movimento das mulheres e do apogeu da liberação cultural. Foi uma época na qual a sociedade de consumo estava sendo lançada com fanfarras; na qual a mídia, a cultura popular, as subculturas e o culto da juventude surgiram pela primeira vez como forças sociais a serem levadas em conta; e na qual as hierarquias sociais e os costumes tradicionais começavam a ser alvos de ataques satíricos.” EAGLETON, Terry. **Depois da Teoria: um olhar sobre os estudos culturais e o pós-modernismo**. OLIVEIRA, Maria Lúcia (Trad.). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 44.

⁷⁹ MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito...** Op. cit., p. 571.

⁸⁰ CUBAS, Caroline Jaques. Resenha. PATAI, Daphne. Do feminismo aos seus plurais... História oral, feminismo e política. In: **Revista de Estudos Feministas: Centro de Filosofia e Ciências Humanas e Centro de Comunicação e Expressão da Universidade Federal de Santa Catarina**. p. 316-319. p. 316.

Por outro lado, não se pode afirmar que o feminismo é fruto do século XX, eis que, segundo o levantamento realizado pela Organização das Nações Unidas, já no século XVII, as mulheres já haviam conquistado o direito de voto no Estado de Massachusetts. Ocorre é que a partir de 1901 os movimentos feminista ganharam suas principais conquistas, como, por exemplo, o direito de votar: na França, em 1901, na Noruega, em 1901 nas eleições municipais e em todas as eleições em 1913, na Finlândia, em 1906, na Holanda e na Rússia, em 1917, no Reino Unido, em 1918, desde que maiores de 30 anos, na Alemanha e na Tchecoslováquia, em 1919, nos Estados Unidos, em 1920, no Equador, em 1929, na Espanha, em 1932, na França e na Itália, em 1945, e no Paraguai, em 1961 (último país da América Latina em que as mulheres conquistaram o direito de voto)⁸¹.

Em sua tipologia, o feminismo pode assumir diferentes identidades feministas. Consoante Manuel CASTELLS, pode existir: o feminismo cultural, que luta contra as instituições estatais enraizadas pelo patriarcalismo; o feminismo essencialista voltado à exaltação da biologia feminina, ao mesmo tempo em que exalta o matriarcalismo histórico; o feminismo lesbiano, interessado na abolição dos sistemas de separação social por gêneros estruturada pelos ideias patriarcalistas e heterossexuais; além de outras identidades femininas.⁸²

⁸¹ *THE UNITED NATIONS EDUCATIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION. Milestones Towards Emancipation. In: The UNESCO Courier.* mar. 1975. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0007/000748/074836eo.pdf>>. Acesso em 23 dez. 2012. p. 08-09.

⁸² CASTELLS. Manuel. **O Poder da...** Op. cit., p. 229-238.

De fato, a primeira grande onda do feminismo, eclodiu em diferentes regiões do globo ao longo de todo o século XX⁸³. Inicialmente levado pelas ideias do liberalismo⁸⁴, estes movimentos feministas lutavam pela igualdade de direito entre gêneros nas diversas searas da vida em sociedade⁸⁵, a fim de superar o patriarcalismo⁸⁶ enquanto valor cultural⁸⁷ predominante na sociedade moderna⁸⁸. Listam-se como principais conquistas deste período o direito “de

⁸³ “No caso da Europa Ocidental, Canadá e Austrália, nota-se um movimento feminista bastante espalhado, distinto e multifacetado, ativo e expandindo-se na década de 90, embora com intensidade e características diferentes. Na Grã-Bretanha, por exemplo, após passar por uma fase de declínio no início da década de 80 causada em grande parte pela investida neoconservadora induzida pelo tatcherismo, as ideias e a causa feministas difundiram-se pela sociedade. Por um lado, assim como nos estados Unidos, as mulheres engajaram-se na luta pela igualdade e empenharam-se na conquista da autocapacitação no trabalho, serviços sociais, legislação e política. Por outro, a cultura feminista e o lesbianismo acentuavam a especificidade da mulher, dando origem a organizações feministas alternativas. A ênfase nas identidades singulares pode dar a impressão de que o movimento está fragmentado.” Ibidem. p. 220.

⁸⁴ “Parece que nem mesmo uma breve análise sobre a gênese das normas asseguradoras dos direitos da mulher pode ser realizada sem a consideração de todo um conjunto de valorações, tendo em vista o ideal igualitário que se desenvolveu em fins do século XVIII, principalmente na França, Inglaterra e Estados Unidos.” PIMENTEL, Sílvia. **Evolução dos Direitos da Mulher: norma, fato, valor.** São Paulo: RT, 1978. p. 168.

⁸⁵ O feminismo não se define apenas como um espaço de luta por direitos políticos, mas também ideológicos, sobre o papel da mulher na sociedade. Culturalmente, a função da mulher estava atrelada à função serviente do marido chefe de família. Exemplos da disseminação destes ideais subservientes da mulher podem ser conferidas na humorística matéria de Guilherme Nascimento Valadares disponível no portal “Papo de Homem”. VALADARES, Guilherme Nascimento. **Por que os casamentos duravam antigamente.** Disponível em: <<http://papodehomem.com.br/por-que-os-casamentos-duravam-antigamente/>>. Acesso em: 23 ago. 2012.

⁸⁶ DAHL, Tove Stang. **O Direito das Mulheres: uma introdução à teoria do direito feminista.** Lisboa: Serviço de Educação Fundação Calouste Gulbenkian., 1993. p. 19.

⁸⁷ Nesse sentido, apontam Marina MALUF e Maria Lúcia MOTT que “As desigualdades entre as funções desempenhadas por homens e mulheres, que os identificaram ou com a rua ou com a casa, não vieram desacompanhadas de uma valorização cultural. Isto é, as atividades masculinas foram mais reconhecidas que as exercidas pelas mulheres, razão pela qual foram dotadas de poder e de valor.” MALUF, Marina; MOTT, Maria Lúcia. Recônditos do Mundo Feminino. In: NOVAIS, Fernando A. (coord.); Sevcenko, Nicolau (Org.). **História da Vida Privada no Brasil: República: da Belle Époque à Era do Rádio.** p. 367-421. p.380-381.

⁸⁸ “O modelo patriarcal se instalou na Colônia e atravessou tempos e fatos até chegar aos valores que inspiraram o Código Civil.” GIRARDI FACHIN, Rosana Amara. **Em Busca da Família...** Op. cit., p. 63.

voto, de participação nas igrejas, e direitos sexuais: amor livre, divórcio, casamento aberto.”⁸⁹

Segundo Manuel CASTELLS,

A crise do patriarcalismo, induzida pela interação entre o capitalismo informacional e os movimentos sociais feministas e de identidade sexual, manifesta-se na crescente diversidade de parcerias entre indivíduos que querem compartilhar suas vidas e criar filhos. Para simplificar a exposição, minha ilustração desse ponto utiliza dados referentes aos Estados Unidos. Não quero, com isso, dizer que todos os países e culturas seguirão o mesmo caminho. Porém, uma vez que as tendências sociais, econômicas e tecnológicas subjacentes à crise do patriarcalismo encontram-se presentes em todo o mundo, parece plausível concluir que a maioria das sociedades terá de construir, ou substituir, suas instituições patriarcais de acordo com as condições específicas de sua própria cultura e história.⁹⁰

É também, no século XX, que o direito das mulheres começa a se desenvolver no Brasil, a partir do processo de importação cultural da elite nacional.⁹¹

Segundo Sílvia PIMENTEL,

Grande número de leis brasileiras são transplantes das legislações europeia ou americana. Historicamente, o fato se liga à condição colonial do Brasil. Faltando no país escolas especializadas, grande parte dos filhos de brasileiros importantes e ilustres estudava fora do Brasil, e, ao voltar, trazia uma bagagem cultural que nada tinha a ver com a grande maioria dos problemas da realidade sub-desenvolvida brasileira.

⁸⁹ MONTEIRO, Dulcinéia da Mata Ribeiro. **Mulher: Feminino Plural**. Mitologia, História e Psicanálise. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1998. p. 67.

⁹⁰ CASTELLS, Manuel. **O Poder da...** Op. cit., p.257-258.

⁹¹ De um modo geral, as relações sociais na seara familiar começaram a se alterar com a vinda dos imigrantes europeus. Segundo destaca Rosana Amara GIRARDI FACHIN, “a família mergulhada nesse contexto, por vezes se fechava nos costumes de sua nação de origem, negando contato e a miscigenação com outros grupos, e em outras situações assumia uma espécie de cultura compartilhada com os demais elementos da comunidade, o que acabava por conferir, na adoção de costumes e hábitos comum, uma certa identidade regional.” GIRARDI FACHIN, Rosana Amara. **Em Busca da Família...** Op. cit., p. 51.

Essa dependência cultural (além da econômica e da política) influencia significativamente o desenvolvimento de todo o Direito brasileiro, e, especialmente, os direitos relativos à mulher.⁹²

Não é sem razão que a Constituição Federal de 1934 foi o primeiro documento constitucional a declarar a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de gênero, trazendo nova interpretação à legislação da época, a qual legitimava a supremacia do membro patriarcal⁹³.

Mais adiante, sobre a influência dos movimentos feministas globais para o Brasil, pondera Claudia Maria NICHING que:

O movimento feminista então propõe que as pessoas não fiquem presas em conceitos pré-estabelecidos pela sociedade, a qual estabelece papéis estanques para homens e mulheres, mas que cada um busque sua própria identidade, levando em consideração a igualdade entre os gêneros. Nas décadas de 1960 e 1970, impulsionados pelos movimentos estudantis ocorridos na França, pela liberação sexual pretendida pelo movimento hippie, mudanças nas relações amorosas, uso da pílula anticoncepcional, um novo feminismo é proposto em diversos países.⁹⁴

⁹² PIMENTEL, Sílvia. **Evolução dos Direitos...** Op. cit., p. 14.

⁹³ Sobre o cenário social criado pelo código civil de 1916, descrevem Marina MALUF e Maria Lucia MOTT que “vários preceitos do Código Civil de 1916 sacramentavam a inferioridade da mulher casada ao marido. Ao homem, chefe da sociedade conjugal, cabia a representação legal da família, a administração dos bens comuns do casal e dos particulares da esposa segundo o regime matrimonial adotado, o direito de fixar ou mudar o local de domicílio da família. Ou seja, a nova ordem jurídica incorporava e legalizava o modelo que concebia a mulher como dependente e subordinada ao homem, e este, como senhor da ação.” MALUF, Marina; MOTT, Maria Lúcia. *Recônditos do Mundo Feminino*. In: NOVAIS, Fernando A. (coord.); Sevcenko, Nicolau (Org.). **História da...** Op. cit., p. 375.

⁹⁴ NICHING, Claudia Regina. Os Movimentos Feministas e as mudanças no Direito de Família. In: **Anais do Seminário Internacional Fazendo Gênero 7: Gênero e Preconceitos – Universidade Federal de Santa Catarina**. ago/2006. Disponível em: <http://www.fazendogenero.ufsc.br/7/artigos/C/Claudia_Regina_Nichnig_40.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2013. p. 03.

No caso brasileiro, uma das primeiras grandes conquistas femininas adveio com o “Estatuto da Mulher Casada”⁹⁵ – Lei nº 4.121 de 27 de agosto de 1962 –, que, segundo Maria Helena DINIZ,

(a) outorgava à mulher a condição de colaboradora do marido, que ainda mantinha a chefia na direção material e moral da família, tendo em vista o interesse comum do casal e dos filhos; (b) estabelecia o exercício conjunto do pátrio poder; (c) conferia à mulher o direito de colaborar na administração do patrimônio comum; (d) autorizava a mulher a exercer a profissão que quisesse; (e) dava à mulher que exercesse profissão fora do lar autonomia econômica e franqueava-lhe constituir um patrimônio reservado, livremente administrado por ela, permitindo-lhe dispor, como bem entendesse, do produto de seu trabalho, podendo até defender a sua parte, no acervo comum, contra credores do marido; (f) permitia que a mulher escolhesse o domicílio conjugal de acordo com o marido; (g) determinava que a mulher não necessitava da autorização marital para praticar atos que o marido sem a sua outorga pudesse realizar; (h) dispunha que a mulher, qualquer que fosse o regime de bens, concorria para o sustento da família; (i) prescrevia que a mulher podia administrar os bens dos filhos, se assim fosse deliberado pelo casal.⁹⁶

Mais adiante, “já na década de 1970, a companheira adquire o direito de uso do nome de família do companheiro, por meio da Lei 6.015, de 1973.”⁹⁷ Fato este que marca o início do reconhecimento legislativo das uniões estáveis enquanto instituição protetora da mulher concubina.

Para Rosana Amara GIRARDI FACHIN, “a família do século XX foi marcada pela insurgência da atividade profissional da mulher, que se intensificou a partir do movimento feminista da década de sessenta e pelo

⁹⁵ BRASIL. **Lei nº 4.121, de 27 de Agosto de 1962.** Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14121.htm>. Acesso em: 24 dez. 2012.

⁹⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.** v.5. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 20-21.

⁹⁷ NICHING, Claudia Regina. Os Movimentos Feministas e as mudanças no Direito de Família. In: **Anais do Seminário...** Op. cit., p. 02.

ímpeto “modernista” da sociedade brasileira, decorrente do aumento da industrialização e urbanização.”⁹⁸

No mesmo sentido, Claudia Regina NICHING sustenta que:

Frente ao novo modelo de família que é construído a partir da urbanização ocorrida no final do século XIX e início do Século XX, permitiu-se a criação de oportunidades de emprego e de ascensão social, anteriormente limitada ao casamento. O processo de urbanização e industrialização do Brasil fez com que fossem criados diferentes tipos de entidades familiares, fora do alcance dos cartórios e da observação da sociedade. Além disso, a família dita “irregular” era o constante, sendo que o casamento civil foi gradativamente imposto pela sociedade como o correto e desejado.⁹⁹

Entretanto, o processo de integração das mulheres no mercado de trabalho não implicou em sua total inclusão social, ou no reconhecimento de sua igualdade material¹⁰⁰. Houve apenas, o reconhecimento político de sua igualdade, cuja realidade social não acompanhou, fato ainda almejado com a Constituição da República de 1988.¹⁰¹

O desabrochar desta nova personalidade feminina independente e desvinculada da finalidade reprodutiva, desvencilha a mulher de sua “funcionalidade” matrimonial, e seu liberalismo sexual acentua o debate das relações afetivas entre homens e mulheres não reguladas pelo matrimônio

⁹⁸ GIRARDI FACHIN, Rosana Amara. **Em Busca da Família...** Op. cit., p. 54.

⁹⁹ NICHING, Claudia Regina. Os Movimentos Feministas e as mudanças no Direito de Família. In: **Anais do Seminário Internacional...** Op. cit., p.03.

¹⁰⁰ “A explicitação dos aspectos sociológicos evidencia o fato de que o *Direito* não segue o *social* de maneira regular, mas que, frequentemente, existe defasagem entre eles. Parece que essa defasagem poderia ser, se não evitada, pelo menos diminuída, se a realidade social fosse efetivamente levada em consideração pelo jurista, e, especialmente, pelo legislador.” PIMENTEL, Sílvia. **Evolução dos Direitos...** Op. cit., p. 96.

¹⁰¹ Segundo Rosana Amara GIRARDI FACHIN, “A ruptura do modelo codificado privatista foi apenas muito lentamente assumindo novos contornos mediante a edição de diversas leis extravagantes de modo a adequar o Direito à evolução social até chegar à Constituição. GIRARDI FACHIN, Rosana Amara. **Em Busca da Família...** Op. cit., p. 55.

estatal e religioso, para além da leitura binária entre o que é lícito e ilícito, moral e imoral, virtude e pecado.¹⁰²

¹⁰² “Traçadas as linhas da ‘conduta decente’, os promotores da moral e da ordem classificam como ilícita toda e qualquer relação entre homens e mulheres que se firmasse fora do contrato matrimonial. Em nome de uma ligação de amor que fundisse existências, e não somente sexos, o amor na mancebia foi transformado em objeto de intervenção. Amor degenerado, espectro de amor, imitação de amor: esses eram os termos dos discursos que pretendiam regular as uniões consensuais. Na obra anônima *O problema sexual*, escrita em 1913 (assinada apenas por ‘Leitura Reservada’, e prefaciada por Ruy Barboza e pelo escritor Coelho Neto), o leitor encontrará certezas como a que ‘no concubinato dissipam-se sensações de que temos necessidade para o casamento, para as grandes ações da nossa existência, para reacender a chama da vida’, em razão de que todas as ‘forças das nossas faculdades amatorias’ devem ser reservadas para ‘aquele amor’, pois é muito longa a vida ‘para ser suportável com um amor valetudinário’. MALUF, Marina; MOTT, Maria Lúcia. *Recônditos do Mundo Feminino*. In: NOVAIS, Fernando A. (coord.); Sevcenko, Nicolau (Org.). **História da Vida...** Op. cit., p. 387-388.

2. APONTAMENTOS SOBRE A CODIFICAÇÃO DO DIREITO MODERNO E A PLURALIZAÇÃO DAS FONTES NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Inegável é que a “história é fundamental para a compreensão da sociedade, do Direito e do homem”¹⁰³, pois, “com o evoluir do tempo, as ideias e o próprio direito vão se desenvolvendo, de acordo com os movimentos sociais”¹⁰⁴.

No caso do estudo sobre a formação dos direitos humanos fundamentais, dado ao seu caráter nuclear¹⁰⁵ do ordenamento jurídico, cumpre-se resgatar os fenômenos sociais que, de sobremaneira, influenciaram reinterpretando dos atuais direitos humanos fundamentais, muito distinta dos movimentos que levaram à sua positivação.

O Direito Constitucional não nasceu plural, menos ainda o Direito de Família¹⁰⁶. No entanto, para compreender a pluralização dos arranjos familiares alcançada com a Constituição de 1988, imperioso é identificar os efeitos que os movimentos sociais impactaram nas estruturas normativas preexistentes, que legitimaram o Estado¹⁰⁷ a conceituar o que é “família”, e

¹⁰³ MALISKA, Marcos Augusto. **Introdução à Sociologia do Direito de Eugen Ehrlich**. Curitiba, Juruá, 2001. p. 27.

¹⁰⁴ FACHIN, Melina Girardi. **Direitos Humanos e Fundamentais: do discurso à prática efetiva: um olhar por meio da literatura**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2007. p. 63.

¹⁰⁵ PÉREZ LUÑO, António Enrique. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 2004. p. 45.

¹⁰⁶ GIRARDI FACHIN, Rosana Amara. **Em Busca da Família...** Op. cit., p. 07.

¹⁰⁷ Ao comentar o surgimento do Estado Moderno, Antonio Carlos WOLKMER pondera que: “Não há dúvida de que se deve reconhecer, quanto à produção jurídica, num primeiro momento, a existência de um pluralismo normativo das corporações em cujos marcos ocorre uma justiça administrada em tribunais criados pelo senhor feudal e pelo proprietário nominal da terra. Posteriormente, em face das exigências de regulamentação e controle da nova ordem social econômica mercantilista e de proteção aos intentos imediatos da nascente burguesia comercial, a antiga estrutura descentralizada de produção jurídica é sucedida pela consolidação mais genérica, sistemática e unitária de um Direito Mercantil”. WOLKMER. Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico...** Op. cit., p. 28.

impor este conceito de modo universal, a todo gênero humano compreendido na sua generalidade cultural¹⁰⁸.

2.1 A Formação dos Direitos Humanos Fundamentais: a Uniformização Humana pelo Direito Estatal.

Certo é que a concepção filosófica sobre os direitos do homem remonta a antiguidade¹⁰⁹, especialmente o período estóico¹¹⁰. No entanto, foi na doutrina “jusnaturalista-cristã”¹¹¹ que a ideia da dignidade da pessoa humana – núcleo estrutural dos direitos humanos e fundamentais – se desenvolveu conforme a visão contemporânea.

Sidney GUERRA narra que foi na doutrina cristã, sob a influência do preceito de que “o homem foi criado à imagem de Deus”, é que se estabelece um “vínculo entre o indivíduo e a divindade.”¹¹² E, conseqüentemente, sob a

¹⁰⁸ “Uma alternativa é definir a cultura, desde o início, como um conjunto único, total e indivisível de significados e instrumentos simbolizados, atribuível apenas à humanidade em seu todo. Assim, de acordo com Leslie A. White, ‘a cultura da espécie humana é na realidade um sistema único, singular; todas as chamadas culturas são apenas porções distinguíveis de um só tecido’. Rober H. Lowie tem uma visão semelhante: ‘Uma cultura específica é uma abstração, um fragmento arbitrariamente selecionado. ... Há somente uma realidade cultural que não é artificial, ou seja, a cultura de toda a humanidade em todos os períodos e em todos os lugares.’ BAUMAN, Zygmunt. **Ensaio sobre o Conceito...** Op. cit., p. 134.

¹⁰⁹ GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos...** Op. cit., p. 85-93. Igualmente, FACHIN, Melina Girardi. **Fundamentos dos Direitos Humanos: Teoria e práxis na cultura da tolerância.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 21-36.

¹¹⁰ Para uma análise dos valores nucleares do estoicismo, Cf. KARVAT, Thaysa Prado. **Cosmopolitismo, Constituição e Estado Pós-Nacional.** Curitiba, 2010. 205 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia) – Núcleo de Ciências Jurídicas, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil. p. 20-27.

¹¹¹ KROHLING, Aloísio. **Direitos Humanos...** Op. cit., p. 47.

¹¹² GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos...** Op. cit., p. 88.

conclusão de São Tomas de Aquino, a dignidade do homem decorre do fato dele ser a imagem de seu Criador¹¹³.

Segundo descreve Melina Girardi FACHIN,

Influenciados pelos ideais cristãos, ‘foi sobre a concepção medieval de pessoa que se iniciou a elaboração do princípio da igualdade essencial de todo o ser humano’, não obstante as suas diferenças étnicas, biológicas e culturais.

(...) infere-se que o pensamento cristão foi fundante para o desenvolvimento das ideias acerca dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. É por meio desse conjunto de ideias cristãs – todos os indivíduos iguais em essência – que se inaugura o substrato moralmente forte da ideia de direitos humanos universais.¹¹⁴

A motivação dos ideais de liberdade e individualismo, típicos do pensamento filosófico Iluminista¹¹⁵, desenvolvidos ao longo século XVIII, ou

¹¹³ “(...) o estudo de São Tomás de Aquino sofre influencia do pensamento de Aristóteles, onde ele elabora uma síntese do pensamento cristão sobre a pessoa humana. O pensamento de Aquino está centrado no próprio conceito de pessoa e, portanto, ‘a dignidade do homem decorre do fato de ele ser a imagem de Deus’. Por tal motivo, decorre da filosofia tomista que a pessoa é um fim em si mesmo, nunca em um meio. As coisas são meios e estão ordenadas às pessoas, a seu serviço; porém, as pessoas, ainda que se ordenem, de certo modo, umas às outras, nunca estão entre si numa relação de meio e fim. Pelo contrário, merecem respeito absoluto e não devem ser instrumentalizadas nunca. São criaturas imediatas de Deus, imagens suas, consistindo nisso a nobreza e as características da pessoa.” Ibidem. p. 89.

¹¹⁴ FACHIN, Melina Girardi. **Fundamentos dos Direitos...** Op. cit., p. 32; 32-33.

¹¹⁵ “O pensamento iluminista abraçou a ideia de progresso e buscou ativamente a ruptura com história e a tradição esposada pela modernidade. Foi, sobretudo, um movimento secular que procurou desmistificar e dessacralizar o conhecimento e a organização social para libertar os seres humanos de seus grilhões. Ele levou a injunção de Alexander Pope de que ‘o estudo próprio da humanidade é o homem’ muito a sério. Na medida em que ele também saudava a criatividade humana, a descoberta científica e a busca pela excelência individual em nome do progresso humano, os pensadores iluministas acolheram o turbilhão da mudança e viram a transitoriedade, o fugidio e o fragmentário como condição necessária por meio da qual o projeto modernizador poderia ser realizado. Abundavam doutrinas de igualdade, liberdade, fé na inteligência humana (uma vez permitidos os benefícios da educação) e razão universal.” HARVEY, David. **Condição Pós-Moderna: Uma Pesquisa sobre as Origens da Mudança Cultural.** SOBRAL, Adail Ubirajara; GONÇALVES, Maria Stela (trads.). 17. ed. São Paulo: Loyola, 2008. p. 23.

seja, já em crise¹¹⁶, aliados à combinação entre o sentimento de opressão experimentado pela grande camada da população que era vítima das arbitrariedades do monarca, bem como a crise econômico-social representada pela nobreza, eclodiu na Revolução Francesa de 1789, que veio a ser o marco inicial do processo normativo que deu origem ao surgimento dos Direitos Fundamentais positivos, instrumentalizados pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão

Todavia, embora se fale em direitos do cidadão, não se pode considerar ainda que tais direitos tenham sido horizontalizados a toda humanidade. Segundo destaca Aloísio KROHLING, os direitos dispostos neste documentos não foram amplamente dirigidos às mulheres da época, ainda submissas a figura patriarcal.

Em muitas obras se coloca que o maior avanço dos direitos humanos se deu na Revolução Francesa, pois se exigiam direitos políticos do cidadão e se apregoava a resistência do cidadão ao possível retorno da tirania. Mas isso não ocorreu em relação aos direitos das mulheres, que aproveitaram o clima revolucionário para reivindicar a mudança da situação injusta de inferioridade em relação aos homens. Elas sustentavam que os direitos conquistados na revolução deveriam alcançar ambos os sexos, pois eram direitos humanos dos cidadãos homens e cidadãs mulheres. Diante dessas manifestações, surge a figura da escritora Olympe Gouges, que redigiu e publicou uma Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã, calcada na declaração de 1789. No entanto, no mesmo ano ela foi guilhotinada, e as associações femininas são proibidas na França.¹¹⁷

¹¹⁶ Sobre a crise do sistema feudal, Antonio Carlos WOLKMER descreve que: “Sem a pretensão de oferecer aqui uma síntese exaustiva do modelo feudal, dir-se-á, tão somente, que entre os séculos XI e XV começa na Europa Ocidental a lenta desagregação do Feudalismo, motivada por sucessivas crises na esfera de formação social, do modo de produção de riqueza e da organização político-institucional. Tais manifestações são predominantes na transição da economia agrário-senhorial para uma economia mercantil-assalariada. (...) À medida que se esgota o Feudalismo, instaura-se o Capitalismo como novo modelo de desenvolvimento econômico e social em que o capital é o instrumento fundamental de produção material.” WOLKMER. Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico...** Op. cit., p. 28-29.

¹¹⁷ KROHLING, Aloísio. **Direitos Humanos...** Op. cit., p. 47.

Materialmente, os direitos consagrados neste primeiro momento do constitucionalismo caracterizam-se por seu conteúdo de defesa, bem como pelas garantias e liberdades dos indivíduos, especialmente em oposição aos abusos do Estado¹¹⁸ ou dos detentores do poder estatal, indistintamente¹¹⁹.

Sobre a referida gama de direitos, Paulo BONAVIDES afirma que “os direitos da primeira geração ou os direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é o seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”¹²⁰. No mesmo sentido, Estefânia Maria de Queiroz BARBOZA sintetiza que: “percebe-se que nesse período das Revoluções há uma valorização ao direito natural e à razão, no sentido de que todos os homens são criados iguais e têm certos direitos naturais, como o direito à propriedade, à liberdade, à vida.

¹¹⁸ FACHIN, Melina Girardi. **Fundamentos dos Direitos...** Op. cit., p. 46.

¹¹⁹ Não se nega a existência de documentos anteriores à Declaração de Direitos do Estado da Virgínia de 1776 e a Declaração Francesa de 1789, que tratavam da proteção do indivíduo em face do Estado Monarca (*Magna Carta Libertatum*, de 1215, *Petition of Rights*, de 1628, *Habeas Corpus Act*, de 1679, e *Bill of Rights*, de 1689). Todavia, tais documentos não se coadunam com os preceitos inerentes ao Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais, especificamente quanto ao princípio da isonomia e o princípio da universalidade. Neste sentido: PAUL, Ana Carolina Lobo Gluck. **Colisão entre Direitos Fundamentais**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/15159/public/15159-15160-1-PB.pdf>>. Acesso em: 25 dez. 2009. Ademais, conforme descreve Fabio Konder COMPARATO, a submissão da Coroa inglesa ao Parlamento, até a promulgação do *Bill of Rights*, em 1689, não teve o condão de assegurar a devida segurança jurídica, tendo em vista que a qualquer momento tal documento poderia ser anulado ou alterado pelo Rei, tal como ocorreu com o Édito de Nantes em 1598. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 95; Não se nega o sistema inglês e o sistema norte-americano de surgimento e positivação dos Direitos Fundamentais, mas opta-se pelo sistema francês pela característica típica da sua declaração, a todo o gênero humano, geral e abstratamente, de seus direitos. Também, Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 76.

¹²⁰ BONAVIDES. Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 563-564.

Assim, a função do governo passa a ser a de reconhecer e proteger estes direitos e assegurar a equidade entre os homens.”¹²¹

Entretanto, a proteção da liberdade dos indivíduos em relação ao Estado e sua igualdade teórica ocorreu tão somente pela via Legislativa, mediante o processo de codificação das leis aprovadas pelo Parlamento.

Dessarte, José Martínes de PISON sustenta que: “*Respecto al principio de igualdad, como se sabe, los redactores de la Declaración tenían en mente una concepción formal de la misma que traspasaba el umbral de la igualdad jurídica o igualdad ante la ley. El art. dice claramente que ‘los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos’.* (...)”¹²²

Segundo a análise de Estefânia Maria de Queiroz BARBOZA,

(...) na França, a codificação foi concebida com um instrumento privilegiado para promover a reorganização do direito, com o objetivo de facilitar o acesso ao direito, reunindo diversas normas num texto único. Ou seja, buscava-se, através da codificação, tornar o direito mais conhecido da população e deste modo garantir a segurança jurídica de modo mais abrangente. O direito deveria ser conhecido por todos e a codificação faria este papel.¹²³

¹²¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis...* Op. cit., p. 53.

¹²² PISON, José Martínes de. *Derechos Humanos: historia, fundamento y realidad*. Zaragoza: Egido Universidad. 1997. p. 82. “Em relação ao princípio da igualdade, como é conhecido, os redatores da Declaração tinham em mente uma concepção formal do mesmo, que cruzou o limiar da igualdade jurídica ou igualdade perante a lei. O artigo afirma claramente que ‘os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos.’” (Tradução Livre)

¹²³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis...* Op. cit., p. 56-57.

De fato, somente a partir do fenômeno da positivação/codificação é que a dignidade da pessoa humana assumiu a “universalidade presumida”¹²⁴ oponível a todo gênero humano¹²⁵.

Conforme descreve Tercio Sampaio FERRAZ JUNIOR sobre a codificação inaugurada pela Carta de direitos francesa:

No sentido sociológico, positivação é um fenômeno que naquele século será representado pela crescente importância da lei votada pelos parlamentos como fonte do direito. O Antigo Regime caracterizara-se pelo enfraquecimento da Justiça, cuja dependência política se projetava no arbítrio das decisões. A crítica dos pensadores iluministas e a necessidade de segurança da sociedade burguesa passou, então, a exigir a valorização dos preceitos legais no julgamento dos fatos. Daí se originou um respeito quase mítico pela lei, base então, para a poderosa escola da Exegese, de grande influência nos países em que dominou o espírito napoleônico. A redução do jurídico ao legal foi crescendo durante o século XIX, até culminar no chamado legalismo¹²⁶

Eis porque se aponta o surgimento dos direitos fundamentais e o surgimento dos direitos humanos nas declarações de direitos da Virgínia e francesa.¹²⁷ Afinal, a ideia de igualdade entre os indivíduos se apoiou na

¹²⁴ FACHIN, Melina Girardi. **Fundamentos dos Direitos...** Op. cit., p. 42.

¹²⁵ Conforme o artigo 1º da Declaração francesa: “*Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune.*” FRANCE. **Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.** Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789.5076.html>>. Acesso em: 05 jan. 2012. “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.” (Tradução Livre)

¹²⁶ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito:** técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996. p. 75.

¹²⁷ FACHIN, Melina Girardi. **Fundamentos dos Direitos...** Op. cit., p. 43.

codificação¹²⁸ da declaração, já no início de seu artigo primeiro, o qual declarava que: “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. (...)”¹²⁹

Ademais, neste período de formação dos direitos humanos e fundamentais, desenvolveu-se o ideário de plenitude da vontade da lei a partir do objetivo do legislador, uma vez que a “Lei” era desenvolvida nos moldes da democracia representativa do Parlamento¹³⁰, ou seja, representava a vontade da unidade formada pelo povo, vinculando-se sua aplicação indistinta nos

¹²⁸ “Uma característica comum do positivismo jurídico é a preocupação de identificar o que torna uma regra válida. A questão da validade é importante porque, uma vez identificada como ‘válida’, uma regra implica consequências. Dentro de um sistema de regras atuante, uma regra válida é aquela que os juízes irão aplicar, e devem aplicar nos casos apropriados; e, no que diz respeito ao sujeito jurídico, essa regra cria uma presunção de que deve ser obedecida. (Uma presunção a favor da obediência não categórica nem inquestionável; desse modo, a crítica moral, como a iniquidade ou a injustiça de uma lei, pode fornecer as bases para a desobediência de uma lei específica). MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito...** Op. cit., p. 444.

¹²⁹ “*Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune.*” FRANCE. **Déclaration des Droits...** Op. cit.

¹³⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica...** Op. cit., p. 141-146.

Tribunais.¹³¹ Este, aliás, é o fundamento do artigo 6º¹³² da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Segundo aponta Antonio Carlos WOLKMER sobre a supremacia da “lei positiva”, em síntese as obras de MARX¹³³, imperou-se a supremacia do Estado enquanto única fonte de produção jurídica¹³⁴, especialmente porque a lei legitimava a manutenção do sistema de exploração do indivíduo, inaugurada pelo modo de produção capitalista.¹³⁵

¹³¹ Segundo descreve Luiz Guilherme MARINONI: “Para a Revolução Francesa, a lei seria indispensável para a realização da liberdade e da igualdade. Por esse motivo, entendeu-se que a certeza jurídica seria igualmente indispensável diante das decisões judiciais, uma vez que, caso os juízes pudessem produzir decisões destoantes da lei, os próprios propósitos revolucionários estariam perdidos ou seriam inalcançáveis. Assim, manter o juiz preso à lei seria sinônimo de segurança jurídica. o próprio Montesquieu fez coro pela segurança jurídica fundada na estrita aplicação da lei quando disse que, se os julgamentos ‘fossem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos’. Essa passagem da doutrina de Montesquieu, segundo adverte Giovanni Tarello, evidencia uma ideologia que sugere que a liberdade política, entendida como segurança psicológica do indivíduo, realiza-se através da certeza do direito. a certeza do direito estaria na impossibilidade de o juiz interpretar a lei, ou, melhor dizendo, na própria lei. O ponto tem enorme relevância. Note-se que o *civil law* não apenas imaginou, utopicamente, que o juiz apenas atuaria na vontade da lei, como ainda supôs que, em virtude da certeza jurídica que daí decorreria, o cidadão não teria segurança ou previsibilidade no trato das relações sociais. Mais, imaginou que a lei seria o suficiente para garantir a igualdade dos cidadãos.” MARINONI. Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2. ed. rev. atual. São Paulo : RT, 2011. p. 62-63.

¹³² “La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents.” *FRANCE. Déclaration des Droits...* Op. cit., “A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de seus representantes, na sua formação. Ele deve ser o mesmo para todos, se protege ou pune. Todos os cidadãos, sendo iguais a seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares públicos e empregos, de acordo com a sua capacidade e sem outra distinção que não seja de suas virtudes e talentos.” (Tradução Livre)

¹³³ WOLKMER. Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico...** Op. cit., p. 31-34.

¹³⁴ Já dizia o artigo 3º da Declaração que: “O princípio de toda a soberania reside, essencialmente, na nação. Nenhum corpo, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente.” “*Le principe de toute Souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément.*” *FRANCE. Déclaration des Droits...* Op. cit.

¹³⁵ WOLKMER. Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico...** Op. cit., p. 40.

Segundo a análise do estado moderno realizada pelo autor, a lei positiva foi utilizada para fundar o sistema de dominação econômica da classe burguesa, por meio da centralização do poder político no Parlamento do qual se tinha representação:

Uma vez configurados os primórdios da sociedade moderna europeia no contexto da economia capitalista, da hegemonia social burguesa e dos fundamentos ideológico-filosóficos liberal-individualistas, ver-se-á que tipo de estrutura político-institucional reproduziu e assegurou a especificidade desses novos interesses. Trata-se da moderna organização estatal de poder, revestida pelo monopólio da força soberana, da centralização, da secularização e da burocracia administrativa. Nesse aspecto, assiste inteira razão a Marx quando pondera que a nascente burguesia necessitava de forte autoridade central que protegesse seus bens, favorecesse seu progresso material e resguardasse sua sobrevivência como classe dominante, reconhecendo o caráter imperioso dessa autoridade. Para tanto, ensina Marx, a burguesia suprime cada vez mais a dispersão dos meios de produção, da propriedade e da população. Aglomerou as populações, centralizou os meios de produção e concentrou a propriedade em poucas mãos. A consequência necessária dessas transformações foi a centralização política. Províncias independentes, apenas ligadas por débeis laços federativos, possuindo interesses, leis, governos e tarifas aduaneiras diferentes, foram reunidas em uma só nação, com um só governo, uma só lei, um só interesse nacional de classe, uma só barreira alfandegária.¹³⁶

Consequentemente, essa universalização dos direitos a partir da imagem do homem liberal-burguês, bem como a centralização do poder

¹³⁶ Idem. p. 40.

político ao Estado¹³⁷, excluindo outras fontes de produção jurídica¹³⁸, foram fundantes para o surgimento de “*minorias*”¹³⁹ sem representação política, alvo

¹³⁷ “Contextualizando o espaço dessa dinâmica histórica, constata-se que, após a Revolução Francesa, a burguesia, ao instalar-se no poder, não só coíbe as formas herdadas de organizações corporativas, como, sobretudo, cria uma moderna instituição burocrática centralizadora (Conselho de Estado) e implementa, mediante o controle do poder estatal, um corpo orgânico de normas abstratas, genéricas e sistematizadoras, visando a constituir um Direito nacional unificado. Ao efetivar a íntima conexão entre a unicidade política revolucionária (vontade geral) e o “Estado de Direito”, configurado na representatividade de um “mandato nacional”, a Revolução Francesa acaba atribuindo uma nova diretriz e um novo conteúdo à instância administrativa, ao mesmo tempo que propicia novas relações de poder imbricados com formas de legalismo centralizado”. WOLKMER. Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico...** Op. cit., p. 52-53.

¹³⁸ Conforme descreve Zygmunt BAUMAN, “(...) a tradição filosófica francesa investiu o Estado-nação da condição de suprema autoridade moral e anunciou a origem fundamentalmente moral de tudo o que é social no indivíduo humano (...) foi apenas lógico, portanto, que se negasse às entidades supranacionais um lugar de direito no sistema sociológico. Elas só poderiam ser admitidas se fossem capazes de garantir sua condição de fontes de autoridade moral. Mas, como vimos, essa fonte já havia sido identificada, por definição, como uma comunidade politicamente organizada”. BAUMAN, Zygmunt. **Ensaio sobre o Conceito...** Op. cit., p. 180-181.

¹³⁹ A ideia de minoria aqui pode ser interpretada antagonicamente ao que Ronald DWORKIN se refere à ideia de “maioria moral.” DWORKIN, Ronald. **A Virtude soberana: teoria e prática da igualdade.** SIMÕES, Jussara (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 645.

da “homogeneização”¹⁴⁰ de valores culturais no recém desenvolvido *constitucionalismo* da Era Moderna.¹⁴¹

Eis aqui o início da crise da concepção individualista em torno da qual se estruturou o universalismo dos direitos humanos fundamentais.

Inegável é que “a regra formal de liberdade não é suficiente para garantir a felicidade dos indivíduos e a prosperidade das nações”¹⁴², bem como é inegável que esta visão apenas serviu “para aumentar a agressividade e acirrar antagonismos, agravar as formas de opressão e instalar as diferenças injustas”¹⁴³ na sociedade liberal.

No mesmo sentido, pondera Carmem Lucia Silveira RAMOS que:

A igualdade, fundada na ideia abstrata de pessoa, partindo de um pressuposto meramente formal, baseado na autonomia da vontade, e na iniciativa privada, no entanto, veio acompanhada de um paradoxo, que traduz uma consequência do modelo liberal-burguês adotado: a prevalência

¹⁴⁰ “Os sistemas de desigualdade e exclusão nos quais a Sociedade se enreda quotidianamente são frutos de complexas teias de poder, pelas quais grupos hegemônicos constroem e impõem costumes, linguagens, tradições, ideologias e crenças que implicam a rejeição de tudo o que lhes oponha. Esse é um processo histórico de hierarquização e homogeneização, segundo o qual uma cultura, por via de um discurso de verdade (importância da superação do paradigma da modernidade) define critérios universais, sendo que tudo que vai além é considerado transgressão. É a partir dessas regras que todos os grupos sociais que não se enquadram no perfil traçado são empurrados para a imagem da heterotopia. E a consagração dos direitos humanos, na forma como foram propostos, não foi meio suficiente para proteger minorias” RIBAS, Giovanna Paola Primor. *Multiculturalismo e Direitos Humanos sob a Ótica da Teoria da Tradução de Boaventura de Souza Santos*. In. PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi. **Direitos Humanos**. v.1. Curitiba: Juruá, 2011. p. 411-428. p. 414.

¹⁴¹ Ao comentar o processo de constitucionalização da modernidade, Marcelo NEVES descreve que a sociedade se tornou multicêntrica; policontextual: “isso significa, em primeiro lugar, que a diferença entre sistema e ambiente desenvolve-se em diversos âmbitos de comunicação, de tal maneira que se afirmam distintas pretensões contrapostas de autonomia sistêmica. E, em segundo lugar, na medida em que toda diferença se torna ‘centro do mundo’, a policontextualidade implica uma pluralidade de auto descrições da sociedade, levando à formação de diversas racionalidades parciais conflitantes.” NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo...** Op. cit., p. 22-23.

¹⁴² VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 3. ed., Coimbra: Almedina, 2004. p. 248.

¹⁴³ Idem.

dos valores relativos à apropriação de bens sobre o ser, impedindo a efetiva valorização da dignidade da pessoa humana, o respeito à justiça e à igualdade material ou substancial.¹⁴⁴

De fato, a isonomia universal positivada nas Cartas de Direitos Liberais “não passava de um valor formal”¹⁴⁵, e o ideário Liberal não logrou êxito em instituir uma sociedade igualitária, outrora idealizada.

Isto porque, o processo de industrialização¹⁴⁶ trouxe a seletos indivíduos um quadro de bem-estar, evidenciando ainda mais a segregação social entre os detentores do poder industrial e o grande grupo formado pelos proletariados, que acabaram vitimados à exploração trabalhista, decorrente da inexistência de limitação à liberdade contratual.

A partir deste cenário de desigualdade, houve o chamamento do Estado para interferir na esfera social com o fim de garantir os direitos antes e ainda almejados pela sociedade, por meio da prestação¹⁴⁷ de outros direitos, sendo estes os chamados direitos econômicos, sociais e culturais, ou direitos

¹⁴⁴ RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar: 1998. p.03-29. p. 05.

¹⁴⁵ PUCCINELLI JÚNIOR, André. **A Omissão Legislativa Inconstitucional e a Responsabilidade do Estado Legislador**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 22.

¹⁴⁶ Neste sentido, André PUCCINELLI JÚNIOR: “O cisma econômico, agravado com a Revolução Industrial, colocou, frente a frente, o grande industrial e o proletariado, sobretudo após a divulgação do Manifesto Comunista de Karl Marx e Friedrich Engels, síntese da doutrina socialista e pertinaz crítica à ‘ilusão constitucional’ dos regimes liberais”. Idem. p. 22.

¹⁴⁷ Neste sentido, Paulo Henrique RIBAS afirma que “os direitos de segunda dimensão, ao contrário dos direitos civis e políticos, não são consagrados somente com o intuito de limitar o poder do Estado nas liberdades dos indivíduos, mais que isso, exigem uma atuação estatal positiva, voltada a todos os que dela necessitem, a fim de conferir igualdade e liberdade não somente no campo formal, mas essencialmente no campo material”. RIBAS, Paulo Henrique. **O Papel do Estado na Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais Mediante a Prestação de Serviços Públicos**. Curitiba, 2007. 172 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1058>. Acesso em: 06 jan. 2013. p. 33-34.

fundamentais de segunda dimensão. Sobre o surgimento dos direitos sociais, leciona Ingo Wolfgang SARLET que:

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a construção de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social¹⁴⁸

No que toca ao século XX, após a primeira crise do capitalismo após a I Guerra Mundial, acentuou-se a intervenção do Estado na economia e na vida privada. Conforme descreve Safira Orçatto Merelles do PRADO, “o Estado de Bem Estar caracterizou-se pela intervenção na economia, assumindo funções que até então eram prestadas pela iniciativa privada. Na área social, passou a prestar serviços públicos de forma direta e em sua concepção protecionista, a regulamentação aumentou continuamente”¹⁴⁹.

É correto afirmar, portanto, que os direitos sociais surgiram como instrumentos para a efetivação do direito à dignidade da pessoa humana, uma vez que, nas palavras do Joaquim José Gomes CANOTILHO, os direitos sociais são pressupostos para a existência efetiva dos Direitos Fundamentais, veja-se:

Os direitos económicos, sociais e culturais e respectiva proteção andam estreitamente associados a um conjunto de condições – económicas, sociais e culturais – que a moderna doutrina dos direitos fundamentais designa por pressupostos de direitos fundamentais. Consideram-se pressupostos

¹⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 49.

¹⁴⁹ PRADO, Safira Orçatto Merelles do. **O Controle Judicial dos Serviços Públicos sob a Perspectiva de Concretização de Direitos Fundamentais**. Curitiba, 2007. 171 f. Dissertação (Mestrado em Direito). – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/1884/11566/1/controle%20judicial%20-%20safira%20prado.pdf>>. Acesso em 05 jan. 2013. p. 52.

de direitos fundamentais: a multiplicidade de factores – capacidade económica do Estado, clima espiritual da sociedade, estilo de vida, distribuição de bens, nível de ensino, desenvolvimento económico, criatividade cultural, convenções sociais, ética filosófica ou religiosa – que condicionam, de forma positiva e negativa, a existência e proteção dos direitos económicos, sociais e culturais. Estes pressupostos são pressupostos de todos os direitos fundamentais. Alguns deles, porém, como os da distribuição dos bens e da riqueza, o desenvolvimento económico e o nível de ensino, têm aqui particular relevância. Mais do que noutros domínios os Realien (os ‘dados reais’) condicionam decisivamente o regime jurídico-constitucional do estatuto positivo dos cidadãos. (...) Assim, a concepção da dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento da personalidade pode estar na origem de uma política de realização de direitos sociais activa e comprometida ou de uma política quietista e resignada consoante se considere que, abaixo de um certo nível de bem-estar material, social, de aprendizagem e de educação, as pessoas não podem tomar parte na sociedade como cidadãos, e muito menos, como cidadãos iguais, ou se entenda que a ‘cidadania social’ é basicamente uma ‘conquista individual’¹⁵⁰

Em suma, sem a existência de um determinado nível de desenvolvimento social, não é possível que os indivíduos tomem parte na sociedade como iguais, o que resulta na quebra da ideia estrutural da universalidade, eis que, a partir de um princípio de discriminação positiva, nem todos os indivíduos são, efetivamente, iguais.

Nada obstante, o preceito de uma universalização de direitos correlacionados à dignidade da pessoa humana não sucumbiu na pós-modernidade.

Após o final da II Guerra Mundial, a Organização das Nações Unidas, buscaram, por meio da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948,

¹⁵⁰ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 6. reimp. Coimbra: Almedina, 2003. p. 473-474.

constituir um “núcleo fundamental de direitos internacionais do homem”¹⁵¹, aplicável a todas as jurisdições soberanas.¹⁵²

Sobre esta nova universalidade de direitos¹⁵³, Paulo BONAVIDES afirma que:

a nova universalidade procura, enfim, subjetivar de forma concreta e positiva os direitos da tríplice geração na titularidade de um indivíduo que antes de ser o homem deste ou daquele país, de uma sociedade desenvolvida ou subdesenvolvida, é pela sua condição de pessoa um ente qualificado por sua pertinência ao gênero humano, objeto daquela universalidade¹⁵⁴.

Por outro lado, esta abertura¹⁵⁵ do sistema normativo de proteção do homem marca um significativo enfraquecimento do monismo jurídico estatal¹⁵⁶, pois, o reconhecimento da normatividade de um documento internacional

¹⁵¹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Direitos Fundamentais...** Op. cit., p. 26.

¹⁵² “A afirmação dos direitos humanos no âmbito internacional ganha forma após a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, proferida pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, e que consiste na proteção não só dos direitos civis e políticos, pois contempla também a preservação dos direitos econômicos sociais e culturais”. RICOBOM, Gisele. A Proteção dos Direitos Humanos nas Nações Unidas e o Direito de Ingerência. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. (Coords.). **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 295-306. p. 295.

¹⁵³ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos: desafios da ordem internacional contemporânea. In: _____ **Direitos Humanos**. v.1. Curitiba: Juruá, 2011. p. 15-37. p. 18-19.

¹⁵⁴ BONAVIDES. Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 574.

¹⁵⁵ FACHIN, Melina Girardi. **Fundamentos dos Direitos...** Op. cit., p. 69.

¹⁵⁶ Sobre a normatividade dos Direitos Humanos, Friedrich MÜLLER, já ponderou que “a Declaração Universal de 1945 tinha caráter de diretriz não-vinculante. Ela é vista, porém, atualmente, por muitos, como Carta de *standards* reconhecidos, isto é, como direito internacional consuetudinário vinculante. No entanto, isto pressupõe uma prática estatal baseada nesta convicção; falando em termos práticos, que o Estado criticado a reconheça como norma vinculante”. MÜLLER, Friedrich. Teoria e Interpretação dos Direitos Humanos Nacionais e Internacionais – Especialmente na Ótica da Teoria Estruturante do Direito. DIMOULIS, Dimitri; FERREIRA, Viviane Geraltes (Trad.). In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. (Coords.). **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 45-52. p. 49.

significa dizer que o sistema normativo se abre ao dualismo e a pluralidade de fontes normativas, ainda que em perspectiva nacional-internacional.

2.2 A Constitucionalização das Inúmeras Fontes do Direito Civil em 1988

Claramente, a partir da promulgação da Constituição em 1988, o sistema constitucional não mais se identificou como um sistema fechado, cujo critério de validade de normas e das relações sociais é vinculado à subsunção destas às interpretações pré-constituídas sobre as normas positivadas.

A abertura das fontes do sistema normativo importa no reconhecimento de múltiplas ordens normativas.¹⁵⁷

Segundo Marcelo NEVES, “a Constituição em sentido moderno pressupõe precisamente a distinção clara entre o normativo e o cognitivo no contexto da positivação do direito, ou seja, de um direito que se transforma para se tornar permanentemente alterável por decisão”¹⁵⁸. Oportuno é exaltar que a ordem jurídica não é formada por um conjunto de ideias estanques e imutáveis, mas por objetos normativos abertos ao constante processo de

¹⁵⁷ POZZOLLO, Susanna. *Um constitucionalismo ambíguo*. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p.192-193.

¹⁵⁸ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo...** Op. cit., p. 21-22.

aperfeiçoamento e reinterpretação conforme a necessidade social com que depare seu intérprete.¹⁵⁹

Portanto, a Constituição, apesar de sua força normativa já albergada na doutrina¹⁶⁰, não é nenhum objeto de rígida interpretação desassociada dos valores abertos ao seu intérprete, podemos então admitir a seguinte premissa: a da existência de outras forças sociais e culturais de cunho normativo que coexistem paralelamente a ordem institucional.

Diante disso, impende-nos a consideração de que a variedade de “âmbitos de comunicação (normativos) em relações de concorrência e complementaridade”¹⁶¹ não compreende apenas a relação entre o direito nacional e o direito internacional, mas a coexistência de valores sociais e jurídicos – ainda que não positivados – que em um único intervalo espacial podem criar conflitos substanciais.

Eis porque não há de prevalecer descontextualizada a redação do artigo 4º da Lei de Introdução das Normas de Direito Brasileiro¹⁶², segundo a qual se depreende a existência de uma intrínseca superioridade da Lei a demais fontes

¹⁵⁹ Relevante é a ponderação do filósofo liberal Ronald DWORKIN, em sua crítica a teoria positivista de HART, ao tratar da integridade do processo político e jurisdicional como elemento de coerência material do ordenamento jurídico. Nas palavras do autor: “o direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito;” DWORKIN, Ronald. **Império do Direito**, CAMARGO, Jefferson Luiz. (trad.), 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 271.

¹⁶⁰ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. (trad.) Gilmar Ferreira MENDES. Porto Alegre: SAFE, 1991.

¹⁶¹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo...** Op. cit., p. 26-27.

¹⁶² BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em 11 set. 2012.

do ordenamento jurídico, quais sejam a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Segundo Luís Prieto SANCHÍS, que defende a revisão da teoria das fontes do Direito para além da legalidade estrita dos códigos, há uma verdadeira necessidade de considerar as novas fontes normativas sociais – o direito vivo¹⁶³, assim por dizer – a fim de se alcançar o constitucionalismo que propomos experimentar.¹⁶⁴

Hoje, sabido é que a “nova civilística”¹⁶⁵ constitucional é direcionada para a superação do estrito dogmatismo¹⁶⁶ em crise¹⁶⁷, porquanto redireciona o pensamento crítico sobre o Direito Civil, desde a esfera patrimonialista¹⁶⁸ à sua matriz personalista¹⁶⁹, determinado agora à satisfação da pessoa humana,

¹⁶³ “O ‘Direito vivo’, designação dada por EHRLICH a esse Direito existente independente do Direito na legislado, caracterizado como ‘Direito vigente’, é aquele que, apesar de não fixado em prescrições jurídicas, domina a vida.” MALISKA, Marcos Augusto. **Introdução à Sociologia...** Op. cit., p. 71.

¹⁶⁴ SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003. p. 135.

¹⁶⁵ FACHIN, Luiz Edson. Contemporaneidade, Novos Direitos e o Direito Civil-Constitucional no Brasil. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. (Org.). **A Construção dos Novos Direitos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008. p. 224.

¹⁶⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos do Direito de Família: Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro, Renovar, 1999. p.1.

¹⁶⁷ RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Repensando Fundamentos...** Op. cit., p. 03.

¹⁶⁸ “Editados sob inspiração do liberalismo individualista, [os códigos civis na maioria dos povos ocidentais] alçaram a propriedade e os interesses patrimoniais a pressuposto nuclear de todos os direitos privados, inclusive o direito de família. O que as codificações liberais sistematizaram já se encontra na raiz histórica do próprio conceito de família. Lembra Pontes de Miranda que a palavra família, aplicada aos indivíduos, empregava-se no direito romano em acepções diversas. Era também usada em relação às coisas, para designar um conjunto do patrimônio, ou a totalidade dos escravos pertencentes a um senhor.” LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 23.

¹⁶⁹ SILVA, Marcos Alves. **Do Pátrio Poder...** Op. cit., p. 03.

conforme padrões morais¹⁷⁰ do que designa dignidade¹⁷¹ da pessoa humana.

Sobre a função hermenêutica do princípio da dignidade da pessoa humana positivado na Constituição de 1988, Rodrigo da Cunha PEREIRA sustenta que:

O sistema de regras tornou-se insuficiente, em face da revolução hermenêutica havida com o status que a pessoa humana alcançou, de fundamento da República Federativa do Brasil, por força do art. 1º, III da CF de 1988.

Com isso, mudaram, também, os parâmetros hermenêuticos que norteiam o intérprete. O positivismo tornou-se insuficiente, pois as regras não fizeram frente, de imediato, a tais situações hermenêuticas. Antes da existência da positivação de situações jurídicas novas, a jurisprudência tornou-se relevante fonte de Direito, pois decide fatos que ainda não são contemplados em regras jurídicas.¹⁷²

No mesmo sentido, Ingo Wolfgang SARLET aponta que: “(...) impõe-se seja ressaltada a função integradora e hermenêutica do princípio da dignidade da pessoa humana, no sentido de que este – por força de sua dimensão objetiva – serve de parâmetro para aplicação, interpretação e

¹⁷⁰ “Enquanto a moral de um sujeito mostra para ele mesmo o que é o honesto, o direito vem a impor a aceitação do que é honesto. Essa concepção da nobreza moral, presente também em muitos autores e, a princípio inatacável, contem alguns elementos daquela concepção apresentada por Miguel Reale: a moral e consciência individual, não tem coercibilidade externa, é uma avaliação que o indivíduo faz consigo mesmo.” PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais...** Op. cit., p. 104.

¹⁷¹ Embora se indique na doutrina possíveis definições do que seja o direito a dignidade da pessoa humana, parece correta a visão de tratar-se de um imperativo principiológico de interpretação de normas jurídicas incidentes aos fatos sociais da vida cotidiana, não se resumindo, portanto, a um conceito fechado, absoluto e universal. Nesse sentido: GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Liliam Márcia Balmant. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Mínimo Existencial**. Disponível em: <<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista09/Artigos/Sidney.pdf>>. Acesso em 22 nov. 2009.

¹⁷² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais...** Op. cit., p. 37.

integração não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico.”¹⁷³

De fato, a estruturação da nova Constituição em torno da efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana¹⁷⁴, posta acima dos interesses patrimoniais, trouxe significativa mudança no campo do Direito Civil, e, especialmente, na seara do Direito de Família.

Todavia, inegável é que a dignidade da pessoa humana, elevada à ideia de princípio estruturante do ordenamento jurídico brasileiro e dotado de eficácia tanto nas relações verticais quanto horizontais, promoveu reconstrução do direito nacional desprendido da ideia de “*codificação*”¹⁷⁵, ora estruturado no aprendizado de uma “*exegese estrita e inóspita*”¹⁷⁶.

¹⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e “Novos” Direitos na Constituição Federal de 1988: algumas aproximações. . In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. (Org.). **A Construção dos Novos Direitos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008. p. 176-210. p. 181.

¹⁷⁴ Ao discorrer sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, Leandro Souza BESSA entende que: “o princípio da dignidade da pessoa humana, em razão de seu caráter semântico e estruturalmente aberto, é de definição difícil. Ingente tarefa é reduzi-lo a uma forma abstrata e genérica.” BESSA, Leandro Souza. **Colisão de Direitos Fundamentais: propostas de soluções**. Disponível em: <<http://conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Leandro%20Sousa%20Bessa.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2010. p. 15.

¹⁷⁵ FACHIN, Luiz Edson. Contemporaneidade, Novos Direitos e o Direito Civil-Constitucional no Brasil. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. (Org.). **A Construção dos...** Op. cit., p. 225.

¹⁷⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 317. Ainda sobre o paradigma normativo estruturado em torno do processo de codificação de leis, Rosalice Fidalgo PÍNHEIRO sustenta que: “em face de um ensino jurídico que não constrói novos saberes, mas apenas reproduz um Direito que a muito nos foi ‘dado’, forma-se de um lado, um Direito distante da realidade, que não participa da vida, e, de outro, uma sociedade que passa por uma evolução paradigmática de valores. Neste contexto, o jurídico está sempre na esteira das transformações, que se reproduzem no mundo dos fatos, sem quase nunca alcançá-las”. PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Ensino Jurídico na Graduação: ainda como nossos pais? Modelo, conformismo e repetição na metodologia do ensino jurídico. In: FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar: 1998. p. 211-252. p. 214.

Por outro lado, a compreensão da Ciência do Direito Civil, neste novo cenário, deixa de se restringir ao estudo das normas codificadas que regem as relações entre particulares, a personalidade das pessoas e, também, os efeitos da morte¹⁷⁷, para se tornar uma “ciência cultural”¹⁷⁸ mais aberta à interpretação crítica das novas realidades sociais.¹⁷⁹

Isto porque, a ruptura com a tradição exegética de interpretação do direito, reconhecendo o conflito entre a norma posta e a realidade social, permite ao intérprete a utilização de métodos logísticos de se alcançar a solução mais justa à resolução dos conflitos sociais, a partir das variadas

¹⁷⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. Vol. 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 32.

¹⁷⁸ SILVA, Marcos Alves. **Do Pátrio Poder...** Op. cit., p. 03.

¹⁷⁹ “Também não se esqueça de que mesmo aqueles direitos já consagrados continuam dialeticamente sendo renovados e recontextualizados na dinâmica da realidade mutante”. MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Apresentação. In: _____. **A Construção dos Novos Direitos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008. p. 14. Nesse sentido, Américo Bedê FREIRE JUNIOR, defende que: “O dogma da completude do sistema jurídico por meio do legislador está sepultado. Hoje somente é possível falar na completude do sistema a partir de uma Constituição principiológica que requer um novo papel dos intérpretes, especialmente dos juízes. A simplória operação silogística não tem aplicação exclusiva. Estamos em um novo momento do direito, em que o alcance da solução mais adequada depende de uma fundamentação complexa, envolvendo inúmeras variáveis (...) é preciso, portanto, conciliar o texto constitucional com uma prática constitucional adequada”. FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: RT, 2005. p. 43-44.

fontes¹⁸⁰ do Direito que são recepcionadas pela Constituição, bem como pelos seus princípios escritos e não escritos¹⁸¹.

Katya KOZICKI sustenta a mesma crítica acima descrita, afirmando, para tanto, que:

o jurista, quando portador de um conhecimento acrítico do direito, mistifica o conteúdo da lei, negando a função criadora do intérprete – inclusive dos tribunais – e encobrindo o seu caráter ideológico. Nesta perspectiva, os textos legais seriam sempre portadores de certezas significativas as quais, em última análise, remeteriam a uma equiparação entre o direito e o justo.¹⁸²

Em suma, esta “nova ciência” do Direito Civil fundada na Constituição e, conseqüentemente, pautada na comunicação entre a norma e a “realidade

¹⁸⁰ “Quando se fala de fonte do Direito se tenta explicar donde provêm os fundamentos normativos do sistema jurídico escolhido por uma determinada sociedade. Em alguma medida, portanto, trata-se de explicar as razões que determinam a fonte de legitimação para todo um mecanismo de jurisdição.” GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Contrato e a...** op. cit., p. 45.

¹⁸¹ Segundo Estefânia Maria de Queiroz BARBOZA, “(...) a Constituição material vai para além da Constituição formal e, do mesmo modo, os princípios constitucionais não escritos no texto constitucional, o que nos leva a procurar outro fundamento de validade e supremacia dessas normas que não sua origem formal. Explica-se melhor, mais dos que as palavras expressas no texto, há uma reflexão acerca do significado delas por meio de um apoio de cultura política, moral e jurídica. Ou seja, ao se falar em princípios constitucionais não escritos se está a falar em normas não escritas que são essenciais para a história de uma nação, para sua identidade, seus valores e seu sistema jurídico.” BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis...** Op. cit., p. 133.

¹⁸² KOZICKI, Katya. Linguagem e Direito: problematizando a textura aberta dos enunciados jurídicos. In: FONSECA, Ricardo Marcelo. (Org.). **Direito e Discurso: discursos do direito**. Florianópolis: Boiteux, 2006. p.79-88. p. 81.

social”¹⁸³ é, de origem normativa, “plural e aberta”¹⁸⁴, porquanto também é, unificada por uma “ordem cultural positiva e histórica”¹⁸⁵.

Rosana Amara GIRARDI FACHIN sustenta que: “Não há mais espaço para o monismo jurídico-estatal que deve ser substituído por uma visão plural do Direito e suas fontes, a partir de um novo paradigma.”¹⁸⁶

Portanto, cõscios de que “a Constituição não é estática, mas dinâmica, e em contínuo processo de aperfeiçoamento”¹⁸⁷, importante é a ponderação de que o fenômeno voltado à construção do pensamento crítico sobre Direito Civil positivo não se esgotou com a realidade experimentada pela sociedade jurídica

¹⁸³ Nesta seara, oportuna é a lição de Konhad HESSE: “O significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela somente pode ser apreciado se ambas – ordenação e realidade – forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco. Uma análise isolada, unilateral, que leve em conta apenas um ou outro aspecto, não se afigura em condições de fornecer resposta adequada à questão. Para aquele que contempla apenas a ordenação jurídica, a norma ‘está em vigor’ ou ‘está derogada’; não há outra possibilidade. Por outro lado, quem considera, exclusivamente, a realidade política e social ou não consegue perceber o problema na sua totalidade, ou será levado a ignorar, simplesmente, o significado da ordenação jurídica”. HESSE, Konrad, **A Força Normativa...** Op. cit., p. 13.

¹⁸⁴ Se pensarmos, a cláusula de abertura do artigo 5, § 2º, da Constituição da República: “§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Sobre o referido dispositivo constitucional: “(...) a ideia de que também o atual artigo 5º, §2º da Constituição de 1988 assume a função de uma norma geral inclusiva que implica a impossibilidade de aplicar-se o tradicional princípio hermenêutico do *inclusius unius alterius est exclusius*, o que, em outras palavras, vale dizer que na Constituição também está incluído o que não foi expressamente previsto, mas que implícita e indiretamente pode dela ser deduzido. Que a norma contida no dispositivo referido não possui caráter meramente declaratório e fundamenta um poder-dever de reconhecimento de posições fundamentais para além das expressamente (ou explicitamente, como preferem alguns) positivadas no texto como sendo de direitos e garantias fundamentais, deve igualmente ser levado a sério (...)” SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e “Novos” Direitos na Constituição Federal de 1988: algumas aproximações. . In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. (Org.). **A Construção dos Novos...** Op. cit., p. 183

¹⁸⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra, Almedina, 2004. p. 108.

¹⁸⁶ GIRARDI FACHIN, Rosana Amara. **Em Busca da Família...** Op. cit., p. 90.

¹⁸⁷ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O Controle Judicial...** Op. cit., p. 69. No mesmo sentido: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis...** Op. cit., p. 158.

nos primeiros passos da Constituição da República de 1988¹⁸⁸, pois esta cultura¹⁸⁹ se renova a cada paradigma social que transmuta os anseios sociais formadores da vontade humana.¹⁹⁰

¹⁸⁸ Em sua ponderação sobre a distinção entre o direito e a Moral, Luís Prieto SANCHÍS sustenta que: “De aquí se deduce una conclusión que pocos podrán negar, y es que uno de los criterios clásicos de distinción entre Derecho y moral se desvanece. Me refiero a la distinción entre sistemas estáticos y dinámicos: en los primeros una norma es válida o pertenece al sistema cuando su contenido constituye una deducción de otra norma del sistema, del mismo modo que lo particular puede ser subsumido en lo general o universal; en cambio, en los segundos una norma es válida cuando el acto de su producción está autorizado y regulado por otra norma superior del sistema ; de ahí que «la validez de una norma jurídica no pueda ser discutida sobre la base de que su contenido es incompatible con algún valor moral o político» . Justo lo contrario ocurre en el Estado constitucional sustancial o rematerializado: la validez de sus normas puede ser discutida no sólo porque se hayan vulnerado las reglas de habilitación relativas al órgano y procedimiento de producción, sino también porque su contenido no se muestre conforme con lo prescrito por ciertos valores morales o políticos, porque mande o permita lo que no debería mandar o permitir y penetre en la esfera de lo indecible, o porque no mande lo que sí debería mandar y penetre en la esfera de lo indecible que no. Si puede decirse así, el Estado constitucional del garantismo descansa en un sistema jurídico también estático y no sólo dinámico” “Segue-se a uma conclusão que poucos podem negar, e que é um dos critérios clássicos de distinção entre direito e moral desaparece. Quero dizer a distinção entre sistemas estáticos e dinâmicos: na primeira uma norma é válida ou pertence ao sistema quando o seu conteúdo constituem uma dedução padrão de um outro sistema, assim como o particular pode ser incluído no âmbito do geral ou do universal; em contrapartida, no segundo uma norma é válida quando o ato de sua produção é autorizada e regulada por outras regras superiores ao sistema; Eis porque, "a validade de uma norma jurídica não pode ser discutida, alegando que o seu conteúdo é incompatível com qualquer valor moral ou político ". Exatamente o oposto ocorre no Estado Constitucional substancial ou rematerializado: a validade de suas regras podem ser discutidas não só porque eles violaram as regras relativas ao órgão e ao procedimento de produção, mas também porque o seu conteúdo não se mostra de acordo com as exigências por certos valores morais ou políticos, porque manda ou permite que não deveria mandar ou permitir e entra no reino do indecível, ou porque não manda o que deveria mandar e entra na esfera do indecível do não. Se me permite dizer, o Estado Constitucional do garantismo repousa sobre um sistema jurídico não só também estático e não só dinámico.” (Tradução Livre) SANCHÍS, Luis Prieto. *Principia Iuris: Una Teoría Del Derecho No (Neo)Constitucionalista Para El Estado Constitucional*. In: **Revista Doxa**. n.31, 2008, Disponível em: <[http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12140520229071506543435/042171.pdf#search="derecho moral familia"&page=8](http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12140520229071506543435/042171.pdf#search=)>. Acesso em: 03 fev. 2013. p. 330-331.

¹⁸⁹ Segundo Claude LÉVI-STRAUSS, “a cultura consiste no conjunto das relações que os homens de uma civilização determinada mantêm com o mundo; a sociedade consiste, mais especialmente, nas relações que esses mesmos homens mantêm uns com os outros.” LÉVI-STRAUSS, Claude. **A Antropologia Diante...** Op. cit., p. 59.

Logo, constante¹⁹¹ é a necessidade de se repensar o Direito Civil constitucionalizado. Porém, não necessariamente a partir dos Códigos de outrora, mas conforme a nova realidade social estanque à contemporaneidade que se desenha a partir da integração das diversas comunidades integralizadas pelo processo de globalização.

Luiz Edson FACHIN, logo no início da obra intitulada “Elementos Críticos do Direito de Família”¹⁹², refere-se ao instante de renovação do paradigma civilista de outrora como o “outono do direito civil clássico”¹⁹³, que antecedeu uma primavera desenhada pela junção entre “a crítica” e “a prática”, num processo de reflexão entre a realidade social e a norma jurídica. No entanto, para o Direito trata-se esta primavera de uma estação permanente e que floresce, a cada transformação social, no anseio de uma reconstitucionalização inspirada no aperfeiçoamento da construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

A práxis de repensar o Direito Civil, quiçá rumo à construção de uma “novel doutrina” civilista, dirigida esta, a inserir nos debates jurídicos os

¹⁹⁰ “Se as condições extrínsecas da vida não são estáticas, a razão humana não pode descobrir uma lei que seja a medida de todas as cousas...” GOMES, Orlando. **Raízes Históricas...** Op. cit., p. 97.

¹⁹¹ Luiz Edson FACHIN aponta que: “...o desafio é aprender extrassistematicamente o sentido de possibilidade da constitucionalização como ação permanente, viabilizada na força criativa dos fatos sociais que se projetam para o Direito, na doutrina, na legislação e na jurisprudência, por meio da qual os significados se constroem e refundam de modo incessante, sem juízos apriorísticos de exclusão. Nessa toada, emerge o mais relevante desses horizontes que é a dimensão prospectiva dessa travessia. O compromisso se firma com essa constante travessia que capta os sentidos histórico-culturais dos códigos e reescreve, por intermédio da ressignificação dessas balizas linguísticas, os limites e as possibilidades emancipatórias do próprio direito.” FACHIN, Luiz Edson. Apresentação. In: CORTIANO JUNIOR, Erouths; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; FACHIN, Luiz Edson; NALIN, Paulo. **Apontamentos Críticos para o Direito Civil Brasileiro Contemporâneo: anais do projeto de pesquisa Virada de Copérnico.** Juruá: 2009. p. 13.

¹⁹² FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos...** Op. cit.,

¹⁹³ *Ibidem*. p. 01.

“novos direitos”¹⁹⁴ civis, tomados à partir das interpretações pré-constituídas sobre direitos já constitucionalizados, empreende reconhecer que a nossa Constituição já não é tão nova e que o Código Civil já adentra uma “adolescência” de transformações sociais, e se impõe, à sociedade intérprete do direito, o dever de incluir na pauta jurídica os novos fenômenos e relações sociais que demandem “nova compreensão social da Lei”¹⁹⁵.¹⁹⁶

Nas palavras de Luiz Edson FACHIN, “O tempo presente não agasalha mais na conformação aos conceitos prontos e dados. Impõe inquietude e capacidade criadora nos afazeres que não temem ousio nem controvérsia.”¹⁹⁷

¹⁹⁴ Consoante Ingo Wolfgang SARLET, “A recomendar maior reflexão, todavia, está relativamente frequente a afirmação da possibilidade de se extrair ‘novos’ direitos fundamentais da constituição e, no que nos diz mais de perto, a dignidade da pessoa humana. Neste sentido, seguimos céticos em relação à própria definição do que efetivamente é um direito ‘novo’, ainda mais quando se constata que o que está em causa é a tutela da mesma dignidade da pessoa ou, como se verifica em outras hipóteses, de direitos fundamentais já amplamente consagrados, pois o que efetivamente constitui uma novidade é o contexto de violação dos direitos, a exigirem igualmente resposta por parte do Estado e da Sociedade.” SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e “Novos” Direitos na Constituição Federal de 1988: algumas aproximações. . In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. (Org.). **A Construção dos Novos ...** Op. cit., p. 204.

¹⁹⁵ “Destarte, quando se admite que a Constituição é um instrumento vivo, se assume também que ela se desenvolve e se adapta às circunstâncias e crenças atuais e sua legitimidade, então, estará na justiça, no consenso, no comprometimento e na soberania do povo atual e não apenas do poder constituinte originário. É nesse novo contexto que os juízes constitucionais terão o difícil papel de dar uma interpretação contemporânea a direitos antigos, o que deverá ser feito sendo leal aos valores constitucionais e ao mesmo tempo imaginativos para dar conta de responder às questões que se apresentam nas plurais e complexas sociedades contemporâneas, de maneira coerente e limitada não mais no texto mas no conjunto de princípios que reflete a moralidade de sua comunidade.” BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis...** Op. cit., p. 161.

¹⁹⁶ Segundo Luiz Edson FACHIN: “O tempo é agora, síntese do passado que restou e do futuro ainda por se estabelecer. Aparentemente paradoxal, a ideia que se delineia deve ser atemporal e profundamente histórica, simultaneamente. De certo, não há, para o que se propõe, um verdadeiro começo (...), e nem há um fim, porque a linha passa por nós, e apenas *passa*, se merecemos tanto.” ¹⁹⁶ FACHIN, Luiz Edson. “Virada de Copérnico”: um convite à reflexão sobre o Direito Civil brasileiro contemporâneo. In: _____. **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar: 1998. p. 317-324. p. 319

¹⁹⁷ FACHIN, Luiz Edson. Prefácio. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **O direito das famílias entre a realidade e a norma**. São Paulo: Atlas, 2010. p. xvii.

2.3 O Direito de Família Brasileiro na Constituição da República de 1988

O Direito de Família, por ser um ramo do Direito Civil ligado às relações privadas entre os particulares, conforme a tradição patriarcal, nunca foi objeto de preocupação do das primeiras constituições nacionais. De fato, aquelas apenas se preocupavam apenas em estabelecer o direito à igualdade e a liberdade ao desenvolvimento econômico, sem grandes preocupações com as relações sociais.

Em síntese sobre as primeiras Constituições pátrias, Paulo Luiz Netto LÔBO comenta que:

As primeiras constituições, portanto, nada regularam sobre as relações privadas, cumprindo sua função de delimitação do Estado mínimo. Ao Estado coube apenas estabelecer as regras do jogo das liberdades privadas, no plano infraconstitucional, de sujeitos de direitos formalmente iguais, abstraídos de suas desigualdades reais. Consumou-se o darwinismo jurídico, com a hegemonia dos economicamente mais fortes, sem qualquer espaço para a justiça social. Como a dura lição da história demonstrou, a codificação liberal e a ausência da constituição econômica serviram de instrumento de exploração dos mais fracos pelos mais fortes, gerando reações e conflitos que redundaram no advento do Estado Social.¹⁹⁸

Todavia, o advento da Constituição Federal de 1988 rompe com as tradições normativas liberais, trazendo relevantes implicações ao Direito de Família¹⁹⁹. Sobre a referida revolução legislativa, Paulo Luiz Netto LÔBO sintetiza que,

A Constituição de 1988 foi o epílogo da lenta evolução legal das relações familiares e de parentesco, no Brasil. Antes dela, devem ser destacados os

¹⁹⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto . **Constitucionalização do Direito Civil**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/129>>. Acesso em: 24 dez. 2012.

¹⁹⁹ GIRARDI FACHIN, Rosana Amara. **Em Busca da Família...** Op. cit., p. 59-63.

diplomas legais que, neste Século, reduziram as desigualdades de direitos entre filhos legítimos e ilegítimos, o Estatuto da Mulher Casada e a lei do Divórcio. Até 1988, tem-se a história do contínuo desmonte da família patriarcal, deslegalizando-se e deslegitimizando-se as desigualdades jurídicas.²⁰⁰

De fato, somente com a “crise²⁰¹ daquele sistema tradicional”²⁰², que desencadeou o processo de positivação de novos valores na Constituição da República, em 1988, é que se iniciou experimentar no Brasil uma nova configuração do Direito de Família, agora mais “plural e fundado em princípios da promoção da dignidade humana e da solidariedade, onde a família é concebida como referência de liberdade e igualdade, em busca da felicidade²⁰³ dos seus membros”.²⁰⁴

²⁰⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **O Ensino de no Brasil**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/125>>. Acesso em: 24 dez. 2012.

²⁰¹ Para Gustavo TEPEDINO, a crise refere-se à alteração da finalidade dogmática da Constituição, que antes tratava apenas de metérias relativas ao direito público e, após a constituição da República de 1988: “a pessoa, à luz do sistema constitucional, requer proteção integrada, que supere a dicotomia direito público e direito privado e atenda à clausula geral fiada pelo texto maior de proteção da dignidade da pessoa humana”. TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 50.

²⁰² “Como a crise é sempre perda dos fundamentos de um paradigma em virtude do advento de outro, a família atual está matizada em paradigma que explica sua função atual: a afetividade”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil...** Op. cit., p. 17.

²⁰³ Lemos a felicidade como um objetivo alcançado após a ideia de dignidade, tal como apontado por Emerson GABARDO: “A dignidade é o ponto de partida para a justificação dos fins do Estado. O ponto de chegada é o 'desenvolvimento da personalidade', que compreende, necessariamente, a idéia de felicidade como determinante essencial da atuação do Estado. Um modelo de Estado social que garanta direitos fundamentais precisa superar a noção de dignidade rumo à de felicidade, a partir de uma idéia de sobreposição e não de abandono, pois não é possível, do ponto de vista jurídico-político, aceitar a idéia de um ser humano indigno, porém feliz.” GABARDO, Emerson. **O Jardim e a Praça para Além do Bem e do Mal: uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado social**. Curitiba, 2009. 409f. Tese. (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=5&sqi=2&ved=0CFIQFjAE&url=http%3A%2F%2Fdspace.c3sl.ufpr.br%2Fdspace%2Fbitstream%2F1884%2F19053%2F1%2FTESE_Emerson_Gabardo_Correta.pdf&ei=kTscUaTJMY_M9AS0ioBw&usg=AFQjCNGl-W9cN61SP3Bu0ZLhQskCp8ZFrw&bvm=bv.42452523,d.eWU>. Acesso em: 09 fev. 2013. p. 313.

²⁰⁴ GIRARDI FACHIN, Rosana Amara. **Em Busca da Família...** Op. cit., p. 67.

No mesmo sentido, Cristiano Chaves de FARIAS e Nelson ROSENVALD definem que, após o advento Constitucional, tornou-se a família “o lugar adequado em que o ser humano nasce inserido e, merecendo uma especial proteção do Estado, desenvolve a sua personalidade em busca da felicidade e da realização pessoal”²⁰⁵

“Sob o influxo do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, a eficácia dos direitos fundamentais também se faz presente nas relações de família.”²⁰⁶ Isto porque, a eficácia imediata e horizontal dos direitos fundamentais²⁰⁷, aplicadas às relações privadas, “moldaram um novo ordenamento jurídico aplicável à família.”^{208, 209}

O fenômeno jurídico de centralização da tutela da pessoa humana dotada de direito à dignidade²¹⁰ é reconhecido na doutrina como o processo de

²⁰⁵ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil: Direito das Famílias**. v. 6. 4. ed. rev. atual. ampl. Salvador: JusPodivm. 2012. p. 49.

²⁰⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito...** Op. cit., p. 57.

²⁰⁷ Concorde Ingo SARLET: “Desde o seu reconhecimento nas primeiras Constituições, os Direitos Fundamentais passaram por diversas transformações, tanto no que diz com o seu conteúdo, quanto no que concerne à sua titularidade, eficácia e efetivação.” SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos ...** Op. cit., p. 52.

²⁰⁸ GIRARDI FACHIN, Rosana Amara. **Em Busca da Família...** Op. cit., p. 68.

²⁰⁹ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, Jose Fernando. **Direito Civil: direito de família**. v. 5. 7. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 05.

²¹⁰ Rodrigo da Cunha PEREIRA afirma que: “Com a evolução do conhecimento científico, os ideais de liberdade e igualdade, e a descoberta do inconsciente associado ao pensamento filosófico moderno, particularmente o de Kant, pôde-se compreender que a dignidade da pessoa não está em sua posição social ou em sua conduta moral-sexual. Foi assim que a dignidade do sujeito humano pôde ser elevada à categoria de um macroprincípio jurídico. Isto significa a valorização do sujeito ético que deve preponderar sobre valores morais, muitas vezes estigmatizantes. Sem a consideração desta ética não haveria respeito às diferenças, confundir-se-á o que vem a ser dignidade e não haverá possibilidade de construção de uma sociedade onde haja espaço para as subjetividades e as identidades pessoais”. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais...** Op. cit., p. 88-89.

“repersonalização do Direito Civil”²¹¹, porquanto, incita a desconstrução dos critérios de exclusão social atribuídos, em outrora, à dinâmica familiar moldada pelo Direito de Família. Eis porque Ana Carla Harmatiuk MATOS, amparada por Maria Celina Bodin de MORAES afirma que “o texto constitucional representa um marco em relação ao modelo familiar, uma vez que a família volta-se em direção à democratização no que diz respeito à afetividade, igualdade, solidariedade e pluralidade.”²¹²

Nesse sentido, afirma Paulo Luiz Netto LÔBO que “A família converte-se em espaço de realização da afetividade humana, marca do deslocamento da função econômica-política-religiosa-procracional para essa nova função. Essas linhas de tendências enquadram-se no fenômeno jurídico-social denominado *repersonalização das relações civis*, que valoriza o interesse da pessoa humana mais do que suas relações patrimoniais.”²¹³

²¹¹ Segundo Marcos Alves da Silva: “A repersonalização do Direito Civil apresenta desdobramentos de diversas ordens. O primeiro deles diz respeito à libertação da pessoa humana do mero conceito a que foi reduzida.” SILVA, Marcos Alves. **Do Pátrio Poder...** Op. cit., p. 03.

²¹² MATOS, Ana Carla Harmatiuk. “Novas” Entidades Familiares. In: _____. (Org.). **A Construção dos Novos Direitos**. Porto Alegre: Núria Fabris. 2008. p. 18. No mesmo sentido, Paulo LÔBO: “A repersonalização contemporânea das relações de família retoma o itinerário da afirmação da pessoa humana como objetivo central do direito”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil...** Op. cit.,p. 25.

²¹³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil...** Op. cit.,p. 22.

O princípio da dignidade da pessoa humana – e suas ramificações, tais como a solidariedade, a felicidade, e a afetividade²¹⁴ – passou a compor a esfera subjetiva de direitos fundamentais dos indivíduos²¹⁵ e o ideário da realização integral²¹⁶ da pessoa humana, tornou-se a motivação da constituição das relações familiares²¹⁷, substituindo-se o antigo paradigma patrimonialista²¹⁸, atrelado à funcionalidade econômica da sociedade familiar, pela nova ideologia designada doutrinariamente como “eudemonista”²¹⁹, “ou

²¹⁴ “Dois momentos básicos distintos, duas formas de apresentação jurídica do mesmo fenômeno. Quando a presença do afeto, nas relações de família era presumida, sua relevância jurídica consistia em ser tomado como existente, não dando margem a muita discussão. Porém, a partir do momento em que a sua presença se tornou essencial para dar visibilidade jurídica às relações familiares, o afeto passou a ter outro sentido, ocupando maior espaço no direito de família. Se houve uma transformação na importância da noção de afeto nas relações de família, sendo que esta também passou por modificações, é possível e interessante analisar sua localização e conteúdo em vários momentos distintos. Isto permitirá examinar qual a sua influência em dois modelos básicos de família no Direito de Família pátrio, quais sejam, o patriarcal e o eudemonista.” CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar: 1998. p.03-29. p. 273-313. p. 274.

²¹⁵ “O fenômeno do individualismo na família ocorre porque, na modernidade, o direito valorizava a instituição da família, e, na pós-modernidade, o direito valoriza o sujeito. Os membros da família são vistos em sua individualidade e em relação às funções familiares, sempre norteadas pelo respectivo direito.” BARBOSA. Águeda Arruda. Conceito pós-moderno de família. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernandes. **Direito de Família e das Sucessões: Temas Atuais**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 21-30. p. 25.

²¹⁶ GIRARDI FACHIN, Rosana Amara. **Em Busca da Família...** Op. cit., p. 81.

²¹⁷ Nesse sentido, conforme Breezy VIZEU e Rita de Cássia Resqueti Tarifa ESPOLADOR: “o conceito de família plural – característica marcante do atual contexto social brasileiro – vincula-se positivamente à dimensão afetiva, de maneira a caracterizar uma superação emancipatória ao antigo conceito”. VIZEU, Breezy; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resqueti Tarifa. O papel do afeto na formação das estruturas familiares brasileiras: um estudo das famílias recompostas no Brasil. In: CORTIANO JUNIOR, Erouths; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; FACHIN, Luiz Edson; NALIN, Paulo. **Apontamentos Críticos para o Direito Civil Brasileiro Contemporâneo: anais do projeto de pesquisa Virada de Copérnico**. Juruá: 2009. p. 23-38. p. 25.

²¹⁸ LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Direito Civil...** Op. cit., p. 18-20.

²¹⁹ CALDERON, Ricardo Lucas. Famílias: Afetividade e contemporaneidade – para além dos códigos. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (Orgs.). **Pensamento Crítico do Direito Civil Brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 265-281. p. 269.

seja, aquele pelo qual cada um busca na própria família, ou por meio dela, a sua própria realização, seu próprio bem-estar”²²⁰.

Eis porque, Cristiano Chaves de FARIAS e Nelson ROSENVALD afirmam que

A família cumpre modernamente um papel funcionalizado, devendo, efetivamente, servir como ambiente propício para a promoção da dignidade e a realização da personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças e valores, servindo de alicerce fundamental para o alcance da felicidade.²²¹

Sobre a nova finalidade dos grupos familiares constituídos sob os supracitados paradigmas sócio-jurídicos, não é sem razão que Carlos Eduardo Pianovski RUIZIK afirma que “o dever-ser da família constitucionalizada impõe respeito e proteção mútua da dignidade coexistencial de seus membros”²²². Fato que tornou, conseqüentemente, os vínculos de consanguinidade, na prática social, menos importantes que as relações oriundas de laços de afetividade e da convivência familiar²²³.

²²⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito Civil...** Op. cit., p. 19.

²²¹ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito...** Op. cit., p. 49.

²²² RUZYK, Carlos Eduardo Pianovaski. **Famílias Simultâneas: a Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 28.

²²³ LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Direito Civil...** Op. cit., p. 27. Igualmente, de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: “(...) a filiação socioafetiva, que encontra alicerce no art. 227, § 6º, da CF/88, envolve não apenas a adoção, como também “parentescos de outra origem”, conforme introduzido pelo art. 1.593 do CC/02, além daqueles decorrentes da consanguinidade oriunda da ordem natural, de modo a contemplar a socioafetividade surgida como elemento de ordem cultural.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação de Anulação de Registro de Nascimento. Recurso Especial n. 1.000.356. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em 25 maio 2010, Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 16 jul. 2012.

Segundo Paulo LÔBO, “hoje, a família recuperou a função²²⁴ que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida”²²⁵, eis porque, segundo o jurista, “a característica fundante da família atual é a afetividade.”²²⁶ Não é sem razão que debate-se, atualmente, o alcance jurídico da parentalidade socioafetiva.

Segundo Flávio TARTUCE, a socioafetividade²²⁷ compõe uma das três principais consequências jurídicas – ao lado do reconhecimento das uniões

²²⁴ Segundo Pablo Stolze GAGLIANO e Rodolfo PAMPLONA FILHO, “Numa perspectiva constitucional, a funcionalização social da família significa o respeito ao seu caráter eudemonista, enquanto ambiência para a realização do projeto de vida e de felicidade de seus membros, respeitando-se, com isso, a dimensão existencial de cada um”. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito...** Op. cit., p. 99.

²²⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **O Ensino de...** Op. cit.

²²⁶ Idem.

²²⁷ Para compreender a dimensão da socioafetividade: “O termo socioafetividade conquistou as mentes dos juristas brasileiros, justamente porque propicia enlaçar o fenômeno social com o fenômeno normativo. De um lado há o fato social e de outro o fato jurídico, no qual o primeiro se converteu após a incidência da norma jurídica. A norma é o princípio jurídico da afetividade. As relações familiares e de parentesco são socioafetivas porque congrega o fato social (sócio) e a incidência do princípio normativo (afetividade).” LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil...** Op. cit., p. 29.

homoafetivas e da possibilidade de responsabilização por abandono afetivo – do “princípio da afetividade”²²⁸ aplicado ao Direito de Família,

*A terceira e última consequência da afetividade a ser pontuada é o reconhecimento da parentalidade socioafetiva como nova forma de parentesco, enquadrada na cláusula geral “outra origem”, do art. 1.593 do CC/2002. Não se olvide que a ideia surgiu a partir de histórico artigo de João Baptista Villela, publicado em 1979, tratando da “desbiologização da paternidade”. Concluiu o jurista, na ocasião, que o vínculo de parentalidade é mais do que um dado biológico, é um dado cultural, consagração técnica da máxima popular pai é quem cria. Paulatinamente, a jurisprudência passou a ponderar que a posse de estado de filho deve ser levada em conta para a determinação do vínculo filial, ao lado das verdades registral e biológica. Nos acórdãos mais notórios, julgou-se como indissolúvel o vínculo filial formado nos casos de reconhecimento espontâneo de filho alheio, cumulado com a convivência posterior entre pais e filhos (...)*²²⁹.

Aliás, conforme ressaltado por Ana Carolina Brochado TEIXEIRA e Renata de Lima RODRIGUES, “tem ganhado espaço a noção de que a família

²²⁸ Embora a afetividade seja alçada a princípio norteador do direito de família pela doutrina contemporânea (Cf. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito...** Op. cit., p. 89-94; TARTUCE, Flávio. **O princípio da afetividade no Direito de Família.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/859>>. Acesso em: 24 dez. 2012.; ... Op. cit., p. 22-25.; LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Direito Civil...** Op. cit., p. 70-73.; LÔBO, Paulo Luiz Neto. A Nova Princípiologia do Direito de Família e suas Repercussões. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernandes. **Direito de Família e das Sucessões: Temas Atuais.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 01-19. p. 12-16.; DINIZ, Maria Helena. **Curso de...** Op. cit., p. 24-26.; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais...** Op. cit., p. 210-223.); Nelson ROSENVALD e Cristiano Chaves de FARIAS defendem posição inversa. Segundo os autores: “(...) infere-se, com tranquilidade que o afeto é elemento intrínseco às relações familiares, de grande relevo para as decisões judiciais nesse campo, porém, insuscetível de ser entendido como um valor jurídico exigível através do Poder Judiciário”, sob pena de martirizar a própria essência espontânea. Afasta-se, portanto, uma suposta caracterização do afeto como um princípio jurídico do Direito das Famílias. Ora, se princípio jurídico fosse, o afeto seria exigível na medida em que todo princípio jurídico tem força normativa e, por conseguinte, obriga e vincula sujeitos”. ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito...** Op. cit., p. 73.

²²⁹ TARTUCE, Flávio. **O princípio da afetividade...** Op. cit.

não é um agrupamento natural²³⁰, mas cultural²³¹. O que se garante a estruturação de alguém como sujeito é o exercício das funções materna e

²³⁰ Entenda-se neste caso que o termo “natural” remete ao conceito genérico de cultura. Para Zygmunt BAUMAN “a noção genérica é construída em torno da dicotomia mundo humano-mundo natural; ou melhor, da antiga e respeitável questão da filosofia social europeia – a distinção entre ‘*actus hominis*’ (o que acontece ao homem) e ‘*actus humani*’ (o que o homem faz). O conceito genérico tem a ver com os atributos que unem a espécie humana ao distingui-la de tudo mais. Em outras palavras, o conceito genérico de cultura tem a ver com as fronteiras do homem e do humano. (...) Em sua forma mais simples, o conceito genérico de cultura consiste em atribuir à própria cultura a qualidade de característica universal de todos os homens, e apenas destes. Nesse sentido, é típica a declaração de Clifford Geertz: ‘O homem é o animal que produz ferramentas, fala e símbolos [Dessa forma, a articulação da peculiaridade da natureza humana segue o padrão estabelecido por Leslie A. White em sua discussão sobre o símbolo e a ferramenta, e, por meio dele, as ideias de Friederich Engels.] (...) Só ele [o argumento é concluído como o sumário final de um julgamento] tem cultura’. O modo com que Gertz apresenta essa ideia já generalizada parece estar entre os mais abrangentes da categoria. Combina argumentos extraídos da moderna análise filosófica da condição existencial humana com descobertas psicológicas e princípios metodológicos seminais da humanidade em geral. A cultura, tal como descrita no parágrafo citado, é muito mais (ou muito menos) que o agrupamento de normas e costumes padronizados dos diferencialistas; ela é uma abordagem específica, totalmente humana, da tragédia da vida, arraigada, em última análise, na habilidade específica da mente humana de ser intencional, ativa e criativa. Outros proponentes do conceito genérico de cultura estão muito mais próximos da já mencionada abordagem tradicional e insípida do ‘denominador comum’, embora situada no contexto da passagem histórica do mundo animal para o humano.” BAUMAN, Zygmunt. **Ensaio sobre o Conceito...** Op. cit., p. 131; 133-134.

²³¹ Por óbvio – e em complementação à nota anterior –, a “família” sempre foi uma construção de um conjunto de valores culturais de diferenciação (já comentado) predominantes numa sociedade, verificando-se “inúmeras possibilidades” de sua formação. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito...** Op. cit., p. 48. Veja-se, por exemplo, dois casos descritos por Claude LÉVI-STRAUSS: “A inseminação com doador tem seu equivalente na África, entre o Samo, de Burkina Faso, estudados por minha colega Françoise Héritier-Augé, que me sucedeu no Collège de France. Nessa sociedade, cada menina é casada muito cedo, mas antes de ir viver com o esposo ela deve, durante três anos ou mais, ter um amante de sua escolha e oficialmente conhecido como tal. Ela leva para o marido o primeiro filho nascido das artes do amante, mas que será considerado como o primeiro nascido da união legítima. De seu lado, o homem pode ter várias esposas legítimas, mas se elas o abandonam ele continuará a ser o pai legal de todos os filhos que elas puserem no mundo em seguida. Em outras populações africanas, o marido tem também um direito sobre todos os filhos a nascer, contanto que esse direito seja reinstaurado depois de cada nascimento por meio da primeira relação sexual *post partum*. Essa relação designa o homem que será o pai legal do próximo filho. Um homem casado cuja mulher é estéril pode, assim, mediante pagamento, se entender com a mulher fecunda para que ela o designe. Nesse caso, o marido legal é o doador inseminador, e a mulher aluga seu ventre a outro homem, ou a um casal sem filhos.” LÉVI-STRAUSS, Claude. **A Antropologia Diante...** Op. cit., p. 45.

paterna em sua vida, para que possa se firmar como pessoa, sendo desnecessário que seja o pai ou a mãe biológica, o que possibilita a existência da socioafetividade.”²³²

Ainda sobre o afeto aplicado às relações interpessoais entre os membros familiares, destaca-se na Constituição o princípio da igualdade ou não discriminação entre os filhos.

O parágrafo 6º do artigo 227²³³ deixou de privilegiar os filhos legítimos (biológicos concebidos na constância do matrimônio) dos “ilegítimos, espúrios, bastardos, adulterinos, incestuosos.”²³⁴ Segundo Flávio TARTUCE e José Fernando SIMÃO, “isso repercute tanto no campo patrimonial quanto no campo pessoal”²³⁵, especialmente no campo das sucessões.

Pablo Stolze GAGLIANO e Rodolfo PAMPLONA FILHO comentam que sob influência do referido dispositivo constitucional, bem como do artigo 1.596 do Código Civil de 2002, que “não há mais espaço, portanto, para a vetusta distinção entre filiação legítima ou ilegítima, característica do sistema anterior, que privilegiava a todo custo a ‘estabilidade do casamento’ em detrimento da dimensão existencial de cada ser humano integrante do núcleo familiar.”²³⁶

Outra consequência direta que também decorreu das modificações sociais que resultaram na referida democratização do direito de família é a

²³² TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Eficácia do Parentesco Socioafetivo. In: _____. **O direito das famílias entre a realidade e a norma**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 171-189. p. 173.

²³³ “§6º Os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

²³⁴ MACHADO Gabriela Soares Linhares. **Dos princípios constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis ao Direito de Família: Repercussão na relação paterno-filial**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/865>>. Acesso em: 24 dez. 2012.

²³⁵ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, Jose Fernando. **Direito Civil...** Op. cit., p. 13-14.

²³⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito ...** Op. cit., p. 83.

crise do sistema fundado na submissão feminina ao poder patriarcal²³⁷, tanto no que diz respeito à reconfiguração dos objetivos individuais dos personagens familiares que, em outrora, a subordinação feminina a figura do *pater* era institucionalizada²³⁸, quanto à desinstitucionalização²³⁹ da família enquanto forma de meio de produção de riqueza ou poder²⁴⁰, tornando-se meio de satisfação humana.²⁴¹

²³⁷ OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. A emancipação feminina. Da relativa incapacidade à isonomia constitucional. In: _____. **Direito de Família: aspectos sociojurídicos do casamento, união estável e entidades familiares**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 07-10. No mesmo sentido, Paulo Luiz Netto LÔBO sustenta que: “Na perspectiva tradicional, a família era concebida como totalidade na qual se dissolviam as pessoas que a integravam, especialmente os desiguais, como a mulher e os filhos. Desde a colonização portuguesa, a família brasileira, estruturada sob o modelo de submissão ao poder marital e ao poder paterno de seu chefe, não era o âmbito adequado de concretização da dignidade das pessoas”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Nova Princípiologia do Direito de Família e suas Repercussões. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernandes. **Direito de Família...** Op. cit., p. 05.

²³⁸ “...os laços conjugais, sendo preponderantemente econômicos e não afetivos, estabeleciam mais o cumprimento de obrigações que preponderantemente aproximação afetiva”. E na sociedade familiar, “os papéis dos cônjuges determinados pela sociedade e pelo sexo [e pela religião] e aos quais encontravam-se confinados até a morte não permitiam qualquer espécie de concessão”. LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de Direito...** Op. cit., p. 275.

²³⁹ A instituição familiar era, segundo Pontes de MIRANDA, a menor unidade social reconhecida. MIRANDA, Pontes. **Tratado de ...** Op. cit.

²⁴⁰ Segundo Caio Mário da Silva PEREIRA, em inúmeras situações, o casamento destinou-se a consolidação de uma situação econômica, tanto para a união de duas famílias, quanto a para a legitimação superveniente de prole. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito...** Op. cit., p. 82.

²⁴¹ Maria Celina Bodin de MORAES, ao comentar as novas dinâmicas das relações familiares, sustenta que: “outra doutrina, ainda no âmbito das relações de família, aponta a completa substituição empreendida pelo Texto Constitucional, da família-instituição, tutelada em si mesma pela família instrumento, voltada para o desenvolvimento da personalidade de seus membros.” TEPEDINO MORAES, Maria Celina Bodin. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (orgs.). **Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos – Obrigações: estrutura e dogmática**. v.1. RT, 2011. p. 259-273. p. 272.

De fato, a “conquista da valorização da afetividade”²⁴² resultou na abertura do sistema normativo de direito de família²⁴³, “criando”, finalmente, novos direitos à formação de entidades familiares, mediante a flexibilização da forma²⁴⁴. Algumas destas entidades familiares são previstas no próprio texto constitucional – caso das uniões estáveis, do casamento e da família monoparental – outras decorrem diretamente dos princípios orientadores²⁴⁵ do direito de família²⁴⁶, não mais vinculados aos dogmas da sociedade familiar matrimonializada e estruturada hierarquicamente na figura patriarcal.

²⁴² VIZEU, Breezy; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. O papel do afeto na formação das estruturas familiares brasileiras: um estudo das famílias recompostas no Brasil. In: CORTIANO JUNIOR, Erouths; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; FACHIN, Luiz Edson; NALIN, Paulo. **Apontamentos Críticos para o Direito...** Op. cit., p. 36.

²⁴³ Segundo Paulo LÔBO, “A doutrina jurídica brasileira tem vislumbrado a aplicação do princípio da afetividade em variadas situações do direito de família, nas dimensões: a) da solidariedade e da cooperação; b) da concepção eudemonista, que tem a família como espaço de realização da felicidade; c) da funcionalização da família para o desenvolvimento da personalidade dos seus membros; d) do redirecionamento dos papéis masculino e feminino e da relação entre legalidade e subjetividade; e dos efeitos jurídicos da reprodução humana medicamente assistida; f) da colisão de direitos fundamentais; g) da primazia do estado de filiação, independentemente da origem biológica ou não-biológica”. LÔBO, Paulo Luiz Neto. A Nova Princípiologia do Direito de Família e suas Repercussões. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernandes. **Direito de Família...** Op. cit., p. 16

²⁴⁴ Verifica-se que a pluralidade do Direito de Família viabilizou que as diversas relações afetivas, outrora ignoradas pelo ordenamento, pudessem ser reconhecidas pelo Direito, enquanto entidades familiares sujeitas à tutela protetiva do Estado.

²⁴⁵ Relevante é a consideração que Gustavo TEPEDINO realiza sobre o papel dos princípios constitucionais orientadores do Direito de Família: “o fato de os princípios de ordem pública permearem todas as relações de familiares, não significa ter o direito de família migrado para o direito público; devendo-se, ao reverso, submeter a convivência familiar, no âmbito do próprio direito civil, aos princípios constitucionais de tal maneira que a família deixe de ser valorada como instituição, por si só merecedora de tutela privilegiada, como queria o Código Civil [de 1916], em favor de uma proteção funcionalizada à realização da personalidade e dignidade de seus integrantes, como quer o texto constitucional”. TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 20.

²⁴⁶ Como lembra Hans Kelsen, “Não há qualquer conduta humana que, como tal, por força do seu conteúdo, esteja excluída de ser conteúdo de uma norma jurídica.” Kelsen, Hans. **Teoria Pura...** Op. cit., p. 139.

Luiz Edson FACHIN, ao tratar da reforma do direito brasileiro, afirma que no direito de família:

A família, por princípio, não tem mais o desenho jurídico do ente patriarcal fundado na lei de desigualdade, exclusivamente matrimonializado e transpessoal. Ao largo do Código, e mesmo contra o Código Civil [1916] e até afrontando certos códigos culturais, os fatos foram veiculando sua reforma que abriu portas na jurisprudência e na legislação esparsa. Daí emergiu uma dimensão renovada, eudemonista, florescida para dar espaços à igualdade e à direção diárquica, à não discriminação.²⁴⁷

Amparado por Jean CARBONNIER, Eduardo de Oliveira LEITE resume as transformações no Direito de Família que foram impulsionadas pela Constituição, em cinco distintos rumos, a saber:

1) reconhecimento de outras formas de conjugalidade ao lado da família “legítima” (contra a antiga qualificação da família como legítima); 2) a igualdade absoluta de direitos e obrigações entre o homem e a mulher (contra a diferença de estatutos entre o homem e a mulher); 3) a paridade de direitos entre filhos de qualquer origem (contra a categorização dos filhos com diversidade de estatutos); 4) a dissolubilidade do vínculo matrimonial (contra a indissolubilidade do vínculo matrimonial) e 5) o reconhecimento das uniões estáveis (contra a proscrição do concubinato)²⁴⁸

Portanto, pode se concluir que a família contemporânea não se confunde com aquela funcionalizada²⁴⁹ de outrora e pode, conforme as mudanças culturais pela qual passa a sociedade, se moldar em diversas

²⁴⁷ FACHIN, Luiz Edson. Reforma do Direito Brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (orgs.). **Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos – Obrigações: estrutura e dogmática**. v.1. RT, 2011. p. 229-235. p. 233.

²⁴⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. O Direito de Família no Novo Código Civil. **Tuiuti: Ciência e Cultura**, n. 27, FCJ 03, p. 31-46, Curitiba, fev. 2002. p. 31-46. Disponível em: <http://www.utp.br/tuiuticienciaecultura/ciclo_2/FCJ/FCJ%2027/PDF/art%2002%20-%20o%20direito%20de%20familia....pdf>. Acesso em: 24 dez. 2012. p. 04.

²⁴⁹ MEIRELES, Rose Melo Venceslau. Em Busca da Nova Família: uma família sem modelo. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (Orgs.). **Pensamento Crítico do Direito Civil Brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 215-226. p. 216.

configurações a fim de atender aos princípios máximos da dignidade da pessoa humana.²⁵⁰

²⁵⁰ “Enfim, com o aporte interdisciplinar, a família pós moderna exige uma desconstrução do direito de família, para promover a passagem dos paradigmas da modernidade para os novos paradigmas da contemporaneidade, tendo como divisor de águas o rompimento com as verdades absolutas para dar espaço ao conhecimento científico do terceiro milênio, centrado na complexidade transformadora para privilegiar a intersubjetividade ao lado da razão.” BARBOSA. Águida Arruda. Conceito pós-moderno de família. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernandes. **Direito de Família...** Op. Cit., p. 26.

3. A PLURALIDADE DE FORMAS DAS FAMÍLIAS: RECONHECIMENTOS LEGISLATIVOS E CONQUISTAS JURISPRUDENCIAIS

É curioso pensar que poderia um texto normativo criar novas formas de relacionamento humano ou anteceder-los, especialmente relacionamentos de cunho afetivo de âmbito familiar. De fato, a Constituição da República nada criou, mas apenas reconheceu a existência²⁵¹ de fenômenos jurídicos fundados na *affectio* familiar que em outrora foram ignorados ou discriminados nos processos políticos²⁵² de codificação²⁵³, mas que já se identificavam neste mundo do ser.²⁵⁴

²⁵¹ “Sabemos que a realidade sempre antecede ao Direito. a jurisdicização de atos e fatos acontece a partir da vida cotidiana do sujeito. Está em franca decadência nos ordenamentos jurídicos contemporâneos a concepção de Direito como estrutura formal, que tinha o sujeito abstrato como ponto de partida, acompanhado dos papéis que desempenhava no trânsito jurídico, apenas como proprietário, marido, testador e contratante.” PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais...** Op. cit., p. 36-37.

²⁵² Nesse sentido, conforme aponta Hans Kelsen, “As leis são criadas por órgãos especiais instituídos para este fim e que funcionam segundo o princípio da divisão do trabalho. As normas do Direito consuetudinário adquirem existência através de uma determinada conduta dos indivíduos sujeitos à ordem jurídica. No primeiro caso, a autoridade produtora da norma e os indivíduos submetidos às normas não se identificam. Já no segundo caso tal identificação se verifica, pelo menos até certo ponto”. Kelsen, Hans. **Teoria Pura...** Op. cit., p. 160.

²⁵³ “A excessiva preocupação com os interesses patrimoniais que marcou o direito de família tradicional não encontra eco na família atual, vincada por outros interesses de cunho pessoal ou humano, tipificados por um elemento aglutinador e nuclear distinto – a afetividade. Esse elemento nuclear define o suporte fático da família tutelada pela Constituição, conduzindo ao fenômeno que denominamos repersonalização”. LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 25-26.

²⁵⁴ “Considerando o Direito como norma, não é possível admiti-lo como uma realidade natural. Aceitando o dualismo entre natureza-espírito, e recusando ao Direito a qualidade de ciência natural, Kelsen o classifica entre as ciências do espírito como uma realidade espiritual. Não obstante, a teoria pura só se ocupa do Direito positivo.” GOMES, Orlando. **Raízes Históricas...** Op. cit., p. 57.

Deste modo, a “abertura”²⁵⁵ constitucional de inúmeras possibilidades de formação de família²⁵⁶, experimentada em 1988, e a aparente “descodificação”²⁵⁷ do direito civil, no tocante a formação das instituições familiares, possibilitou diversas espécies de vínculos afetivos a deixar de existir no campo da “não legalidade”²⁵⁸, para então existir com a notoriedade pública formalmente legitimada e, conseqüentemente, com repercussões jurídicas qualificadas ao status familiar, sem distinções hierarquizadas entre si²⁵⁹. “De fato, o legislador constituinte apenas normatizou o que já representava a realidade de milhares de famílias brasileiras, reconhecendo que a família é um fato natural e o casamento uma solenidade, uma convenção

²⁵⁵ “A família contemporânea não corresponde àquela formatada pelo Código Civil, constituída por pai e mãe, unidos por um casamento regulado pelo estado a qual se conferia filhos legítimos. O grande numero de famílias não matrimonializadas, oriundas de uniões estáveis, ao lado de famílias monoparentais, denota a abertura de possibilidades às pessoas, para além de um único modelo de família” GIRARDI FACHIN, Rosana Amara. **Em Busca da Família...** Op. cit., p. 07.

²⁵⁶ Consoante ressaltam Pablo Stolze GAGLIANO e Rodolfo PAMPLONA FILHO, “(...) a expressão ‘família’ é gênero, que comporta diversas modalidades de constituição, devendo todas ser objeto de proteção do Direito.” GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito...** Op. cit., p. 40.

²⁵⁷ “Se a descodificação sempre esteve na nossa perspectiva de reforma do Direito Civil, é incontestável no Direito de Família a necessidade de se assumir a dimensão das grandes mudanças. O direito codificado não tem como acompanhar os acontecimentos, quer na rotina cotidiana quer nos acontecimentos de maior gravidade, a exigir provimentos legislativos diferenciados”. PEREIRA. Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito...** Op. cit., p. 06.

²⁵⁸ Considerando que, segundo a Teoria Pura do Direito, a contrariedade da norma prescrita resulta na sanção de invalidade da relação jurídica, (KELSEN, Hans. **Teoria Pura...** Op. cit., p. 13.), às relações afetivas, antes não reconhecidas pelo ordenamento jurídico, não se aplicam mais o princípio outrora traduzido no brocardo *quod nullum est nullum producit effectum*.

²⁵⁹ Ressaltam Cristiano Chaves FARIAS e Nelson ROSENVALD que A carta Magma estabelece em seu preâmbulo que, instituído o Estado democrático, a sua destinação tende a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. fica claro, portanto, que a interpretação de todo o texto constitucional deve ser fincada nos princípios da liberdade e igualdade, e despida de qualquer preconceito, porque tem como ‘pano de fundo’ o macro princípio da dignidade da pessoa humana, assegurado logo pelo art. 1º, III, como princípio fundamental da República.” ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito...** Op. cit., p. 85-86.

social, adaptando, assim, o Direito aos anseios e às necessidades da sociedade.”²⁶⁰

Nada obstante, imperioso é frisar que as entidades familiares designadas na Constituição são exemplificativas²⁶¹, porquanto são mais comuns. Todavia, “há uma tendência para ampliar o conceito de família para outras situações não tratadas especificadamente pelo Texto Maior”²⁶², classificando-se as demais entidades familiares como “tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no caput. Como todo conceito indeterminado depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade.”²⁶³

Sobre o pluralismo dos desenhos familiares inaugurada pela Constituição de 1988, Paulo Luiz Neto LÔBO afirma que:

Os tipos de entidades familiares explicitamente referidos na Constituição brasileira não encerram *numerus clausus*. As entidades familiares, assim entendidas as que preencham os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade, estão constitucionalmente protegidas, como tipos próprios, tutelando-se os efeitos jurídicos pelo direito de família e jamais pelo direito das obrigações, cuja incidência degrada sua dignidade e das pessoas que as integram. A Constituição de 1988 suprimiu a cláusula de exclusão, que apenas admitia a família constituída pelo casamento, mantida nas Constituições anteriores, adotando um conceito aberto, abrangente e de inclusão.²⁶⁴

²⁶⁰ Ibidem. p. 88.

²⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Pedido de Habilitação para Casamento perante a Vara de Registros Públicos. Recurso Especial nº 1.183.378/RS, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em: 25 out. 2011, publicação no DJe em: 01 fev. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1099021&sReg=201000366638&sData=20120201&formato=PDF>. Acesso em: 07 ago. 2012. p. 15.

²⁶² TARTUCE, Flávio; SIMÃO, Jose Fernando. **Direito Civil...** Op. cit., p. 27.

²⁶³ LÔBO. Paulo Luiz Netto. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Revista Brasileira de Direito de Família**. nº 12. jan-mar. 2002. p. 45.

²⁶⁴ Ibidem. p. 55.

No mesmo sentido, Maria Berenice DIAS afirma que:

O pluralismo das relações familiares - outro vértice da nova ordem jurídica - ocasionou mudanças na própria estrutura da sociedade. Rompeu-se o aprisionamento da família nos moldes restritos do casamento, mudando profundamente o conceito de família. A consagração da igualdade, o reconhecimento da existência de outras estruturas de convívio, a liberdade de reconhecer filhos havidos fora do casamento operaram verdadeira transformação na família.²⁶⁵

Não obstante, Paulo Luiz Neto LÔBO destaca que dentre todas estas famílias, denota-se a existência de algumas características comuns, sem as quais não há como se afirmar que o relacionamento possui “cunho familiar”. São estas características:

- a) afetividade, como fundamento e finalidade da entidade, com desconsideração do móvel econômico;
- b) estabilidade, excluindo-se os relacionamentos casuais, episódicos ou descomprometidos, sem comunhão de vida;
- c) ostensibilidade, o que pressupõe uma unidade familiar que se apresente assim publicamente.²⁶⁶

Concorde a sistematização do autor, pode-se concluir que, apesar da liberdade conferida pela Constituição para que as indeterminadas formas de relacionamento afetivo possam vir ser a reconhecidas como entidade familiar, a afetividade, a estabilidade e a ostensibilidade são características essenciais e complementadoras entre si, de modo que impossível seria o reconhecimento de uma família que eventualmente se apresente sem uma destas características.

²⁶⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT. 2007. p. 39.

²⁶⁶ LÔBO, Paulo Luiz Neto. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Revista Brasileira...** Op. cit., p. 42.

Também objetivando designar uma conceituação do que seja família, em uma definição mais volitiva, Pablo Stolze GALGIANO e Rodolfo PAMPLONA FILHO afirmam que “família é o núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vínculo socioafetivo, teologicamente vocacionada a permitir a realização plena de seus integrantes”²⁶⁷

Num arremate geral, não é equivocado afirmar que a Constituição de 1988 promoveu a superação das antigas características do direito de família – conforme já apresentado anteriormente: patriarcal, heterossexual, matrimonializada, monogâmica, hierarquizada e transpessoal²⁶⁸ –, criando regimes especiais de relacionamentos familiares, que marcam, um a um, a superação deste antigo sistema.

Nesse sentido, são oportunas algumas considerações sobre alguns dos principais desenhos familiares expressamente reconhecidos pela Constituição.

3.1 A reinvenção do casamento

Embora o casamento não seja novidade na Constituição de 1988²⁶⁹, é inegável o reconhecimento que a sua configuração sócio-jurídico moderna

²⁶⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito...** Op. cit., p. 44.

²⁶⁸ Para um exame mais detalhado sobre as origens do Direito de Família brasileiro, recomenda-se: GIRARDI FACHIN, Rosana Amara. **Em Busca da Família...** Op. cit.

²⁶⁹ “A regulamentação social do casamento, como forma de legitimar a união duradoura entre o homem e a mulher, surgiu entre nós através dos ditames da religião, notadamente a partir do Concílio de Trento em 1563, que decretou as regras a serem observadas na solenidade”. OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. **Direito de Família: aspectos sociojurídicos do casamento, união estável e entidades familiares.** São Paulo: Atlas, 2011. p. 05.

restou modificada com o advento do “estatuto jurídico da família contemporânea”²⁷⁰ inaugurado pela nova ordem constitucional.²⁷¹

Isto porque, “a evidente preocupação constitucional em ressaltar a igualdade substancial entre homem e mulher parece decorrer da necessidade de pôr cobro a um tempo discriminatório em que o homem chefiava a relação conjugal, subjugando a mulher”²⁷², superando definitivamente, ainda que meramente de forma política, o caráter patriarcal do Direito de Família.

Conforme é defendido por Rosana Amara GIRARDI FACHIN, com as transformações sociais do século XX,

“O locus matrimonializado se modifica, no ideal de realização de seus membros: decorre daí que a família se transforma, na medida em que aquele caráter patrimonial herdado é subjugado ao interesse da felicidade das pessoas que a compõem.

Neste novo quadro, tratamentos preconceituosos como a ‘chefia’ da sociedade conjugal pelo marido e a ‘ameaça’ da estabilidade formal do casamento pela insurgência cada vez maior de uniões extramatrimoniais, diante da nova ordem pública constitucional, tendem a ser superados.”²⁷³

Ou seja, “com a instalação da igualdade e da liberdade na família, o vínculo jurídico cedeu parte de seu espaço à verdade sócio-afetiva. Felicidade e afeto demarcaram seu espaço na noção jurídica de família em todas as esferas, a exemplo do que já havia acontecido na realidade social.”²⁷⁴

²⁷⁰ GIRARDI FACHIN, Rosana Amara. **Em Busca da Família...** Op. cit., p. 71.

²⁷¹ Para uma análise mais aprofundada sobre os valores econômicos e sociais que circundavam o matrimônio em sua instituição, confira-se: ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 12. ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1991.

²⁷² ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito...** Op. cit., p. 118.

²⁷³ GIRARDI FACHIN, Rosana Amara. **Em Busca da Família...** Op. cit., p. 82.

²⁷⁴ CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Repensando Fundamentos...** Op. cit., p. 291.

Nesse caminho, a chefia da sociedade familiar se deslocou²⁷⁵, oficialmente, da figura patriarcal hierarquizada²⁷⁶ para a sociedade familiar, sobrevalorizando a dignidade de todos os seus componentes, porquanto a família passou a ser estruturada, desde a sua formação, em torno do princípio da afetividade²⁷⁷.

Ademais, pode ainda o matrimônio ser desfeito²⁷⁸, nos casos em que a união não traga mais à pessoa a satisfação almejada pela formação da entidade familiar²⁷⁹, nada obstante poder ser refeita inúmeras vezes.

Na seara das relações pessoais, o matrimônio deixou de ser o “divisor jurídico”²⁸⁰ de formação de uma família adjetivada pelo ordenamento jurídico

²⁷⁵ Nesse sentido, Marcos Alves da SILVA acusa que: “a perpetuidade do ‘pátrio poder’ e a autoridade despótica do pater famílias seriam inconciliáveis com os novos tempos, em que o indivíduo livre e autônomo se despontava como abstração jurídica conformadora da noção de sujeito de direito.” SILVA, Marcos Alves. **Do Pátrio Poder...** Op. cit., p. 46.

²⁷⁶ “O ocidental capta a família patriarcal matrimonializada e hierarquizada. Uma ordem de ideias e de interpretação, vertente do moderno, clássico a partir das fontes romanas. Uma estrutura de família como unidade: jurídica, religiosa e política. A família moldada.” FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos...** Op. cit., p. 30.

²⁷⁷ “A afetividade é construção cultural, que se dá na convivência, sem interesses materiais, que apenas secundariamente emergem quando ela se extingue. Revela-se em ambiente de solidariedade e responsabilidade. Como todo princípio, ostenta fraca densidade semântica, que se determina pela mediação concretizadora do intérprete, ante cada situação real. Pode ser assim traduzido: onde houver uma relação ou comunidade unidas por laços de afetividade, sendo estes suas causas originária e final, haverá família.” LÔBO, Paulo Luiz Neto. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Revista Brasileira...** Op. cit., p. 47.

²⁷⁸ Sobre a lei do Divórcio (BRASIL. **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977**. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16515.htm>. Acesso em: 07 ago. 2012), Cf. GIRARDI FACHIN, Rosana Amara. **Em Busca da Família...** Op. cit., p. 78-80.

²⁷⁹ OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. **Direito de Família...** Op. cit., p. 17.

²⁸⁰ FACHIN, Luiz Edson. Inovação e Tradição do Direito de Família Contemporâneo do Novo Código Civil Brasileiro. In: MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. (Coords.). **Atualidades do Direito de Família e Sucessões**. Sapucaia do Sul: Notadez. 2008. p. 247-266. p. 260.

como legítima, tal como ocorria por meio do artigo 229²⁸¹ do Código Civil de 1916.

De fato, a ideia de legitimação da família antecede o direito civil oitocentista, datando-se esta elevação da instituição a partir do século IV, com a queda do Império Romano e a ascensão da Igreja, momento em que se inicia a incorporação dos valores cristãos acerca da família, agora fundada na sacralização do matrimônio enquanto instituição pública e sujeita à ingerência de normas estatais²⁸², inclusive no que se refere a filiação²⁸³ entre os filhos naturais nascidos dentro do casamento e os chamados espúrios, bem como em relação aos adotados, tanto no que se refere ao seu reconhecimento, quanto aos efeitos jurídicos próprios da parentalidade.²⁸⁴

Todavia, não se pode falar que o novo desenho da família matrimonializada²⁸⁵ pela Constituição de 1988 é estática, pois, ainda hoje, as

²⁸¹ “Art. 229. Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos (arts. 352 a 354).” BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Estabelece o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 07 ago. 2012.

²⁸² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito...** Op. cit., p. 31.

²⁸³ “A bastardia do direito canônico, travestida de ilegitimidade no âmbito do direito civil, durante largos anos, constituiu impedimento à formação dos laços de autoridade parental entre pais e filhos considerados espúrios.” SILVA, Marcos Alves. **Do Pátrio Poder...** Op. cit. p. 49.

²⁸⁴ As normativas eclesiais sobre o casamento, estabelecidas no Concílio de Trento, perduraram no Brasil até 1890, quando se deslocou a competência para a celebração do casamento das autoridades religiosas para as autoridades civis, por meio do decreto 181 de 24 de janeiro de 1890. (WALD, Arnoldo. **O Novo Direito de Família**. Curso de Direito Civil. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 1999. p. 41.)

²⁸⁵ “Uma redefinição nítida dos papéis conjugais nos últimos anos estimulou a busca da divisão de responsabilidades entre marido e mulher, além de um maior equilíbrio na relação. A família matrimonializada de hoje apresenta-se e desenvolve-se a partir de uma modalidade de co-gestão, onde os interesses comuns e individuais dos cônjuges e dos filhos devem ser buscados e conquistados conjuntamente. A igualdade entre os cônjuges, inscrita no § 5º do artigo 226 do texto constitucional, bem como a isonomia entre todos os filhos, afirmada no § 6º do artigo 227, devem ser consideradas como marcos fundamentais da reforma do Direito de Família, ficando demonstrada a superação do modelo patriarcal clássico, concebido na codificação civil.” BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. O pluralismo no Direito de Família Brasileiro. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen. (coords.). **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 255-278. p. 262.

famílias sofrem influência das constantes transformações sociais pelas quais passam a sociedade moderna²⁸⁶, tais como a possibilidade de conversão de união estável heteroafetiva ou homoafetiva em casamento, nos termos do artigo 1.723²⁸⁷ do atual Código Civil, ou a celebração direta do matrimônio para pessoas do mesmo sexo, iniciada mediante a habilitação dos nubentes perante o Registro Civil, direito que, embora ainda não esteja positivado, já foi reconhecido pela Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no

²⁸⁶ Aponta Giselda Maria Fernandes Novais HIRONAKA que: “A evolução dos costumes, em face da diversa necessidade humana a cada época, nos informa que a família pôde se apresentar, neste cenário, com roupagem diferenciada, ela também.” HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito Civil...** Op. cit., p. 23.

²⁸⁷ “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.” BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 07 ago. 2012.

julgamento do Recurso Especial nº 1.183.378, de relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão em 25 de outubro 2011.²⁸⁸

O matrimônio, para a sociedade pós-1988, portanto, pode ser definido como sendo “um contrato especial do Direito de Família, por meio do qual os cônjuges formam uma comunidade de afeto e existência, mediante a instituição de direitos e deveres, recíprocos e em face dos filhos, permitindo, assim, a realização de seus projetos de vida.”²⁸⁹

Nada obstante as transformações sociais, o matrimônio ainda se apresenta, por inúmeras razões sociais (tradição, filosofia, religião, etc.), como

²⁸⁸ “DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 E 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF. (...) 8. Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar. 9. Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo "democraticamente" decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos. 10. Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis. 11. Recurso especial provido.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Pedido de Habilitação para Casamento perante a Vara de Registros Públicos. Recurso Especial nº 1.183.378/RS, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em: 25 out. 2011, publicação no DJe em: 01 fev. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1099021&sReg=201000366638&sData=20120201&formato=PDF>. Acesso em: 07 ago. 2012.

²⁸⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito...** Op. cit., p. 118-119.

a forma ideal de relacionamento afetivo, quedando-se as demais formas de união afetiva á um status social inferior ao casamento.

A guisa de uma breve conclusão, verifica-se que a reestruturação do casamento a partir da Constituição de 1988, marca, ainda que tão somente de forma política, a superação do patriarcalismo hierarquizado que moldou o Direito de Família de outrora, assim como também retrata a superação da instituição econômica, tornando-se a família o espaço de realização afetiva de seus membros.

3.2 O “surgimento” da união estável: das relações de concubinato à constitucionalização da união não matrimonializada.²⁹⁰

Porquanto o sistema legal já estava incompatível com a latente “realidade social afetiva”²⁹¹ de uniões não matrimonializadas, a Constituição Federal promoveu o reconhecimento expresso de validade às famílias não fundadas exclusivamente no casamento.²⁹²

Todavia, “a consagração de uma nova realidade familiar, pelo texto constitucional, contradizendo, ainda que em parte, o tradicional formalismo

²⁹⁰ Para um estudo mais aprofundado sobre a história do concubinato e da união estável, confira-se: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e União...** Op. cit., p.32-36, 47-57; MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito...** Op. cit., p. 18-19; CZAJKOWSKI, Rainer. **União Livre:** à luz das leis 8.971/94 e 9.278/96. Curitiba: Juruá, 1996; e OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **União Estável:** do concubinato ao casamento: antes e depois do novo código civil. 6. ed. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2003.

²⁹¹ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. **Família Sem Casamento:** de relação existencial a realidade jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 77-82.

²⁹² “Enfim, a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, impulsionada pelas expressivas modificações do contexto político, econômico e social do País, tratou de forma mais pontual a família, provocando uma verdadeira revolução no Direito de Família. Afinal, ‘o direito é produto dos círculos sociais, é formula de coexistência dentre deles’. Era imperioso que a norma constitucional entrasse em compasso com os fatos sociais e os sentidos axiológicos dados por seus destinatários, sob pena de nascer velha e tornar-se ineficaz” PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais...** Op. cit., p. 192.

em matéria de relações familiares, ocasionou uma certa perplexidade entre os operadores jurídicos brasileiros”²⁹³

A união estável ou união concubinatória, apesar de reconhecida pela Ordem Constitucional como relação de família, ainda possuía sua tratativa jurídica relacionada à seara do Direito das Obrigações²⁹⁴⁻²⁹⁵. E, “com o crescente número de casais vivendo em regime de união estável, é natural que se pense em estabelecer as regras desse convívio.”²⁹⁶

A primeira regulação sobre o tema das uniões estáveis foi a Lei nº 8.971 de 29 de dezembro de 1994²⁹⁷, de iniciativa do Senador Nelson Carneiro²⁹⁸, que, na brevidade de 3 artigos²⁹⁹, inicialmente, “embora não utilize a expressão ‘união estável’, dá-lhe substância ao definir³⁰⁰ como ‘companheiro’ homem e mulher que mantenham união comprovada, no estado de solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, por mais de cinco anos ou com prole”³⁰¹.

²⁹³ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. **Família...** Op. cit., p. 117.

²⁹⁴ “Também enfatizamos que muitos julgados consideravam os efeitos do concubinato ou da união estável, no plano material, como consequência do direito das obrigações, enquanto outras decisões preferiam admitir que, especialmente em virtude do disposto na Constituição de 1988, a matéria devia ser caracterizada como sendo de direito de família”. WALD, Arnaldo. **O Novo Direito...** Op. cit., p. 217.

²⁹⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e União...** Op. cit., p. 200-201.

²⁹⁶ *Ibidem*. p. 70.

²⁹⁷ BRASIL. **Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994**. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm>. Acesso em: 16 ago. 2012.

²⁹⁸ BRASIL. SENADO FEDERAL. CARNEIRO, Nelson. **Projeto de Lei nº 37/1992**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=25343>. Acesso em: 16 ago. 2012.

²⁹⁹ Considerando que os artigos 4º e 5º dispõem sobre a *vacatio legis* e a *ab-rogação* das disposições em contrário.

³⁰⁰ **Art. 1º** A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade. **Parágrafo único.** Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva.

³⁰¹ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **União Estável...** Op. cit., p. 31.

Todavia, mostra-se este artigo, desde o seu nascimento, em desacordo com o entendimento já consolidado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, editado por meio da súmula nº 382³⁰².

No seu artigo 2º³⁰³, a lei regula o direito de herança dos bens do “companheiro”, ou o usufruto de ¼ do acervo, nos casos em que o *de cujus* tiver descendentes, ou ½, na hipótese de inexistirem descendentes, mas existirem ascendentes.

Nada obstante, o artigo terceiro da referida lei estabelecer o direito de meação do companheiro³⁰⁴, verifica-se que tal dispositivo não implicou em significativas mudanças na seara jurídica, visto que este direito de participação meeira já era reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, a teor da Súmula nº 380³⁰⁵.

Referida lei, na época de sua positivação, sofreu duras críticas, seja porque confrontou todas as conformações jurídicas institucionalmente predominantes até então³⁰⁶, seja porque não teve êxito em garantir a máxima

³⁰² “A vida em comum sob o mesmo teto, “more uxório”, não é indispensável à caracterização do concubinato.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula** nº 382. Brasília. 03 abr. 64.

³⁰³ **Art. 2º** As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições: **I** - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujos, se houver filhos ou comuns; **II** - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujos, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes; **III** - na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

³⁰⁴ **Art. 3º** Quando os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro, terá o sobrevivente direito à metade dos bens.

³⁰⁵ “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula** nº 380. Brasília. 03 abr. 1964.

³⁰⁶ Especial destaque dá-se ao artigo publicado o jornal Folha de São Paulo, de lavra do então Ex-Ministro da Justiça José Saulo Pereira Ramos, intitulado “A ‘Lei Piranha’ ou o fim do casamento à moda antiga” RAMOS, José Saulo Pereira. A “Lei Piranha” ou o fim do casamento á moda antiga”. **Folha de São Paulo: Caderno Opinião**. São Paulo, 21 mar. 1995.

eficácia do parágrafo terceiro do artigo 226 da Constituição.³⁰⁷ Eis que algumas questões ainda careciam de tutela jurídica, tal como o procedimento de sua conversão em casamento³⁰⁸, ou mesmo o seu reconhecimento de relação familiar.

Somente após dois anos depois da edição da lei nº 8.971/1994, se sobrevém, ao ordenamento, a lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996³⁰⁹, trazendo poucas, porém, significantes inovações na seara do direito dos conviventes.

Os artigos 1º³¹⁰ e 9º³¹¹, ressaltam a natureza familiar das uniões não matrimonializadas; primeiro definindo a união estável como aquela decorrente da “convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família”, depois, porque

³⁰⁷ “Na realidade, também surgiram dúvidas quanto ao efeito imediato do art. 226, § 3º, da CF, entendendo alguns que a sua vigência deveria depender de regulamentação pela lei ordinária, enquanto outros preferiam considera-lo de caráter auto aplicável. Também a interpretação do mencionado artigo, que se referia à união estável e à proteção que o Estado deveria dar-lhe, não conseguiu ser uniforme. Efetivamente, o reconhecimento da união estável como entidade familiar poderia significar sua equiparação ao casamento ou então, uma proteção menor do que a dada às justas núpcias, com o incentivo à conversão do concubinato em matrimônio, ao qual alude o legislador constituinte, especialmente quando afirma que a lei deve ‘facilitar sua conversão em casamento’”. WALD, Arnaldo. **O Novo Direito...** Op. cit., p. 217-218.

³⁰⁸ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **União Estável...** Op. cit., p. 92.

³⁰⁹ BRASIL. **Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996**. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19278.htm>. Acesso em: 19 ago. 2012.

³¹⁰ **Art. 1º** É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

³¹¹ **Art. 9º** Toda a matéria relativa à união estável é de competência do juízo da Vara de Família, assegurado o segredo de justiça.

determina que todas as demandas judiciais relativas à união estável sejam discutidas perante os Juízos de Família³¹².

Ainda sobre o artigo 1º, extrai-se o desenho de uma família heterossexual, contínua – sem determinação de tempo mínimo para caracterização –, não intermitente e pública, ou seja, com estabilidade e não clandestina/escondida, além de um elemento subjetivo correspondente a vontade de constituir família.

No artigo 2º³¹³, verifica-se a instituição de regras e deveres inerentes à família formada pela união estável, tais como os deveres de respeito, consideração mútua, assistência moral e material.³¹⁴

No artigo 5º³¹⁵, o direito de meação, que já era tratado na lei 8.971/94, ganhou maior amplitude, eis que equiparou os efeitos patrimoniais da união estável ao regime de comunhão parcial de bens, determinando-se a comunhão

³¹² O grande temor do Ex-Ministro José Saulo Pereira RAMOS, que, ao comentar a lei nº 8.971/94, já “temia” que as relações de união estável fossem transportadas às Varas de Família, tal como as matérias relativas ao matrimônio. Extrai-se de seu artigo publicado no caderno Opinião do jornal Folha de São Paulo: “(...)O Poder Judiciário, dentre suas reformas necessárias, que trate de programar também a extinção das Varas de Família e, em seu lugar, instalar as Varas Piranhas(os); e Antônio Carlos Magalhães, no próximo discurso, que reserve pedras, não digo as primeiras, mas algumas, para atirar contra o lado de dentro do Legislativo Federal, posto que, para fazer lei como essa, é melhor que se suicide, o Congresso, não ACM, velho amigo de tanto tempo, que certamente haverá de propor um projeto revogando todas essas vergonhas.” RAMOS, José Saulo Pereira. A “Lei Piranha” ou o fim do casamento á moda antiga”. **Folha de ...** Op. cit.

³¹³ **Art. 2º** São direitos e deveres iguais dos conviventes: **I** - respeito e consideração mútuos; **II** - assistência moral e material recíproca; **III** - guarda, sustento e educação dos filhos comuns.

³¹⁴ Embora a lei trate de guarda, sustento e educação dos filhos comuns, entende-se que a Constituição de 1988, por meio dos artigos 266, §7º, 277 (*caput*) e §7º, e 229, tais matérias são relativas à seara dos direitos e deveres que decorrem diretamente da parentalidade e não da união estável tal como desenhada no ordenamento jurídico.

³¹⁵ **Art. 5º** Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito. **§ 1º** Cessa a presunção do *caput* deste artigo se a aquisição patrimonial ocorrer com o produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união. **§ 2º** A administração do patrimônio comum dos conviventes compete a ambos, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

dos bens adquiridos ao longo da união, sem a necessidade de comprovação de participação econômica, tal como era determinado, inclusive, pela súmula nº 380 do Supremo Tribunal Federal.

Todavia, a referida lei trouxe significativa restrição ao direito real dos companheiros em seu artigo 7º³¹⁶, eis que o direito real de habitação do imóvel destinado à residência da família é menor ao direito de usufruto, ainda que de ¼ do patrimônio do “*de cujus*”.

Por fim, depreende-se que a referida lei trouxe a regulamentação prevista na Constituição quanto à possibilidade de conversão da união estável em casamento, a ser realizada perante o Oficial de Registro Civil do domicílio dos conviventes.³¹⁷

Com a sobrevinda do Código Civil de 2002, algumas regras relativas à união estável restaram alteradas.

O artigo 1.723³¹⁸ do Código Civil, em compasso com a jurisprudência, retirou o elemento temporal para a configuração da união estável. Todavia, estabeleceu a proibição de uniões estáveis entre aqueles impedidos de se casarem, excetuados os casos em que a pessoa casada já se encontre separada de fato de seu cônjuge. Nestes casos, por expressa determinação do artigo

³¹⁶ **Art. 7º** Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos. **Parágrafo único.** Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

³¹⁷ **Art. 8º** Os conviventes poderão, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, por requerimento ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio.

³¹⁸ **Art. 1.723.** É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. § 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente. § 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

1.729³¹⁹, as relações entre estes impedidos de casar constituem concubinato^{320 321}.

Acerca da possibilidade de conversão da união estável em casamento, o código civil trouxe a obrigatoriedade de submeter o pedido de conversão ao Poder Judiciário, nos termos do artigo 1.726³²².

Embora se verifiquem inúmeras tentativas legislativas de traçar regulamentações à união estável, impossível não destacar que todas essas tentativas acabam, inevitavelmente, na contradição de que estas uniões não matrimonializadas se formam no ínterim de se constituírem sem as regras da intervenção estatal. Rodrigo da Cunha PEREIRA comenta este conflito entre a norma e a realidade das relações não matrimonializadas:

A regulamentação das uniões estáveis esbarra em uma contradição. Será mesmo possível estabelecer regras para as uniões que têm por natureza e essência exatamente não estar sob a égide das normas do Estado? Ora, se as pessoas não se casam oficialmente é porque não querem fazê-lo, ainda mais com a possibilidade de divórcio. É de se perguntar então: com o estabelecimento de regras para a união estável praticamente idênticas ao casamento, qual alternativa restará à pessoa que não quiser se casar e preferir viver em regime de união estável? Certamente nenhuma, pois esses regulamentos, em geral, tendem sempre a aproximá-la do casamento e, desta maneira, ainda que não se case, a pessoa estaria em um instituto idêntico ao do casamento, embora com outro nome. Neste raciocínio,

³¹⁹ **Art. 1.727.** As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

³²⁰ Oportuno é considerar se o instituto do concubinato expresso no código civil possui o condão de desmerecer este tipo de arranjo afetivo ao ponto de não ser considerado família. Isto é, pode o concubinato ser alçado à condição de família? Ao que tudo indica, sim. Inclusive para que seja objeto de tutela do Estado, nos termos do artigo 226 da Constituição Federal.

³²¹ Parece-nos que hoje, ao se falar em concubinato, fala-se de relação afetiva em que não se encontra um elemento configurador da união estável – afinidade, estabilidade e publicidade –, mas que ainda assim pode demandar efeitos patrimoniais. OLIVEIRA, Euclides. União Estável na Jurisprudência do STJ e do STF. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernandes. **Direito de Família e das Sucessões: Temas Atuais.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 215-235. p. 218.

³²² Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

regulamentar a união estável seria praticamente acabar com ela, matá-la em sua essência, que é exatamente não estar preso às regras do casamento. A união estável é um instituto em que os sujeitos desejam um espaço onde possam criar novas regras de convivência.³²³

Por outro lado, curioso é pensar também, que a própria tentativa de regulamentar e designar elementos que definam o que pode ser uma união estável podem servir, por vezes, de instrumento de discriminação. Tal como ocorreu, por anos, em relação às uniões homoafetivas.

3.3 As Famílias Formadas por Pessoas do Mesmo Sexo

Conforme já foi tratado, grande foi a influência do Direito Canônico para formação da moral majoritária positivada nos primeiros *Codex* estatais.³²⁴

De fato, segundo consta no Livro Sagrado do Cristianismo, a união de carne entre o Homem e a Mulher feita por Deus em Gênesis³²⁵ possui repercussões tanto em outras passagens do Antigo, quanto do Novo Testamento³²⁶. Todavia, merece destaque o livro de Levíticos, em que Deus apresenta a Moises as regras para que a humanidade vivesse em união com a santidade. No Capítulo 18, versículo 22, a palavra de Deus é enfática: “Com homem não te deitarás, como se fosse mulher; abominação é”³²⁷. No mesmo

³²³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e União...** Op. cit., p. 71.

³²⁴ Consoante nos recorta Terry EAGLETON: (...) a moralidade moralidade muitas vezes tem sido uma maneira de abafar questões políticas concretas, reduzindo-as ao pessoal.” EAGLETON, Terry. **Depois da Teoria: um olhar sobre os estudos culturais e o pós-modernismo.** OLIVEIRA, Maria Lúcia (Trad.). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 194.

³²⁵ Gênesis, Capítulo 2, versículo 24. Bíblia. Português. **Bíblia Sagrada.** Disponível em: <<http://www.bibliaonline.com.br>>. Acesso em: 06 set. 2012.

³²⁶ Marcos, Capítulo 10, versículos 06-09. Bíblia. Português. **Bíblia Sagrada.** Disponível em: <<http://www.bibliaonline.com.br>>. Acesso em: 06 set. 2012.

³²⁷ Bíblia. Português. **Bíblia Sagrada.** Disponível em: <<http://www.bibliaonline.com.br>>. Acesso em: 06 set. 2012.

livro, agora no capítulo 20, versículo 13, Deus afirma: Quando também um homem se deitar com outro homem, como com mulher, ambos fizeram abominação; certamente morrerão.”³²⁸

Aliás, a “Ira de Deus” ante ao pecado dos sodomitas³²⁹, não restou marcada apenas no livro dos gênesis do Antigo Testamento. O castigo de Deus aos homens ímpios é mencionado tanto no Antigo quanto no Novo Testamento.³³⁰

³²⁸ Não apenas em Levíticos a homossexualidade é reprovada. No 1º livro de Coríntios, capítulo 6, versículos 09-10, lê-se: “Vocês não sabem que os perversos não herdarão o Reino de Deus? Não se deixem enganar: nem imorais, nem idólatras, nem adúlteros, nem homossexuais passivos ou ativos, nem ladrões, nem avarentos, nem alcoólatras, nem caluniadores, nem trapaceiros herdarão o Reino de Deus.”, Em Romanos, capítulo 1, versículos 18;24-27: “Portanto, a ira de Deus é revelada do céu contra toda impiedade e injustiça dos homens que suprimem a verdade pela injustiça, (...) Por isso Deus os entregou à impureza sexual, segundo os desejos pecaminosos dos seus corações, para a degradação dos seus corpos entre si. Trocaram a verdade de Deus pela mentira, e adoraram e serviram a coisas e seres criados, em lugar do Criador, que é bendito para sempre. Amém. Por causa disso Deus os entregou a paixões vergonhosas. Até suas mulheres trocaram suas relações sexuais naturais por outras, contrárias à natureza. Da mesma forma, os homens também abandonaram as relações naturais com as mulheres e se inflamaram de paixão uns pelos outros. Começaram a cometer atos indecentes, homens com homens, e receberam em si mesmos o castigo merecido pela sua perversão.” No 1º livro de Timóteo, Capítulo 01, versículos 08-11: “Sabemos que a lei é boa, se alguém a usa de maneira adequada. Também sabemos que ela não é feita para os justos, mas para os transgressores e insubordinados, para os ímpios e pecadores, para os profanos e irreverentes, para os que matam pai e mãe, para os homicidas, para os que praticam imoralidade sexual e os homossexuais, para os seqüestradores, para os mentirosos e os que juram falsamente; e para todo aquele que se opõe à sã doutrina. Essa sã doutrina se vê no glorioso evangelho que me foi confiado, o evangelho do Deus bendito.” Bíblia. Português. **Bíblia Sagrada**. Disponível em: <<http://www.bibliaonline.com.br>>. Acesso em: 06 set. 2012.

³²⁹ Em Gênesis, capítulo 19, após dois anjos ao constatarem a perversão que dominara os homens da cidade de Sodoma, fez o Senhor chover enxofre e fogo sobre as Sodoma e Gomorra. Bíblia. Português. **Bíblia Sagrada**. Disponível em: <<http://www.bibliaonline.com.br>>. Acesso em: 06 set. 2012.

³³⁰ No Segundo livro de Pedro, no capítulo 02, versículo, deus “condenou à destruição as cidades de Sodoma e Gomorra, reduzindo-as a cinza, e pondo-as para exemplo aos que vivessem impiamente;” e no 1º capítulo de Judas, versículo 7: “De modo semelhante a estes, Sodoma e Gomorra e as cidades em redor se entregaram à imoralidade e a relações sexuais antinaturais. Estando sob o castigo do fogo eterno, elas servem de exemplo.” Bíblia. Português. **Bíblia Sagrada**. Disponível em: <<http://www.bibliaonline.com.br>>. Acesso em: 06 set. 2012.

Seguindo tais influências do ideário cristão, a união afetiva de pessoas do mesmo gênero foi totalmente ignorada pelo Direito brasileiro pré-constitucional, inclusive, imediatamente pós-constitucional. Conforme descrito por Guilherme Calmon Nogueira da GAMA

Da mesma forma como o companheirismo já foi totalmente desconsiderado pelo Direito, mormente no Código Civil brasileiro quando do seu advento, o mesmo tratamento vinha sendo dispensado às uniões homossexuais, em tempos mais próximos (...) Na maioria dos ordenamentos jurídicos vigentes, no entanto, a matéria continua sendo relegada do tratamento jurídico-legal, como se não existisse. Aliás, a própria construção doutrinária para justificar a inviabilidade do reconhecimento jurídico do casamento entre pessoas do mesmo sexo se assenta na teoria da inexistência jurídica, diante do princípio do direito material segundo o qual *pás de nullité sans texte*.³³¹

Além da inexistência da previsão normativa que desse reconhecimento à união de pessoas do mesmo sexo, a lógica normativa estrutural do Direito de Família vigente à época, como já dito, era vinculada ao matrimônio andrógino³³² em que se pré-estabeleciam funções (de complementaridade conjugal) entre o marido e a esposa, inexistindo, portanto, a tutela de membros de um mesmo gênero em um único grupo familiar.

Sendo assim, qualquer união não matrimonializada – ainda que heterossexual – não poderia ser alçada à condição de família, visto a

³³¹ GAMA, Guilherme Nogueira da. **O Companheirismo...** Op. cit., p. 490.

³³² Afirma Caio Mário da Silva PEREIRA que: “o ato nupcial não tem em vista a união de duas pessoas quaisquer, porém de duas pessoas do sexo oposto”. PEREIRA. Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito...** Op. cit., p. 79.

incompatibilidade preexistente no ideário moral majoritário positivado na ordem jurídica estatal.³³³

Aliás, o argumento da moralidade ainda é muito associado aos debates sobre a sexualidade, especialmente para fundamentar eventuais restrições à liberdade sexual dos indivíduos, seja em relação aos homossexuais, ou à mulher e a possibilidade de que a exploração de sua sexualidade seja algo prazeroso.³³⁴

Sem muitas digressões sobre a sexualidade e moral, aponta-se ser apropriado a opção da “indiferença moral” escolhida por Richard Allen POSNER sobre o tema. Afirma o jurista que:

(...) uma moralidade que tome o sexo como moralmente indiferente não é exatamente um paradoxismo. Na realidade, considerar o sexo moralmente indiferente é vê-lo da mesma forma como vemos o ato de dirigir um carro. Dirigir é uma atividade potencialmente perigosa para quem dirige e para e para os outros. Mesmo assim, as análises éticas e políticas dessa atividade não se veem constringidas por tabus, estigmas ou apelos à natureza ou à divindade. O ato de dirigir é considerado útil, prazeroso, racional; portanto, e principalmente, privado, o que significa que só é apropriado submetê-lo a restrições jurídicas e sociais limitadas. Livrar o sexo de sua carga moral, na medida que for possível fazê-lo, abre o caminho para a abordagem milliana desse tema, o que acontece naturalmente quando os temas discutidos são moralmente indiferentes, como o ato de dirigir, o de comer (para quem não é vegetariano nem devoto de alguma religião que imponha restrições nutricionais) e o de jogar bridge”³³⁵

³³³ Segundo Luiz Edson FACHIN, “Há um vazio na doutrina civilista brasileira, que vai do desconhecimento à rejeição de novas ideias, e quando tênues construções metodológicas se avizinham das atividades de estudo, a técnica engessada das fórmulas acabadas torna a tentativa um tema perdido no ar” FACHIN, Luis Edson. “Virada de Copérnico”: um convite à reflexão sobre o Direito Civil brasileiro contemporâneo. In: _____. **Repensando Fundamentos...** Op. cit., p. 318.

³³⁴ Cf. *The Economist. Pleasure Principles: How morality became personal in 18th-century England*. In: *The Economist Newspaper Limited*, Londres. Disponível em: <<http://www.economist.com/node/21547230>>. Acesso em: 09 fev. 2013.

³³⁵ POSNER, Richard. Allen. **Para Além ...** Op. cit., p. 365.

No entanto, “as relações afetivas entre duas pessoas do mesmo sexo constituem uma realidade vista e reconhecida em muitos lugares”³³⁶. E, nada obstante, “a realização personalística da afetividade e do desenvolvimento da personalidade, bem como para um melhor atendimento da dignidade da pessoa humana, norteiam a superação do preconceito, propagando-se a paridade de direitos para parcerias homossexuais.”³³⁷

Todavia, o reconhecimento dessas relações homoafetivas foi lento e gradual.³³⁸ Conforme bem ressalta Paulo Luiz Netto LÔBO; “os tribunais demonstram maior receptividade para atribuição de efeitos às uniões homossexuais, no plano do direito das obrigações, como ‘sociedade de fato’, relativamente às matérias patrimoniais, para o que a competência de julgamento é a Vara Cível comum e não a Vara de Família”^{339, 340}.

Conforme destaca Estefânia Maria de Queiroz BARBOZA sobre o caminhar jurisprudencial acerca do direito homoafetivo as primeiras decisões foram relacionadas ao “aspecto ligado ao direito de herança, assim como em

³³⁶ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. O pluralismo no Direito de Família Brasileiro. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen. (coords.). **Direitos Fundamentais...** Op. cit., p. 268.

³³⁷ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Apresentação. In: _____. **A Construção dos Novos...** Op. cit., p. 21

³³⁸ Embora em todo mundo os movimentos LGBT (lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros) venham conquistando inúmeras, conforme destaca o então Secretário-Geral das Nações Unidas, Ban KI-MOON, declara a preocupação da Organização a combater as formas de violência e discriminação às pessoas LGBT. KI-MOON, Ban. **Remarks to special event on "Leadership in the Fight against Homophobia"** Disponível em: <http://www.un.org/apps/news/infocus/speeches/statments_full.asp?statID=1738>. Acesso em: 03 jan. 2013.

³³⁹ LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Direito Civil...** Op. cit., p. 92.

³⁴⁰ Segundo descreve Débora Vanessa Caús BRANDÃO, a primeira decisão judicial brasileira fixando a competência das Varas de Família para o julgamento de questões homoafetivas ocorreu no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 599075496, que foi julgado em 17 de junho de 1.999. BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **União Homossexual – o Estado da Arte na Jurisprudência Brasileira.** HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernandes. **Direito de Família e das Sucessões: Temas Atuais.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 371-381. p. 372.

relação ao direito de pensão previdenciária ao companheiro do mesmo sexo.”³⁴¹ Todavia, tratavam-se de questões postas à decisão de casos concretos em que se aplicavam, analogicamente, as regras relativas às uniões estáveis.³⁴²

Muito embora a constituição tenha conferido ao Direito de Família a primazia pelos princípios da afetividade, dignidade da pessoa humana e pluralidade de formas para constituição da família, a união entre pessoas do mesmo sexo somente foi reconhecida de maneira irrestrita após o julgamento de duas ações de controle concentrado de Constitucionalidade em 2011, ou seja, após vinte e três anos de vigência da Constituição: a Arguição de

³⁴¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis...* Op. cit., p. 329.

³⁴² HEUSELER Gisele Leite e Denise. **Considerações jurídicas sobre a união homoafetiva.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/853>>. Acesso em: 04 fev. 2013.

Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277³⁴³, ambas sob relatoria do Ministro Ayres Brito³⁴⁴.

Nota-se que, a partir desta decisão paradigmática, conferindo nova interpretação à Constituição federal, no que se refere à expressão “homem e

³⁴³ SILVA JUNIOR, Enézio de Deus. **Amor e Família Homossexual: o fim da invisibilidade através da decisão do STF**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/727>>. Acesso em: 22 dez. 2011.

³⁴⁴ Destaca-se do julgado: (...) O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas.(...) A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental n. 132; Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277. Relator: Ministro: Ayres Britto, julgado em 05. Maio 2011, DJe-198 Publicado em: 14 out. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21. Ago. 2012.

mulher”,³⁴⁵ uma série de outros direitos às famílias homoafetiva se inauguraram na jurisprudência do nosso país. Já citamos, v.g. recente decisão do Superior Tribunal de Justiça que autorizou a celebração de casamento por pessoas do mesmo sexo, por entender que inexistente expressa proibição legal³⁴⁶, nada obstante a possibilidade de se converter a união estável homoafetiva em casamento³⁴⁷.

Pode-se observar, de fato, que o direito homoafetivo obteve mais conquistas na seara jurisprudencial do que legislativa. Segundo consta do portal sobre direito homoafetivo³⁴⁸, o primeiro projeto de lei sobre o tema data de 24 de março de 1995, que trata sobre o procedimento cirúrgico para correção de gênero. No mesmo ano, foi apresentada pela então Deputada Marta Suplicy o Projeto de Lei nº 1.151, que “disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências.”³⁴⁹, proposição legislativa esta que ainda tramita naquela Casa Legislativa.

³⁴⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito...** Op. cit., p. 495.

³⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Pedido de Habilitação para Casamento perante a Vara de Registros Públicos. Recurso Especial nº 1.183.378/RS, L.K.O., L.P. e Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em: 25 out. 2011, publicação no DJe em: 01 fev. 2012. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1099021&sReg=201000366638&sData=20120201&formato=PDF>. Acesso em: 28 ago. 2012.

³⁴⁷ “com a decisão emanada do Supremo Tribunal Federal brasileiro, outra saída agora pode ser vislumbrada para os casais do mesmo sexo que desejem contrair matrimônio: a conversão da união estável em casamento. Não se trata de nenhuma fórmula mágica ou ginástica hermenêutica. É uma solução muito simples, oriunda da legislação positiva brasileira.” CHAVES, Marianna. **Algumas notas sobre as uniões homoafetivas no ordenamento brasileiro após o julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 pelo STF.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/728>>. Acesso em: 23 dez. 2013.

³⁴⁸ <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/>>. Acesso em: 06 fev. 2013.

³⁴⁹ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. SUPPLICY, Marta. **Projeto de Lei n. 1.151/1995.** Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16329>>. Acesso em: 04 fev. 2013.

Nada obstante, conforme sintetizam Pablo Solze GAGLIANO e Rodolfo PAMPLONA FILHO:

(...) pouco importa reconhecer-se a união homoafetiva como uma “união estável” ou como uma “nova modalidade familiar”, pois, a premissa intransponível e mais relevante é que se trata, efetivamente, de uma “família”, merecedora de respeito, e, dado seu reconhecimento constitucional – na perspectiva da dignidade da pessoa humana – também de tutela jurídica, com a aplicação axiológica das regras atinentes à relação de companheirismo heterossexual, com os direitos e deveres daí recorrentes.³⁵⁰

De fato, o reconhecimento das famílias homoafetivas marca significativamente a superação da primazia do requisito da heterossexualidade para a formação do direito familiar, restando, agora, única e exclusivamente, o traço de sua monogamia.

3.4 Famílias Poliamorosas

Embora o direito positivado no Código Civil de 2002³⁵¹ seja posterior ao conteúdo aberto da Constituição de 1988, verifica-se que o novo Código reproduziu os preceitos jurídicos institucionalizados na codificação anterior, o qual era pautado no direito de família eclesiástico e, essencialmente, monogâmico.

Nada obstante, após a superação da heterossexualidade como elemento caracterizador das entidades familiares, um novo horizonte se apresenta ao

³⁵⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito...** Op. cit., p. 496.

³⁵¹ BRASIL. **Lei nº 10.406...** Op. cit.

estudo sobre a pluralidade de formas dos novos arranjos familiares: as famílias formadas por mais de um par afetivo, tal como a família poliamorosa³⁵².

Amparada pela sexóloga Regina Navarro Lins, Rosana FERREIRA afirma que:

(...) estamos vivendo profundas transformações. Uma delas, e muito importante, é a quebra de paradigmas em relação ao amor romântico, que prega a fusão entre os amantes em uma coisa só, a tal da alma gêmea. “Hoje, a busca do ser humano é para dentro si a fim de desenvolver sua própria vida. E o amor romântico e idealizado bate de frente com essa postura atual”, diz. E completa: “A exclusividade nos relacionamentos está saindo de cena para dar lugar a novas maneiras de amar, como o poliamor”.³⁵³.

Entretanto, tendo em vista que, tradicionalmente, nos países cuja tradição cultural albergue a existência de famílias formadas por mais de dois conjugais é comum a prática de situações de discriminação, “em especial,

³⁵² Sobre o termo “Poliamorismo”, pertinente é a ponderação de Hadar AVIRAM: “‘Polyamory’, a term coined in the early 1990s to replace the term ‘responsible nonmonogamy’ (Anapol, 1997; Easton & Liszt, 1997; Munson & Stelboun, 1999; Nearing, 1992), is used in various ways by community activists (Michael, 2005), but in general describes ‘the practice, state or ability of having more than one sexual [or, for some, romantic] loving relationship at the same time, with the full knowledge and consent of all partners involved’ (Anapol 1997). Polyamory can exist within heterosexual, homosexual and bisexual relationship frames” “Poliamor”, um termo cunhado na década de 1990 para substituir a expressão ‘não-monogamia responsável’ (Anapol, 1997; Easton e Liszt, 1997; Munson & Stelboun, 1999; Nearing, 1992), é usado de várias maneiras pela comunidade de ativistas (Michael, 2005), mas, em geral, descreve ‘a prática, o estado, ou a capacidade de ter mais de um parceiro sexual [ou, para algum, romântico] relacionamento amoroso, ao mesmo tempo, com o pleno conhecimento e consentimento de todos os parceiros envolvidos’ (Anapol 1997). Poliamor pode existir dentro de quadros de relacionamento heterossexual, homossexual e bissexual.” (Tradução Livre). AVIRAM, Hadar. *Make Love, Now Law: Perceptions of the Marriage Equality Struggle Among Polyamorous Activists*. In: *Journal of Bisexuality*, v. 7. 2008. p. 261-286. p. 264.

³⁵³ FERREIRA, Rosana. **Poliamor permite amar mais de uma pessoa ao mesmo tempo.** Disponível em: <<http://mulher.uol.com.br/comportamento/noticias/redacao/2010/05/18/poliamor-permite-amar-mais-de-uma-pessoa-ao-mesmo-tempo.htm>>. Acesso em: 28 dez. 2012.

contra as pessoas de gênero feminino”³⁵⁴, a monogamia não é apenas vista como um princípio estruturante do direito de família, mas também como um princípio moral³⁵⁵ regulador da ordem social.

Para Rodrigo da Cunha PEREIRA:

O princípio da monogamia, embora funcione também como um ponto-chave das conexões morais das relações amorosas e conjugais, não é simplesmente uma norma moral ou moralizante. Sua existência nos ordenamentos jurídicos que o adotam tem a função de um princípio jurídico ordenador. Ele é um princípio básico e organizador das relações jurídicas da família do mundo ocidental.³⁵⁶

Ademais, conforme se extrai da conclusão do relatório publicado pelo Departamento de Justiça do Canadá³⁵⁷, intitulado “*Polygyny and Canada's*

³⁵⁴ Há relatos de que, além das formas de violência contra as mulheres, os jovens mais novos são expulsos de suas comunidades para que, de certa forma, se evite uma competição sexual. Nesse sentido, verifica-se, na imprensa internacional notícias como a publicada no Salon, por Kimberly Sevcik: “*The Lost Boys of Colorado City: Over the past five years, a fundamentalist Mormon "prophet" has banished as many as 400 boys from his Arizona town. Now the teens, once forbidden to even watch a movie, are adrift in a world of drugs, girls and depression.*” “Os meninos perdidos de Colorado City: Nos últimos cinco anos, um “profeta” fundamentalista mórmon banuiu mais de 400 meninos de sua cidade Arizona. Agora, os adolescentes, antes proibidos até mesmo assistir a um filme, estão à deriva em um mundo de drogas, meninas e depressão.” (Tradução Livre) (SEVCIK, Kimberly. *The Lost Boys of Colorado City*. In: *Salon*. Disponível em: <http://www.salon.com/2006/07/06/lost_boys_4/>. Acesso em: 11 fev. 2013.)

³⁵⁵ Muito embora, de acordo com a pesquisa divulgada pela revista *The Economist*, a população dos Estados Unidos acredita que a poligamia é um fato muito mais aceitável do que

³⁵⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais...** Op. cit., p. 127.

³⁵⁷ Desde 2005, no Canadá o debate sobre a poligamia ganhou grande destaque a partir dos debates iniciados na região de Bountiful, onde a maioria da população segue a religião mórmon, especificamente a pregada na *Fundamentalist Church of Jesus Christ of Latter Day Saints*, e os homens costumam se casar com mais de uma mulher, conduta proibida pela Section 293 do Código Penal canadense. Desde aquele período, iniciou-se o debate naquele país sobre a eficácia da proibição criminal em face da liberdade religiosa. CALDER, Gillian. *Penguins and Polyamory: Using Law and Film to Explore the Essence of Marriage in Canadian Family Law*. In: *University of Toronto Press Journals*. 2009, Disponível em: <<http://utpjournals.metapress.com/content/urh5473118027298/fulltext.pdf>>. Acesso em 06 fev. 2013. p. 25.

Obligations under International Human Rights Law”³⁵⁸, a poligamia, por se apresentar como um sistema propício à desvalorização da pessoa humana, especialmente das mulheres, é uma prática incompatível com o ideário dos direitos humanos:

1. O direito internacional dos direitos humanos evoluiu a partir de um quadro de não-discriminação de gênero para um sentido mais sólido de transformação para a igualdade, um consenso crescente de que a poligamia que surgiu viola o direito da mulher a ser livre de todas as formas de discriminação. (...). 5. Esta conclusão de que a poligamia constitui uma violação injustificável dos direitos das mulheres e crianças podem ser vistos cada vez mais como a prática do estado *opinio juris* dirigindo o Estado a proibir ou pelo menos limitar essa prática. A proibição total da poligamia é a norma na maioria dos Estados, incluindo todas as Américas, Europa, países da ex-União Soviética, Nepal, Vietnã, China, Turquia, Tunísia, Uzbequistão, Ilhas Fiji e Costa do Marfim, entre outros . Tendências regionais na África, no Oriente Médio e Ásia são cada vez mais restritivas e, eventualmente, proibindo a prática³⁵⁹. A presença deste tipo de prática estatal proibitiva ou restritiva, combinada com a *opinio juris* que a lei internacional requer isso, sinaliza o surgimento de uma norma

³⁵⁸ Poligamia e as Obrigações do Canadá sob o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

³⁵⁹ No caso do continente Africano, em 2012 28 países assinaram o “*African Union's protocol on women's rights*” que dentre objetivos de eliminação de práticas ofensivas as mulheres prevê a eliminação da poligamia. *The Economist: Swimming against the tide*. In: *The Economist Newspaper Limited*, Londres. Disponível em: <<http://www.economist.com/node/21553461>>. Acesso em 12 fev. 2013.

internacional consuetudinária de que a poligamia viola o direito internacional. (Tradução Livre)³⁶⁰

De fato, nas sociedades em que se verifica a permissibilidade cultural ou religiosa de famílias poligâmicas, mulheres e crianças tendem a quedar-se, socialmente, submissas à figura patriarcal.³⁶¹

Todavia, o antagonismo à monogamia não corresponde, necessariamente, à antiga poligamia já preestabelecida nas culturas islâmicas e mórmons, ou nos demais grupos culturais em que, não raramente, se identificam tais circunstâncias reprováveis pela cultura jurídica universalista.

³⁶⁰ 1. *international human rights law has evolved from a framework of sex non-discrimination to a more robust sense of transformative equality, a growing consensus has emerged that polygyny violates women's right to be free from all forms of discrimination. (...)5. This conclusion that polygyny constitutes an unjustifiable violation of the rights of women and children can increasingly be seen as the opinio juris driving state practice to prohibit or at least restrict the practice. An outright prohibition of polygyny is the norm in the majority of states, including all of the Americas, Europe, countries of the former Soviet Union, Nepal, Vietnam, China, Turkey, Tunisia, Uzbekistan, Fiji and Côte d'Ivoire, amongst others. Regional trends in Africa, the Middle East, and Asia are increasingly toward restricting and eventually prohibiting the practice. The presence of this type of prohibitive or restrictive state practice, combined with the opinio juris that international law requires this, signals the emergence of an international customary norm that polygyny violates international law (...)* COOK, Rebecca J.; KELLY, Lisa M. “Polygyny and Canada's Obligations under International Human Rights Law”. In: CANADA, **Department of Justice**. Disponível em: <<http://www.justice.gc.ca/eng/dept-min/pub/poly/index.html#toc>>. Acesso em: 27 ago. 2012. (Tradução Livre)

³⁶¹ “Finally, the harms to society that flow from polygamy include: threats to the social order and a greater need for social supports as women lacking education and opportunity to enhance themselves, as well as their children, find themselves impoverished upon divorce or the death of their husbands; harms to good citizenship; threats to political stability; and the undermining of human dignity and equality.” “Finalmente, os malefícios para a sociedade que decorrem da poligamia incluem: ameaças à ordem social e uma maior necessidade de apoios sociais às mulheres sem instrução e oportunidade para se manter, bem como aos seus filhos, pois se encontram empobrecidas após o divórcio ou a morte de seu maridos; danos à boa cidadania; ameaças à estabilidade política; e o enfraquecimento da dignidade humana e da igualdade”. CANADA, In: *The Supreme Court Of British Columbia. Reference re: Section 293 of the Criminal Code of Canada.*, by “The Honourable Chief Justice Bauman”. Disponível em: <<http://www.courts.gov.bc.ca/jdb-txt/SC/11/15/2011BCSC1588.htm>>. Acesso em: 13 set. 2012.(Tradução Livre)

Embora a poligamia seja, por definição, a manutenção de relações conjugais por mais de duas pessoas como objetivo de formar uma entidade familiar com ambos os cônjuges, isso não significa que nas relações em não monogâmicas haverá um membro que se sobrepuje aos demais. Segundo a professora Pablo Stolze GAGLIANO, “o poliamorismo ou poliamor, teoria psicológica que começa a descortinar-se para o Direito, admite a possibilidade de co-existirem duas ou mais relações afetivas paralelas, em que os seus participantes conhecem e aceitam uns aos outros, em uma relação múltipla e aberta.”³⁶² E, conseqüentemente, nenhum de seus membros ocupa uma posição privilegiada sobre os demais..

O Poliamorismo, como é definido pela *Canadian Polyamory Advocacy Association* pode corresponder à forma de relacionamento íntimo com múltiplos parceiros, pautada na igualdade de gênero, na auto-determinação, na livre escolha de todos os envolvidos, na confiança mútua, e na igualdade entre os parceiros envolvidos nessa relação. Diz a referida organização que: **“Polyamory” is one of several words for describing multi-partner intimate relationships. The community that identifies with this term has certain core values, including gender equality, self-determination, free choice for all involved, mutual trust, and equal respect among partners.**³⁶³

Segundo a referida associação, o poliamorismo se distingue da poligamia porquanto corresponde a decisão livre de relacionamento afetivo com uma pluralidade de pessoas, sem distinção hierárquica entre seus

³⁶² GAGLIANO, Pablo Stolze. **Direitos da (o) amante - na teoria e na prática (dos Tribunais)**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 15 set. 2012.

³⁶³ “‘Poliamor’ é uma de várias palavras para descrever relacionamentos íntimos com múltiplos parceiros. A comunidade que se identifica com esse termo tem de valores fundamentais, incluindo a igualdade de gênero, auto-determinação, livre escolha de todos os envolvidos, confiança mútua, e respeito indistinto entre os parceiros.” ZOE, *What is Polyamory?* In: *Canadian Polyamory Advocacy Association*. Disponível em: <<http://polyadvocacy.ca/what-is-polyamory>>. Acesso em 03 set. 2012. (Tradução Livre)

membros, enquanto o segundo termo corresponde a união plural decorrente de preceitos religiosos.³⁶⁴

De fato, considerando que a orientação sexual das pessoas nos dias de hoje não mais se resumem, primariamente, a existência da heterossexualidade, homossexualidade ou bissexualidade, parece ser escorreita a conclusão de Ann E. TWEEDY, ao afirmar que o poliamor é, na verdade, uma forma de orientação sexual totalmente independente dessas três formas já debatidas, tendo em vista que o elemento caracterizador dessas famílias é a existência de relações múltiplas livremente consentidas, e não o gênero de seus membros, que pode ser tanto homossexual quanto heterossexual ou bissexual.³⁶⁵

Portanto, tratando-se de uma entidade familiar que respeita os princípios basilares da Constituição, quais seja o da dignidade, felicidade, liberdade e fraternidade, a inobservância da tradição monogâmica em nada representa incompatibilidade com o direito Maior.

Dessarte, inexistem fundamentos jurídicos ou sociais que impeçam o reconhecimento de famílias poliamorosas pelo ordenamento jurídico, devendo tais formas de família também receber a tutela estatal, consoante determina a Constituição.

³⁶⁴ UOL, Redação. **Saiba no que os Poliamoristas Acreditam**. Disponível em: <<http://mulher.uol.com.br/comportamento/noticias/redacao/2010/05/18/saiba-no-que-os-poliamoristas-acreditam.htm>>. Acesso em: 28 dez. 2012.

³⁶⁵ O poliamor pode se manifestar tanto de forma heterossexual, homossexual ou bissexual, o que tornaria estas três categorias insuficientes para uma tentativa de classificação sexual, razão pela qual o poliamorismo mostra-se muito mais lógico como uma forma autônoma de orientação sexual do que uma espécie variante das três já conhecidas. Ademais, Destaca Ann E. TWEEDY que: “(...) *polyamory, like sexual orientation, has a significant performative component, in the sense that having, or at least desiring, multiple relationships is a central part of the essence of polyamory.*” “[o] poliamor, como orientação sexual, tem um componente significativo no sentido de ter, ou pelo menos, desejar ter relações múltiplas, é um elemento central da essência do poliamor.” Cf. TWEEDY, Ann E. ***Polyamory is a Sexual Orientation***. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1632653>>. Acesso em: 18 jan. 2013.

No entanto, apesar da referida estrutura familiar se mostrar compatível com a cultura constitucional pautada na dignidade da pessoa humana e, embora a Constituição da República reconheça implicitamente a existência destas diversas formas de famílias não fundadas concorde o princípio monogâmico, uma simples leitura do ordenamento jurídico infraconstitucional nos remete a pensar que, embora perante a Constituição as famílias poliamorosas sejam, efetivamente, entidades familiares dignas de proteção e tutela estatal, a insuficiência dos institutos jurídicos garantidores ou reguladores³⁶⁶ desta liberdade afetiva, tolhe o direito fundamental à liberdade de formação destas uniões restringindo a sua plena eficácia.³⁶⁷

Em outras palavras, verifica-se que, no caso das famílias não constituídas nos moldes da monogamia, o ordenamento jurídico infraconstitucional, porquanto não é estruturado para recepcionar, regular e proteger essa forma de família não prevista expressamente pela Constituição, acaba por negar aos indivíduos que optam em exercer a o livre desejo de fundar uma sociedade familiar afetiva com mais de uma pessoa a plena eficácia de seu direito fundamental à formação familiar.

Não obstante, não se pode admitir que as famílias não estruturadas conforme padrão cultural da monogamia, sejam ignoradas pela sociedade e, principalmente, pelos nossos Tribunais, sob os fundamentos Kelsenianos sobre

³⁶⁶ Segundo a psicanalista Inês LEMOS, “Toda sociedade cria normas para regulamentar práticas sexuais, sem elas viveríamos no inferno, quando tudo se torna permitido. Ao prescindir delas, ao aspirar à liberdade desligada de um ritual simbólico, desvinculada de uma pletera de valores, sem leis e coações, encontramos-nos num mundo desterritorializado, sem mapas e instruções de uso. Perdidos, perambulamos à mercê do mercado.” LEMOS Inez. **Transformações do desejo**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/506>>. Acesso em: 27 set. 2012.

³⁶⁷ Isto porque, “A especificidade da norma jurídica reside na ligação de um fato condicionante a uma consequência condicionada, isto é, na hipótese de alguém praticar uma reação regulada por norma jurídica, a consequência nela própria prevista se produz. A relação não é, como na lei natural, de causa e efeito mas, sim, de condição e consequência. Nesta distinção apoia-se o conceito básico da teoria pura, que é o de imputação.” GOMES, Orlando. **Raízes Históricas...** Op. cit., p. 58.

existência e validade dos fatos para a formação de efeitos jurídicos³⁶⁸, visto que se trata de fenômeno social de fundamentos variados e que impõem ao intérprete do Direito o dever de estabelecer pontes de intercâmbio entre a norma positivada infraconstitucional que defende uma única forma de concepção de monogâmica de família e a ordem jurídica que defende a proteção de todas as formas de entidade familiar.³⁶⁹

Eis porque, então, à guisa de breve arrematação, sustenta-se que, para o Direito de Família, no que tange a pluralização de suas formas, o grande desafio que se forma, atualmente, é o pleno reconhecimento jurídico das famílias poliamorosas, bem como a construção dos fatores sociais indispensáveis à plena satisfação de seus membros.

³⁶⁸ Destaca-se que o emprego do ideário kelseniano não influenciou a construção do Código Civil de 1916, mas tão somente a interpretação deste *codex* na sociedade brasileira de outrora. Nesse sentido, Edvaldo BRITO sustenta que: “(...) Kelsen em nada poderia ter influenciado, diretamente, a elaboração do Código de 1916, em face da data de sua obra, Teoria pura do direito, ainda que a estrutura das atividades do círculo de Viena, movimento de que ele participou e e no qual ele teria engendrado, sejam dos primeiros anos de 1900. Mas o valor dessa sua metodologia teve a sua influencia, indiretamente, na interpretação do texto de 1916 por todo esse tempo em que vem seduzindo muitos espíritos lúcidos.” BRITO, Edvaldo. Nota Prévia. In: GOMES, Orlando. **Raízes Históricas...** Op. cit., p. ix.

³⁶⁹ “Como se trata de ordens normativas dentro do mesmo sistema funcional da sociedade mundial, o direito, também pode falar-se de um aprendizado normativo entre elas, tendo em vista que estão subordinadas ao mesmo código binário (lícito – ilícito).” NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009. p. 126.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se a nova ordem constitucional de 1988 trouxe significantes mudanças ao modelo de família institucionalizado, abandonando-se a visão tradicionalista de que família é o resultado da união entre homem e mulher em matrimônio. Consequentemente, o direito de família constitucionalizado passa a compreender as entidades familiares a partir de um conceito mais amplo que abraça todas as formas de união de pessoas motivadas pela afeição, cooperação e solidariedade, por meio de um projeto de vida comum, seja por meio do casamento, ou por meio de outras formas de reunião afetiva independente da vinculação sanguínea ou por estirpe ou especializada pelo casamento, atribuindo-se a todas estas uniões "especial proteção do Estado"³⁷⁰.

Tal ideário constitucional pode ser extraído do seguinte apontamento de Giselda Maria Fernandes Novaes HIRONAKA:

Biológica ou não, oriunda do casamento ou não, matrilinear ou patrilinear, monogâmica ou poligâmica, monoparental ou poliparental, não importa. Nem importa o lugar que o indivíduo ocupe no seu âmago, se o de pai, se o de mãe, se o de filho; o que importa é pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores e se sentir, por isso, a caminho da realização de seu próprio projeto de felicidade pessoal.³⁷¹

³⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Pedido de Habilitação para Casamento perante a Vara de Registros Públicos. Recurso Especial nº 1.183.378/RS, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em: 25 out. 2011, publicação no DJe em: 01 fev. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1099021&sReg=201000366638&sData=20120201&formato=PDF>. Acesso em: 07 ago. 2012. p. 15.

³⁷¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito Civil...** Op. cit., p. 19.

Ademais, se é “injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real”³⁷² sobre o coração do ser humano, é evidente que a perpetuação da intolerância ao reconhecimento de uniões familiares imprevistas pelo ordenamento jurídico, é, ante a manifesta necessidade de diálogo entre o direito vivo na sociedade e o direito positivado por meio dos processos legislativos, indevida aos valores jurídicos primados em nossa contemporaneidade, que prezam pela máxima efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana³⁷³.

Por conseguinte, a doutrina hoje afirma com tranquilidade que: “o princípio da pluralidade de formas de família deve funcionar também como constatação e reconhecimento de que novas estruturas parentais e conjugais estão em curso e o Direito não poderá impedir seu irreversível processo.”³⁷⁴ Processo este desencadeado, fundamentalmente, pela superação dos antigos dogmas patriarcais que estruturavam as relações familiares.

Nesse sentido, não é bastante lembrar que, se hoje a família, independente de sua forma, é o espaço de realização de seus membros unidos por laços de afetividade, é porque, em outrora, o feminismo plantou o ideal de relações equânimes, seja na rua ou nas relações mais privadas da família.

Hoje, não cabe mais ao Direito de Família regular aquilo que é possível, conforme os conjuntos binários a licitude e ilicitude, nos modelos tradicionalistas do estudo das fontes do direito, mas sim trazer soluções justas

³⁷² Trecho da ementa do Recurso Especial n. 4987/RJ, de relatoria do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

³⁷³ Relembra-nos Rodrigo da Cunha PEREIRA que: “A dignidade, portanto, é o atual paradigma do Estado Democrático de Direito, a determinar a funcionalização de todos os institutos jurídicos à pessoa humana. Está em seu bojo a ordem imperativa a todos os operadores do Direito de despir-se de preconceitos – principalmente no âmbito do Direito de Família –, de modo a se evitar tratar de forma indigna toda e qualquer pessoa humana, principalmente na seara do Direito de Família, que tem a intimidade, a afetividade e a felicidade como seus principais valores.” PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais...** Op. cit., p. 126-127.

³⁷⁴ *Ibidem*, p. 260.

aos anseios de resolução de relações sociais cada vez mais complexas, eis hoje, o desejo humano, este sem limites no que tange ao coração,

(...) é a força motriz do Direito de Família. É o que faz existir a necessidade de regulamentação das relações de afeto. É a mola propulsora da polaridade amor e ódio e faz movimentar toda a máquina judiciária em torno, principalmente dos restos do amor e do gozo. Por que as pessoas se casam, descasam, reconhecem a paternidade, negam-se a pagar pensão alimentícia, etc.? o desejo é o que dá vida ao Direito e em especial ao Direito de Família. E, por mais que o Direito, por meio de seus dispositivos normativos, tente regular para alcançar o justo e equilíbrio das relações familiares, há algo que se lhe estaca, há algo normatizável, pois essas relações são regidas pelo desejo inconsciente.³⁷⁵

A nova perspectiva constitucional ainda enfrentará conflitos com o ordenamento jurídico infraconstitucional e extraestatal, eis que, inegavelmente, o Direito – e especialmente o de Família – sempre estará em descompasso com as novas realidades socioafetivas. Não obstante, os operadores tenham os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana para guiá-los dentre as inúmeras possibilidades do coração.

³⁷⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e União...** Op. cit., p. 32.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra, Almedina, 2004.

AVIRAM, Hadar. *Make Love, Now Law: Perceptions of the Marriage Equality Struggle Among Polyamorous Activists*. In: *Journal of Bisexuality*, v. 7. 2008. p. 261-286.

BACHOFEN, John J., *Das Mutterrecht. Eine Untersuchung über die Gynaiokratie der Alten Welt nach ihrer religiösen und rechtlichen Natur*, Stugart, 1861. Apud GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, volume VI, Direito de Família: As famílias em perspectiva constitucional. 2. ed. (rev., atual., ampl.). São Paulo: Saraiva, 2012.

BARBOSA, Águida Arruda. Conceito pós-moderno de família. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernandes. **Direito de Família e das Sucessões: Temas Atuais**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 21-30.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, Integridade e Segurança Jurídica: Reflexões Críticas a Partir da Aproximação dos Sistemas de Common Law e Civil Law na Sociedade Contemporânea**. 2011. 264 f. Tese. (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2011-06-20T092503Z-1547/Publico/Estefania.pdf>. Acesso em: 10 set. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **Ensaio sobre o Conceito de Cultura**. MEDEIROS, Carlos Alberto (trad.) Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

BECK, Ulrich; ZOLO, Danilo. **A Sociedade Global do Risco: Uma discussão entre Ulrich Beck e Danilo Zolo**. ASSMANN, Selvino J. (Trad.). Disponível em: <<http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/ulrich.htm>> Acesso em: 08 jan. 2013.

BESSA, Leandro Souza. **Colisão de Direitos Fundamentais: propostas de soluções**. Disponível em: <<http://conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Leandro%20Sousa%20Bessa.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2010.

BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. v. 2, 1917, p.360. APUD SILVA, Marcos Alves. **Do Pátrio Poder à Autoridade Parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 48-49.

BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**. Disponível em: <<http://www.bibliaonline.com.br>>. Acesso em: 06 set. 2012.

BONAVIDES. Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. Uniões Homossexuais – o Estado da Arte na Jurisprudência Brasileira. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernandes. **Direito de Família e das Sucessões: Temas Atuais**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 371-381.

BRASIL. Constituição (1976). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1976. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 31 jan. 2012.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em 11 set. 2012.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 07 ago. 2012.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Estabelece o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 08 maio 2012.

BRASIL. **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977**. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm>. Acesso em: 07 ago. 2012.

BRASIL. **Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994**. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm>. Acesso em: 16 ago. 2012.

BRASIL. **Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996**. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19278.htm>. Acesso em: 19 ago. 2012.

BRASIL. **Lei nº 4.121, de 27 de Agosto de 1962.** Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14121.htm>. Acesso em: 24 dez. 2012.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. SUPLICY, Marta. **Projeto de Lei n. 1.151/1995.** Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16329>>. Acesso em: 04 fev. 2013.

BRASIL. SENADO FEDERAL. CARNEIRO, Nelson. **Projeto de Lei nº 37/1992.** Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=25343>. Acesso em: 16 ago. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação de Anulação de Registro de Nascimento. Recurso Especial n. 1.000.356. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em 25 maio 2010, Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 16 jul. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Pedido de Habilitação para Casamento perante a Vara de Registros Públicos. Recurso Especial nº 1.183.378/RS, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em: 25 out. 2011, publicação no DJe em: 01 fev. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1099021&sReg=201000366638&sData=20120201&formato=PDF>. Acesso em: 07 ago. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental n. 132; Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277. Relator: Ministro: Ayres Britto, julgado em 05. Maio 2011, DJe-198 Publicado em: 14 out. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21. Ago. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula** nº 380. Brasília. 03 abr. 1964.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula** nº 382. Brasília. 03 abr. 1964.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. O pluralismo no Direito de Família Brasileiro. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen. (coords.). **Direitos Fundamentais do Direito de Família.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.255-278.

BRITO, Edvaldo. Nota Prévia. In: GOMES, Orlando. **Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

CALDER, Gillian. *Penguins and Polyamory: Using Law and Film to Explore the Essence of Marriage in Canadian Family Law*. In: *University of Toronto Press Journals*. 2009, Disponível em: <<http://utpjournals.metapress.com/content/urh5473118027298/fulltext.pdf>>. Acesso em 06 fev. 2013.

CALDERON, Ricardo Lucas. Famílias: Afetividade e contemporaneidade – para além dos códigos. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (Orgs.). **Pensamento Crítico do Direito Civil Brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 265-281.

CANADA, In: *The Supreme Court Of British Columbia. Reference re: Section 293 of the Criminal Code of Canada., by “The Honourable Chief Justice Bauman”*. Disponível em: <<http://www.courts.gov.bc.ca/jdb-txt/SC/11/15/2011BCSC1588.htm>>. Acesso em: 13 set. 2012.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 6. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar: 1998.

CASTELLS. Manuel. **O Poder da Intimidade: A Era da Informação: economia, sociedade e cultura**. v.2. GERHARDT, Klauss Brandini (trad.). São Paulo: Paz e Terra, 2008.

CEVASCO, Maria Elisa. **Dez Lições sobre os Estudos Culturais**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2003.

CHAVES, Marianna . **Algumas notas sobre as uniões homoafetivas no ordenamento brasileiro após o julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 pelo STF**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/728>>. Acesso em: 23 dez. 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COOK, Rebecca J.; KELLY, Lisa M. “*Polygyny and Canada's Obligations under International Human Rights Law*”. In: CANADA, *Department of Justice*. Disponível em: <<http://www.justice.gc.ca/eng/dept-min/pub/poly/index.html#toc>>. Acesso em: 27 ago. 2012.

CUBAS, Caroline Jaques. Resenha. PATAI, Daphne. Do feminismo aos seus plurais... História oral, feminismo e política. In: Revista de Estudos Feministas: **Centro de Filosofia e Ciências Humanas e Centro de Comunicação e Expressão da Universidade Federal de Santa Catarina**. p. 316-319.

CZAJKOWSKI, Rainer. **União Livre: à luz das leis 8.971/94 e 9.278/96**. Curitiba: Juruá, 1996.

DAHL, Tove Stang. **O Direito das Mulheres: uma introdução à teoria do direito feminista**. Lisboa: Serviço de Educação Fundação Calouste Gulbenkian., 1993.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT. 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. v.5. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Império do Direito**, CAMARGO, Jefferson Luiz. (trad.), 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EAGLETON, Terry. **Depois da Teoria: um olhar sobre os estudos culturais e o pós-modernismo**. OLIVEIRA, Maria Lúcia (Trad.). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 12. ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1991.

FACHIN, Luis Edson. “Virada de Copérnico”: um convite à reflexão sobre o Direito Civil brasileiro contemporâneo. In: _____. **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar: 1998. p. 317-324.

FACHIN, Luiz Edson. Apresentação. In: CORTIANO JUNIOR, Erouths; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; FACHIN, Luiz Edson; NALIN, Paulo. **Apontamentos Críticos para o Direito Civil Brasileiro Contemporâneo: anais do projeto de pesquisa Virada de Copérnico**. Juruá: 2009.

FACHIN, Luiz Edson. Contemporaneidade, Novos Direitos e o Direito Civil-Constitucional no Brasil. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. (Org.). **A Construção dos Novos Direitos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos do Direito de Família**: Curso de Direito Civil. Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. Inovação e Tradição do Direito de Família Contemporâneo do Novo Código Civil Brasileiro. In: MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. (Coords.). **Atualidades do Direito de Família e Sucessões**. Sapucaia do Sul: Notadez. 2008. p. 247-266.

FACHIN, Luiz Edson. Prefácio. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **O direito das famílias entre a realidade e a norma**. São Paulo: Atlas, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. Reforma do Direito Brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (orgs.). **Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos – Obrigações: estrutura e dogmática**. v.1. RT, 2011. p. 229-235.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Melina Girardi. **Fundamentos dos Direitos Humanos: Teoria e práxis na cultura da tolerância**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

FACHIN, Melina Girardi. **Direitos Humanos e Fundamentais: do discurso à prática efetiva: um olhar por meio da literatura**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2007.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

FERREIRA, Rosana. **Poliamor permite amar mais de uma pessoa ao mesmo tempo**. Disponível em: <<http://mulher.uol.com.br/comportamento/noticias/redacao/2010/05/18/poliamor-permite-amar-mais-de-uma-pessoa-ao-mesmo-tempo.htm>>. Acesso em: 28 dez. 2012.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: RT, 2005.

FRANCE. *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789*. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789.5076.html>>. Acesso em: 05 jan. 2012.

GABARDO. Emerson. **O Jardim e a Praça para Além do Bem e do Mal: uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado social**. Curitiba, 2009. 409f. Tese. (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas,

Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=5&sqi=2&ved=0CFIQFjAE&url=http%3A%2F%2Fdspace.c3sl.ufpr.br%2Fdspace%2Fbitstream%2F1884%2F19053%2F1%2FTESE_Emerson_Gabardo_Correta.pdf&ei=kTscUaTJMY_M9AS0ioBw&usg=AFQjCNGL-W9cN61SP3Bu0ZLhQskCp8ZFrw&bvm=bv.42452523,d.eWU>. Acesso em: 09 fev. 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Direitos da (o) amante - na teoria e na prática (dos Tribunais)**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 15 set. 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, volume VI, Direito de Família: As famílias em perspectiva constitucional. 2. ed. (rev., atual., ampl.). São Paulo: Saraiva, 2012.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O Companheirismo: uma espécie de família**. São Paulo: RT, 1998.

GIRARDI FACHIN, Rosana Amara. **Em Busca da Família do Novo Milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Contrato e a sua Internacionalização: o novo papel do costume como fonte de obrigações contratuais**. Curitiba, 2011. 437f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade federal do Paraná.

GOMES, Orlando. **Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. Vol. 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos & Cidadania**. São Paulo: Atlas, 2012.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Liliam Márcia Balmant. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Mínimo Existencial**. Disponível em: <<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista09/Artigos/Sidney.pdf>>. Acesso em 22 nov. 2009.

HARVEY, David. **Condição Pós-Moderna: Uma Pesquisa sobre as Origens da Mudança Cultural**. SOBRAL, Adail Ubirajara; GONÇALVES, Maria Stela (trads.). 17. ed. São Paulo: Loyola, 2008.

HESSE, Konrad, **A Força Normativa Da Constituição**. (*Die normative Kraft der Verfassung*) MENDES, Gilmar Ferreira (trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HEUSELER Gisele Leite e Denise. **Considerações jurídicas sobre a união homoafetiva**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/853>>. Acesso em: 04 fev. 2013.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito Civil: estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

KARVAT, Thaysa Prado. **Cosmopolitismo, Constituição e Estado Pós-Nacional**. Curitiba, 2010. 205 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia) – Núcleo de Ciências Jurídicas, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KI-MOON, Ban. **Remarks to special event on "Leadership in the Fight against Homophobia"** Disponível em: <http://www.un.org/apps/news/infocus/sgspeeches/statments_full.asp?statID=1738>. Acesso em: 03 jan. 2013.

KOZICKI, Katya. Linguagem e Direito: problematizando a textura aberta dos enunciados jurídicos. In: FONSECA, Ricardo Marcelo. (Org.). **Direito e Discurso: discursos do direito**. Florianópolis: Boiteux, 2006. p.79-88. p. 80;81.

KROHLING, Aloísio. **Direitos Humanos Fundamentais: diálogo multicultural e democracia**. São Paulo: Paulus, 2009.

LEITE, Eduardo de Oliveira. O Direito de Família no Novo Código Civil. **Tuiuti: Ciência e Cultura**, n. 27, FCJ 03, p. 31-46, Curitiba, fev. 2002. p. 31-46. Disponível em: <http://www.utp.br/tuiuticienciaecultura/ciclo_2/FCJ/FCJ%2027/PDF/art%2002%20-%20o%20direito%20de%20familia....pdf>. Acesso em: 24 dez. 2012.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de Direito de Família: Origem e Evolução do Casamento**. Curitiba: Juruá, 1991.

LEMOZ Inez. **Transformações do desejo**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/506>>. Acesso em: 27 set. 2012.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **A Antropologia Diante dos Problemas do Mundo Moderno**. OLENDER, Maurice (apres.). D'AGUIAR, Rosa Freire (trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **O Ensino de no Brasil**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/125>>. Acesso em: 24 dez. 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/129>>. Acesso em: 24 dez. 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Revista Brasileira de Direito de Família**. nº 12. jan-mar. 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Nova Princípiologia do Direito de Família e suas Repercussões. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernandes. **Direito de Família e das Sucessões: Temas Atuais**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 01-19.

MACHADO Gabriela Soares Linhares. **Dos princípios constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis ao Direito de Família: Repercussão na relação paterno-filial**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/865>>.

MALISKA, Marcos Augusto. **Introdução à Sociologia do Direito de Eugen Ehrlich**. Curitiba, Juruá, 2001.

MALUF, Marina; MOTT, Maria Lúcia. Recônditos do Mundo Feminino. In: NOVAIS, Fernando A. (coord.); Sevcenko, Nicolau (Org.). **História da Vida privada no Brasil: República: da Belle Époque à Era do Rádio**. p. 367-421.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. “Novas” Entidades Familiares. In: _____. (Org.). **A Construção dos Novos Direitos**. Porto Alegre: Núria Fabris. 2008.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Apresentação. In: _____. **A Construção dos Novos Direitos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As Famílias Não Fundadas no Casamento e a Condição Feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 21.

MEIRELES, Rose Melo Venceslau. Em Busca da Nova Família: uma família sem modelo. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (Orgs.). **Pensamento Crítico do Direito Civil Brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 215-226. p. 216.

MONTEIRO, Dulcinéia da Mata Ribeiro. **Mulher: Feminino Plural**. Mitologia, História e Psicanálise. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1998.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. v. 2. Família. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. v. 2. Família. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 17. Apud MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As Famílias Não Fundadas no Casamento e a Condição Feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 39.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo**. CAMARGO, Jefferson, Luiz. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fintes, 2012.

MÜLLER, Friedrich. Teoria e Interpretação dos Direitos Humanos Nacionais e Internacionais – Especialmente na Ótica da Teoria Estruturante do Direito. DIMOULIS, Dimitri; FERREIRA, Viviane Geraltés (Trad.). In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. (Coords.). **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 45-52.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009.

NICHING, Claudia Regina. Os Movimentos Feministas e as mudanças no Direito de Família. In: **Anais do Seminário Internacional Fazendo Gênero 7: Gênero e Preconceitos – Universidade Federal de Santa Catarina**. ago/2006. Disponível em: <http://www.fazendogenero.ufsc.br/7/artigos/C/Claudia_Regina_Nichnig_40.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2013.

OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. **Direito de Família: aspectos sociojurídicos do casamento, união estável e entidades familiares**. São Paulo: Atlas, 2011.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **União Estável: do concubinato ao casamento: antes e depois do novo código civil**. 6. ed. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2003.

OLIVEIRA, Euclides. União Estável na Jurisprudência do STJ e do STF. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernandes. **Direito de Família e das Sucessões: Temas Atuais**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 215-235.

PAUL, Ana Carolina Lobo Gluck. **Colisão entre Direitos Fundamentais**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/15159/public/15159-15160-1-PB.pdf>>. Acesso em: 25 dez. 2009.

PEREIRA, Luís Fernando Lopes. Discurso histórico e Direito. In: FONSECA, Ricardo Marcelo. (Org.). **Direito e Discurso: discursos do direito**. Florianópolis: Boiteux, 2006. p. 131-137.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e União Estável**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva: 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. v.5. PEREIRA, Tânia da Silva. (rev. atual). Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 82.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. v.5. PEREIRA, Tânia da Silva. 20. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PÉREZ LUÑO, António Enrique. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2004.

PIMENTEL, Sílvia. **Evolução dos Direitos da Mulher: norma, fato, valor**. São Paulo: RT, 1978.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Planejamento Familiar e a Condição Feminina. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. (Org.). **A Construção dos Novos Direitos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008. p. 278-306.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Ensino Jurídico na Graduação: ainda como nossos pais? Modelo, conformismo e repetição na metodologia do ensino jurídico. In: FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar: 1998. p. 211-252. p. 214.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos: desafios da ordem internacional contemporânea. In:_____ **Direitos Humanos**. v.1. Curitiba: Juruá, 2011. p. 15-37.

PISON, José Martínes de. *Derechos Humanos: historia, fundamento y realidad*. Zaragoza: Egidio Universidad. 1997.

PONTES DE MIRANDA. **Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito de Família**. ALVES, Vilson Rodrigues. (atual.) Campinas: Bookseller, 2001.

POSNER, Richard. Allen. **Para Além do Direito**. SILVA, Evandro Ferreira (Trad.). São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009

POZZOLLO, Susanna. *Um constitucionalismo ambíguo*. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p.192-193.

PRADO, Safira Orçatto Merelles do. **O Controle Judicial dos Serviços Públicos sob a Perspectiva de Concretização de Direitos Fundamentais**. Curitiba, 2007. 171 f. Dissertação (Mestrado em Direito). – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/1884/11566/1/controle%20judicial%20-%20safira%20prado.pdf>>. Acesso em 05 jan. 2013.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **A Omissão Legislativa Inconstitucional e a Responsabilidade do Estado Legislador**. São Paulo: Saraiva, 2007.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar: 1998. p.03-29. p. 03.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. **Família Sem Casamento**: de relação existencial a realidade jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

RAMOS, José Saulo Pereira. A “Lei Piranha” ou o fim do casamento á moda antiga”. **Folha de São Paulo**: Caderno Opinião. São Paulo, 21 mar. 1995.

RIBAS, Giovanna Paola Primor. Multiculturalismo e Direitos Humanos sob a Ótica da Teoria da Tradução de Boaventura de Souza Santos. In. PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi. **Direitos Humanos**. v.1. Curitiba: Juruá, 2011. p. 411-428.

RIBAS, Paulo Henrique. **O Papel do Estado na Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais Mediante a Prestação de Serviços Públicos**. Curitiba, 2007. 172 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1058>. Acesso em: 06 jan. 2013.

RICOBOM, Gisele. A Proteção dos Direitos Humanos nas Nações Unidas e o Direito de Ingerência. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. (Coords.). **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 295-306.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil: Direito das Famílias**. v. 6. 4. ed. rev. atual. ampl. Salvador: JusPodivm. 2012.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovaski. **Famílias Simultâneas: a Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Principia Iuris: Una Teoría Del Derecho No (Neo)Constitucionalista Para El Estado Constitucional.* In: **Revista Doxa.** n.31, 2008, Disponível em: <[http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12140520229071506543435/042171.pdf#search="derecho moral familia"&page=8](http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12140520229071506543435/042171.pdf#search=)>. Acesso em: 03 fev. 2013.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales.* Madrid: Trotta, 2003.

SANTOS, Boaventura de. **Globalização: fatalidade ou utopia?** 3. ed. Porto: Afrontamento, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais.** 7 .ed., rev., ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET. Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e “Novos” Direitos na Constituição Federal de 1988: algumas aproximações. . In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. (Org.). **A Construção dos Novos Direitos.** Porto Alegre: Núria Fabris, 2008. p. 176-210.

SEVCIK, Kimberly. *The Lost Boys of Colorado City.* In: **Salon.** Disponível em: <http://www.salon.com/2006/07/06/lost_boys_4/>. Acesso em: 11 fev. 2013.

SILVA, Marcos Alves. **Do Pátrio Poder à Autoridade Parental.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA JUNIOR, Enézio de Deus. **Amor e Família Homossexual: o fim da invisibilidade através da decisão do STF.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/727>>. Acesso em: 22 dez. 2011.

TARTUCE, Flávio. **O princípio da afetividade no Direito de Família.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/859>>. Acesso em: 24 dez. 2012.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, Jose Fernando. **Direito Civil: direito de família.** v. 5. 7. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Eficácia do Parentesco Socioafetivo. In: _____. **O direito das famílias entre a realidade e a norma.** São Paulo: Atlas, 2010. p. 171-189.

TEPEDINO MORAES, Maria Celina Bodin. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. In: In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (orgs.). **Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos – Obrigações: estrutura e dogmática.** v.1. RT, 2011. p. 259-273.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

The Economist. Pleasure Principles: How morality became personal in 18th-century England. In: **The Economist Newspaper Limited**, Londres. Disponível em: <<http://www.economist.com/node/21547230>>. Acesso em: 09 fev. 2013.

The Economist. Swimming against the tide. In: **The Economist Newspaper Limited**, Londres. Disponível em: <<http://www.economist.com/node/21553461>>. Acesso em 12 fev. 2013.

THE UNITED NATIONS EDUCATIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION. Milestones Towards Emancipation. In: **The UNESCO Courier.** mar. 1975. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0007/000748/074836eo.pdf>>. Acesso em 23 dez. 2012.

TWEEDY, Ann E. **Polyamory is a Sexual Orientation.** Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1632653>>. Acesso em: 18 jan. 2013.

TWINING, Wilian. Globalização e Estudos Jurídicos. **Meritum: Revista de Direito da Universidade FUMEC: Estado democrático de Direito e efetivação de direitos.** p. 15-53.

UOL, Redação. **Saiba no que os Poliamoristas Acreditam.** Disponível em: <<http://mulher.uol.com.br/comportamento/noticias/redacao/2010/05/18/saiba-no-que-os-poliamoristas-acreditam.htm>>. Acesso em: 28 dez. 2012

VALADARES, Guilherme Nascimento. **Por que os casamentos duravam antigamente.** Disponível em: <<http://papodehomem.com.br/por-que-os-casamentos-duravam-antigamente/>>. Acesso em: 23 ago. 2012.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976,** 3. ed., Coimbra: Almedina, 2004.

VIZEU, Breezy; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. O papel do afeto na formação das estruturas familiares brasileiras: um estudo das famílias recompostas no Brasil. In: CORTIANO JUNIOR, Erouths; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; FACHIN,

Luiz Edson; NALIN, Paulo. **Apontamentos Críticos para o Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**: anais do projeto de pesquisa Virada de Copérnico. Juruá: 2009. p. 23-38.

WALD, Arnaldo. **O Novo Direito de Família**. Curso de Direito Civil. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 1999.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: Fundamentos de uma cultura no Direito. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

ZOE, *What is Polyamory?* In: *Canadian Polyamory Advocacy Association*. Disponível em: <<http://polyadvocacy.ca/what-is-polyamory>>. Acesso em 03 set. 2012.