



**FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

**A CONSTITUCIONALIZAÇÃO E A PLURALIDADE DAS NOVAS ENTIDADES
FAMILIARES NA CONSTRUÇÃO DA FAMÍLIA DEMOCRÁTICA**

**MESTRANDA: Alessandra Hornung Carneiro
ORIENTADORA: Professora Dra. Ana Carla Harmatiuk Matos**

Curitiba, 2012

ALESSANDRA HORNUNG CARNEIRO

**A CONSTITUCIONALIZAÇÃO E A PLURALIDADE DAS NOVAS ENTIDADES
FAMILIARES NA CONSTRUÇÃO DA FAMÍLIA DEMOCRÁTICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação, como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre em Direito, pelo Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia das Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil.

Orientadora: Professora Dra. Ana Carla Harmatiuk Matos

CURITIBA
2012

TERMO DE APROVAÇÃO

ALESSANDRA HORNUNG CARNEIRO

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO E A PLURALIDADE DAS NOVAS ENTIDADES FAMILIARES NA CONSTRUÇÃO DA FAMÍLIA DEMOCRÁTICA

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre em Direito, pelo Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia das Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, pela seguinte banca examinadora:

Orientadora: _____
Professora Dra. Ana Carla Harmatiuk Matos

Programa de Mestrado em Direito, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil

Membros:

Eroulths Cortiano Júnior

Jocyane Bezerra

Curitiba, 13 de fevereiro de 2012.

Foi com a fé vinda de Deus,
Com o incentivo recebido dos meus pais,
Com o fruto da minha alegria, meu filho,
O amor vindo da minha família
E a todos aqueles colaboraram para a
realização deste sonho.
Dedico e agradeço a todos!

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, Pai e Protetor de todos nós e responsável pela nossa existência.

Aos meus pais Leônidas e Sônia, que proporcionaram e incentivaram-me concluir o curso em que muitas vezes desanimada com problemas de saúde pensava em desistir.

A minha orientadora professora Dra. Ana Carla Harmatiuk Matos, pela orientação, contribuição e incentivo à realização desta dissertação.

Aos professores do programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia, que souberam passar seu conhecimento e experiência, contribuindo para o entendimento do lado filosófico do Direito.

A uma amiga especial, Deneive, que muito me auxiliou para a realização desta pesquisa, incentivando-me a não desistir jamais.

Enfim, agradeço a todos os que direta ou indiretamente contribuíram para a realização de mais este sonho.

“O Direito das Famílias é o mais humano de todos os Direitos. Acolhe o ser humano desde antes do nascimento, por ele zela durante a vida e cuida de suas coisas até depois de sua morte”.

Maria Berenice Dias

SUMÁRIO

RESUMO.....	VII
ABSTRACT.....	VIII
INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO I - A FAMÍLIA SOB A ÓTICA DO DIREITO CIVIL CODIFICADO.....	12
1.1 APROXIMAÇÕES CONCEITUAIS	12
1.2 ASPECTOS DA FAMÍLIA NO DIREITO ROMANO	15
1.3 NOTAS SOBRE A FAMÍLIA NO DIREITO CANÔNICO.....	17
1.4 FAMÍLIA NO SISTEMA CLÁSSICO	21
CAPÍTULO II - AS TRANSFORMAÇÕES NO DIREITO DE FAMÍLIA	32
2.1 A CRISE DO PATRIARCALISMO E A MULHER NO CONTEXTO FAMILIAR.....	32
2.2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA.....	37
2.3. A REPERSONALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES.....	44
2.4 A FAMÍLIA EDIFICADA NOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	47
CAPÍTULO III - AS NOVAS ENTIDADES FAMILIARES NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988	63
3.1 MODALIDADES FAMILIARES EXPLÍCITAS	66
3.1.1 A União Estável	67
3.1.2 A Família Monoparental	77
3.2 NOVAS ENTIDADES FAMILIARES IMPLÍCITAS	81
3.2.1 Família Simultânea ou Paralela.....	81
3.2.2 União Homoafetiva	88
3.2.3 Famílias recompostas: padrastos, madrastas, enteados	94
3.2.4 A Família Solidária	99
CONSIDERAÇÕES FINAIS	102
REFERÊNCIAS.....	105

RESUMO

O objetivo da presente dissertação é o estudo dos efeitos jurídicos das novas entidades familiares explícitas e implícitas na Constituição Federal de 1988 a partir de uma abordagem das transformações ocorridas no Direito de Família desde a contextualização da família sob a ótica do Direito Civil Codificado até a aplicação dos princípios constitucionais nas relações familiares suscitados na Constituição Federal de 1988. Trata-se de um estudo com abordagem qualitativa, construída a partir de uma pesquisa bibliográfica, para a elaboração de um referencial teórico sobre a temática. Os resultados evidenciam a impossibilidade de uma conceituação de família, as mudanças ocorridas após a constitucionalização do Direito de Família, podendo-se constatar o surgimento de modalidades familiares explícitas e implícitas na Constituição Brasileira. Muitas transformações têm ocorrido para fundamentar a construção da família democrática e seus reflexos no mundo jurídico a partir da aplicação dos princípios constitucionais, visando assegurar o direito à igualdade, solidariedade, convivência familiar, mas principalmente à garantia da dignidade da pessoa humana, da afetividade e da pluralidade das entidades familiares.

Palavras chave: Constituição. Princípios Constitucionais. Direitos Fundamentais. Democracia. Pluralidade. Novas Entidades Familiares.

ABSTRACT

The goal of this dissertation is the study of the lawful effects of new legal family entities, explicit and implicit in the Constitution of 1988 considering the transformations occurred in family law since the contextualization of the family from the perspective of Coded Civil Law to the application of Constitutional Principles in family relationships arising in the Federal Constitution of 1988. It is a study with a qualitative approach, built from a literature research, to build a theoretical framework on the subject. The results show the impossibility of a concept of family, the changes occurred after the constitutionalization of family law, demonstrating the emergence of explicit and implicit family modalities in the Brazilian Constitution. Many changes have occurred to support the construction of a democratic family and its reflections in the legal world rising from the application of constitutional principles, to ensure the right to equality, solidarity, family life, but especially the guarantee of human dignity, the affection and the plurality of family entities.

Keywords: Constitution. Constitutional Principles. Fundamental Rights. Democracy. Plurality. New Family Entities.

INTRODUÇÃO

A abordagem do presente tema revela-se de suma importância, visto que envolve o exame de questões sobre a família brasileira que vem sendo objeto de acirradas discussões. Desta maneira pode-se afirmar que a família de fato evoluiu para a igualdade no tratamento jurídico de seus direitos garantidos constitucionalmente.

A família é a unidade básica da sociedade, em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 estabelece em seu art. 16.3, destacado por Pereira¹: “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”.

Até o início do século XX a família era vista como o núcleo econômico e de reprodução, centrado no poder patriarcal, onde a mulher ocupava um lugar inferior, a quem somente cabia à administração da economia doméstica e a educação dos filhos. Era um período no qual se valorizava o patrimônio e não as pessoas enquanto seres humanos.

Com a revolução industrial, os movimentos sociais, as ideologias em confronto, a revolução tecnológica a codificação se apresentou inadequada ao desenvolvimento do direito civil verificando-se, perante esse quadro, um processo de descodificação resultante de minicodificações que disciplinaram determinadas matérias abrangendo temas interdependentes e que até então o direito civil não tratava, tendo-se como exemplo o estatuto da mulher casada, a lei do divórcio, o direito da criança e do adolescente entre outras legislações esparsas.

Destarte, essa descodificação do direito civil foi consolidada pela constitucionalização dessa seara do Direito Privado, principalmente das relações familiares, que passaram a ser balizadas pelos princípios constitucionais, primando-se pela dignidade da pessoa humana a partir da igualdade entre homens e mulheres em todas as esferas do Direito.

¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. 2004, 157 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004, p. 112.

Como problema que norteou a presente pesquisa tem-se: O Direito tem contribuído de forma eficaz diante da pluralidade familiar existente na sociedade brasileira?

A partir dessa questão, o objetivo geral da pesquisa foi analisar as novas entidades familiares explícitas e implícitas na Constituição Federal de 1988. Para o desenvolvimento de tal objetivo foram analisadas as transformações ocorridas no Direito de Família, desde a contextualização da família sob a ótica do Direito Civil Codificado, até a aplicação dos princípios constitucionais nas relações familiares embasados no texto constitucional.

Diante do processo de descodificação, e a partir da Constituição de 1988, ocorre uma inovação na medida em que se passa a dar maior importância à pluralidade de entidades familiares e não exclusivamente ao casamento como o elemento fundamental para a legitimação da família, mudando assim o conceito de Direito de Família, o qual passa a integrar os direitos individuais (liberdade), os direitos sociais (igualdade), culturais e econômicos.

Assim, novas entidades familiares, existentes na sociedade brasileira, foram sendo reconhecidas pelo Direito, algumas explícitas na Constituição de 1988 e outras ainda implícitas.

Diante tal afirmativa, a presente dissertação está dividida em três capítulos. No primeiro capítulo, “A família sob a ótica do Direito Civil Codificado”, realizam-se algumas aproximações conceituais sobre o termo família, para então contextualizar-se a família no Direito Romano e no Direito Canônico e posteriormente a Família no Sistema Clássico, enfatizando-se como se determinavam as relações familiares no Código Civil de 1916.

No segundo capítulo, “As transformações no Direito de Família”, aborda-se a questão da crise do patriarcalismo e o papel da mulher no contexto familiar e sua inserção no contexto socioeconômico, para então analisar-se o processo de Constitucionalização do Direito de Família que culminou com a repersonalização das relações familiares e com a edificação da família nos princípios constitucionais.

No terceiro Capítulo “As Novas Entidades Familiares na Constituição Brasileira de 1988”, definiram-se as características das entidades familiares resultantes da pluralidade familiar, analisando especificamente as denominadas explícitas – união estável e família monoparental, bem como as implícitas, seja a família simultânea ou paralela, a união homoafetiva, as famílias recompostas

formadas por padrastos, madrastas e enteados, e, a família solidária, atentando-se para os efeitos jurídicos dessas entidades na sociedade.

Nesse contexto, aborda-se a importância fundamental que exerceu a Magna Carta ao considerar, ao lado do casamento, a união estável, a família monoparental, a união homoafetiva, as famílias recompostas, a família solidária e as demais não analisadas no presente estudo como entidade familiar, reconhecendo-se enfim a pluralidade de modelos familiares, tendo o afeto como o mais importante elo e constituição da família.

Assim sendo, será estudado o presente tema sob a existência de um Estado Democrático de Direito², tendo como núcleo do atual sistema jurídico o respeito à dignidade humana baseado, entre outros, nos princípios da liberdade e igualdade.

² O Estado social e democrático de Direito enquanto conceito que exprime a limitação e vinculação jurídica do Estado com vista à garantia dos direitos fundamentais do homem e à promoção das condições do livre e autônomo desenvolvimento da personalidade individual acolhe e integra juridicamente as transformações econômicas e sociais democraticamente decididas, constituindo-se em princípio estruturante da ordem constitucional das sociedades democráticas contemporâneas. (NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito, do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito**. Coimbra: Suplemento do Boletim da Faculdade de Direito da Faculdade de Coimbra, 1987, p.233.)

CAPÍTULO I A FAMÍLIA SOB A ÓTICA DO DIREITO CIVIL CODIFICADO

1.1 APROXIMAÇÕES CONCEITUAIS

Conceituar família, termo derivado do latim “famulus” (escravo doméstico), que designava, na Roma Antiga, um novo grupo social nascido entre as tribos latinas, é certamente uma tarefa impossível, uma vez que este instituto adquire diferentes significados para diferentes povos, no decorrer da evolução histórica dos seres humanos.

Conforme destaca Leite³,

O termo família não se referia ao casal e seus filhos, ou ao casal e seus parentes, mas ao conjunto de escravos, servos que trabalhavam para a subsistência e de parentes que se achavam sob a autoridade do *pater famílias*. Uma coisa é certa na noção romana de família, que serviu de paradigma ao mundo ocidental, a família representava um conjunto enorme de pessoas que se encontrava subordinada ao pater famílias. [...] na origem, a noção de família decorre de um lado, da idéia de subordinação (dos escravos e parentes) e de outro, da idéia de poder e mando.

Os primeiros seres humanos, gradativamente foram desenvolvendo vínculos afetivos entre distintas pessoas, o que favorecia a união entre grupos, fosse pelos interesses parecidos ou tão somente para o fortalecimento do grupo ao qual pertenciam, os quais, entretanto tornavam-se, no decorrer do tempo, menores em número de pessoas, surgindo assim as primeiras famílias.

Desta maneira, a família pode ser considerada como a célula mater da sociedade, pois foi a primeira e principal forma de agrupamento humano, preexistindo à própria organização da vida em sociedade a qual revela ao longo dos tempos a sua importância como instituição social e mostra sua perpetuidade através dos séculos.

No campo da Sociologia, Horkheimer e Adorno⁴ especulam que para muitos pensadores, “a família seria uma configuração natural e eterna, anterior a qualquer

³ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado**: direito de Família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v.5, p. 22.

⁴ HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W. Família. In: Institut für Sozialforschung, Frankfurt (Org.). **Temas básicos da sociologia**. São Paulo: Cultrix, 1956, p. 135.

sociedade organizada”, porém, afirmam que a família.

Apresenta-se primeiro como uma relação espontânea e natural que, depois, vai se diferenciando até chegar à moderna monogamia e, em virtude desse processo de diferenciação, cria uma área distinta, que é a das relações privadas. [...] Na verdade, a família não só depende da realidade social, em suas sucessivas concretizações históricas, mas também está socialmente mediatizada, mesmo em sua estrutura mais íntima.”

No campo do Direito, para Gomes⁵, família é “o grupo fechado de pessoas, composto dos genitores e filhos, e para limitados efeitos, outros parentes, unificados pela convivência e comunhão de afetos, em uma só e mesma economia, sob a mesma direção”.

De acordo com Pereira⁶, o conceito de família atravessa o tempo e o espaço, sempre tentando clarear e demarcar o seu limite, especialmente para fins de direito.

Para Nader⁷ "família é uma instituição social, composta por mais de uma pessoa física, que se irmanam no propósito de desenvolver, entre si, a solidariedade nos planos assistencial e da convivência ou simplesmente descendem uma da outra de um tronco comum."

Já para Bevilacqua⁸, família é

Um conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consangüinidade, cuja eficácia se estende ora mais larga, ora mais restritamente, segundo as várias legislações. Outras vezes, porém, designam-se por família, somente os cônjuges e a respectiva progênie.

Para Pereira⁹, família em sentido genérico e biológico é o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum; em senso estrito, a família se restringe ao grupo formado pelos pais e filhos; e em sentido universal é considerada a célula social por excelência, afirmando Bittar¹⁰ que a família é o “berço formador do ser, onde ele recebe educação, sustento e assistência”, requisitos essenciais para o desenvolvimento de sua personalidade e a base para a estruturação de cada ser em busca da realização de seus objetivos.

⁵ GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 35.

⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 5, p. 7.

⁷ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 3.

⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de Família – Edição Histórica**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 16.

⁹ PEREIRA, op. cit., 2007, p. 19.

¹⁰ BITTAR, Carlos Alberto. Novos rumos do direito de família. In: BITTAR, Carlos Alberto. (Coord.) **O Direito de Família e a Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 2.

Assim, a partir da Constituição de 1988 se consolidou a ideia da família como *locus* de formação social, por ser o local ou a instituição onde a pessoa humana se forma, conforme a visão de Perlingieri¹¹

A família é valor constitucionalmente garantido nos limites de sua conformação e de não contradição aos valores que caracterizam as relações civis, especialmente a dignidade humana: ainda que diversas possam ser as suas modalidades de organização, ela é finalizada à educação e à promoção daqueles que a ela pertencem.

“O merecimento de tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas, que se traduzem em uma comunhão espiritual e de vida.”

Na concepção de Netto Lôbo¹², família não é um conceito que deve ser considerado somente enquanto instituição jurídica, mas levando-se em conta sua importância social, destacando que,

Sob o ponto de vista do direito, a família é feita de duas estruturas associadas: os vínculos e os grupos. Há três sortes de vínculos, que podem coexistir ou existir separadamente: vínculos de sangue, vínculos de direito e vínculos de afetividade. A partir dos vínculos de família é que se compõem os diversos grupos que a integram: grupo conjugal, grupo parental (pais e filhos), grupos secundários (outros parentes e afins)

Segundo Fachin¹³ “a família constitui um corpo que se reconhece no tempo. Uma agregação histórica e cultural como espaço de poder, de laços e de liberdade”. Completa dizendo ainda que família é “Uma aliança composta para representar harmonia e paradoxos. Uma agremiação destinatária de projetos e de discursos, especialmente da alocação normativa, junção que encarna o elo entre o direito, a família e a sociedade”.

Observa-se que na doutrina jurídica encontra-se à luz de autores de diferentes correntes do pensamento, diferentes conceitos de família, porém todos afirmam que durante muito tempo a família era vista como o núcleo econômico e de reprodução, centrado no casamento e no poder patriarcal, onde a mulher ocupava um lugar inferior, a quem cabia o cuidado com a casa e dos filhos.

Durante o século XX, mudanças foram sendo gestadas e as relações familiares passaram a ser balizadas pelos princípios constitucionais que primavam

¹¹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 243.

¹² NETTO LÔBO, Paulo. **Direito Civil: família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 2.

¹³ FACHIN, Luis Edson. **Família, direito e uma nova cidadania**. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Luiz_edson/Familia.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2011, p. 1.

pela dignidade da pessoa humana, a partir da igualdade entre homens e mulheres em todas as esferas do Direito. O termo “família”, antes concebido a partir da formação do trinômio pai, mãe e filhos, foi modificado para entidades familiares, com o objetivo de representar a convivência duradoura pública e contínua entre pessoas, com laços ou não de parentesco.

Atualmente, as entidades familiares foram ampliadas, pois não se aceita mais a visão codificada de família, ou seja, aquelas tão somente resultantes do casamento entre homens e mulheres. Tal mudança foi historicamente processual e lenta, por isso, na seção seguinte do trabalho será abordada a família no Direito Romano, a qual exerceu influências sobre as legislações de diversos países ocidentais, inclusive o Brasil.

1.2 ASPECTOS DA FAMÍLIA NO DIREITO ROMANO

Não se pretende aqui tratar do complexo tema de história do Direito, aprofundando o estudo do Direito Romano, apenas menciona-se algumas questões de modo a contextualizar o tema central da presente dissertação.

A família, nos moldes que se conhece atualmente, teve início na civilização romana¹⁴.

De acordo com Wald¹⁵, “a família era, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional”. Econômica devido à existência de um só patrimônio pertencente a toda a família e administrado pelo *pater*, que adiante se tornarão individuais e administrados por pessoas subordinadas ao *pater*. Religiosa, pois cada família tinha uma religião própria constituída pelo culto aos antepassados falecidos. Política, visto que cada família era uma unidade que constituía o Senado, que compreendia a reunião dos chefes de família. Jurisdicional, porque dentro dos limites de sua casa era o *pater familias* que administrava a justiça.

¹⁴ A história de Roma pode ser dividida em três períodos distintos: Monarquia (753 - 509 a.C.), República (509 - 27 a.C.) e Império (27 a.C.- 476 d.C.), caracterizada como Idade Antiga, marcando seu declínio o Início da Idade Média limitada entre o ano de 476 d.C. até 1453, quando ocorre a conquista de Constantinopla pelos turcos otomanos, iniciando a Idade Moderna que terá fim em 1789, quando da Revolução Francesa, marcando o início da Idade Contemporânea, que se estende até os dias de hoje.

¹⁵ WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2004, p.57.

O *pater familias* representava a autoridade absoluta no meio familiar, tendo de acordo com a Lei das XII Tábuas, o poder sobre a vida e a morte de sua esposa e descendentes, poder sobre os bens móveis e imóveis que lhes pertenciam, além de figurar como sacerdote. O *pater familias* era visto como o chefe e senhor de toda a família que o rodeava, evidenciando o modelo de família patriarcal.

O regime familiar, como de toda comunidade agrícola, era patriarcal, sob a chefia de um '*pater familias*' que, depois, iria tomar papel preponderante nas instituições. A princípio o *pater familias* é não apenas o proprietário do fruto de trabalho da família, como também o senhor dos escravos, de sua mulher e dos filhos, os quais podia vender, como fazia com os frutos agrícolas¹⁶.

Assim, na antiga Roma (que perdurou até o século V d.C. quando se inicia a Idade Média), a família era representada pelo conjunto de pessoas ligadas umas às outras por um vínculo de parentesco, isto é, por um ancestral em comum. Desse modo nota-se que essa concepção de família engloba os parentes consanguíneos, os parentes por afinidade, o cônjuge e os agregados.

No direito romano a família significava não apenas o grupo de pessoas ligadas pelo sangue, ou por estarem sujeitas a uma mesma autoridade, como também se confundia com o patrimônio. A rigor a família é uma instituição social que compreende indivíduos ligados entre si por laços consanguíneos, ou seja, os descendentes de um tronco comum, sendo a célula básica de toda e qualquer sociedade, despertando interesse de todos os povos, uma vez que entendê-la é preservar a organização e a continuidade da sociedade e do Estado¹⁷.

Com o desenvolvimento de sociedades mais complexas, na qual os laços sanguíneos eram cada vez mais dissolvidos entre a população ganha importância no Direito da Roma Antiga, a expressão *família natural*, formada apenas por um casal e seus filhos. Ao contrário dos clãs, que se formavam a partir da relação de parentesco com um ancestral comum, a *família natural* romana originava-se através de uma relação jurídica, o casamento¹⁸.

O casamento (*justae nuptiae*), no Direito Romano, constituía-se na "união solene de pessoas do sexo oposto"¹⁹, tendo os seguintes requisitos como condicionamento jurídico: capacidade dos nubentes, consentimento, afeição, ausência de impedimentos.

¹⁶ VENOSA, Silvío de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v.1, p. 32.

¹⁷ MARKY, Thomas. **Curso elementar de direito romano**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 153.

¹⁸ SANTOS, Jonabio Barbosa dos; SANTOS, Morgana Sales da Costa. Família monoparental brasileira. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 10, n. 92, p.1-30, out. 2008/ jan. 2009, p. 5.

¹⁹ BITTAR, op. cit., 1989, p. 2.

Entretanto, de acordo com Wald²⁰

A ideia romana de casamento é diferente da dominante em nossos dias. Para os romanos a *affectio* era um elemento necessário para o casamento que não devia existir apenas no momento da celebração do casamento, mas enquanto este perdurasse. O consentimento das partes não devia apenas ser inicial, mas continuado. Assim a ausência de convivência, o desaparecimento da afeição era por si só causas necessárias para a dissolução do casamento.

Àquelas uniões não legitimadas formalmente perante a sociedade, denominadas de *concupinatus*, não possuíam o “status” próprio do casamento, mas, ainda assim, eram consideradas quase casamento, e não desfrutavam dos efeitos familiares e sociais, uma vez que não dispunham de critérios fundamentais, seja “relacionamento íntimo, exclusivo e duradouro”, necessário para que fosse estabelecida a “comunhão de vida entre as partes e a futura inserção de novas pessoas no contexto social”.²¹

Em consequência da ascensão do cristianismo em Roma²², a partir do século IV, quando “houve um deslocamento do poder de Roma para as mãos do chefe da Igreja Católica Romana que desenvolveu o Direito Canônico estruturado num conjunto normativo dualista (laico e religioso) noção que irá se manter até o século XX”²³, o casamento tornou-se um sacramento e portanto, indissolúvel.

1.3 NOTAS SOBRE A FAMÍLIA NO DIREITO CANÔNICO

De acordo com Alves et. al²⁴

O Direito Canônico teve sua origem na Europa na Idade Média, quando o cristianismo, através da Igreja Católica, se fortalecia como poder político, relacionando-se de forma privilegiada com a nobreza. Junto com o poder espiritual, que disseminava a maneira requerida de pensar e comportar, a Igreja conquistava poder econômico, pois passava a deter enormes

²⁰ WALD, op. cit., 2004, p. 33.

²¹ BITTAR, op. cit., 1989, p. 2.

²² O imperador Constantino, que reinou de 306-337 dC, foi o primeiro imperador romano que se converteu ao cristianismo. Pouco depois, em 380 dC, o imperador Teodósio I estabeleceu o Cristianismo como religião oficial do Estado e proibiu todas as outras religiões.

²³ CORRÊA, Darcísio. **A construção da cidadania**. Ijuí: Unijuí. 1999, p.62.

²⁴ ALVES, Adenir Mateus et al. **Direito Canônico? Sua origem e influência no Brasil**. 2010. Disponível em: < <http://www.webartigos.com/artigos/direito-canonical-sua-origem-e-influencia-no-brasil/51432/> >. Acesso em: 11 dez. 2011, p. 1.

extensões territoriais em forma de propriedades. Para manter este poder intocável, foi necessário estabelecer normas que assegurassem a continuidade do estado das coisas. Estas normas serviam tanto à Igreja em seu proceder interno (nomeações), como serviam ao seu relacionamento com as demais classes sociais, defendendo o feudalismo e impondo a opressão aos camponeses e servos. Em seu auge, o Direito Canônico era um sistema jurídico completo, versando sobre todos os aspectos da vida do ser humano, desde o nascimento, passando por todas as atividades em vida e até sua morte. Direito Civil, de Família, Criminal e Processual Penal.

Com a definição do Cristianismo, sob a égide da Igreja Católica Romana com religião oficial do Império Romano, a celebração do casamento tornou-se um rito sacramental, quando a união tornava-se indissolúvel e abençoada por Deus, quando, “[...] o homem e a mulher selam a sua união sob as bênçãos do céu, transformando-se numa só entidade física e espiritual e de maneira indissolúvel”²⁵, concretizando-se o preceito bíblico de "o que Deus uniu, não separe o homem.", considerando-se assim, “a união espiritual entre os nubentes, cercado-se esse contrato especial de solenidades tendentes a torná-lo público e a submetê-lo à autoridade religiosa”.²⁶

Assim, a partir da Idade Média (século V), o poder do Estado confundia-se nas pessoas do rei e do papa, e as normas da Igreja tornavam-se as normas estatais, estruturando-se o Direito Canônico, compreendido como:

O ordenamento jurídico da Igreja Católica Apostólica Romana. [...] a denominação ‘canônico’ deriva da palavra grega *Kánon* (regra, norma), com a qual originariamente se indicava qualquer prescrição relativa à fé ou à ação cristã [...].²⁷

Com o Direito Canônico a família passou a ser centrada no matrimônio, que seria realizado por um ato religioso. Com isso, seguindo os ditames da igreja, a formação da família deveria se pautar pela procriação e pelo casamento indissolúvel, além do que se objetivava pelo casamento a união das famílias do casal, os quais passavam a pertencer ao esquema social tradicional evitando a marginalização.

De acordo com Gonçalves²⁸

²⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Reconhecimento da paternidade e seus efeitos**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 25.

²⁶ BITTAR, op. cit., 1989, p. 3.

²⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo**. Uma espécie de família. 2. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 35.

²⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 6, p. 16.

Durante a Idade Média [476 d.C. até 1453] as relações de família regiam-se exclusivamente pelo direito canônico, sendo o casamento religioso o único conhecido. Embora as normas romanas continuassem a exercer bastante influência no tocante ao pátrio poder e às relações patrimoniais entre os cônjuges, observa-se também a crescente importância de diversas regras de origem germânica.²⁹

O Direito Canônico reconhecia como família unicamente aquela formada pelo matrimônio indissolúvel e de acordo com Wald³⁰, “durante toda a Idade Média as famílias foram regidas pelo Direito Canônico e as uniões concebidas fora do casamento foram duramente discriminadas, sofrendo restrições jurídicas e sociais”.

Na sociedade medieval, tal qual na romana, para a consolidação do casamento era fundamental o nascimento de um filho, ao qual era atribuído, principalmente o primogênito a manutenção do patrimônio para a conservação da unidade religioso-familiar³¹, apesar de que, “poucos eram os filhos privilegiados que recebiam meios de se desenvolverem física, mental e socialmente”.³² Era o modelo de família nuclear que tinha como função a “[...] transmissão da vida, a conservação dos bens, a prática de um ofício, a ajuda mútua e a proteção da honra e da vida em caso de crise.”³³

Entretanto, segundo Ariés e Dyby³⁴, “na Idade Média, a relação pai e filho se caracterizava por um profundo respeito e uma inteira reverência, como uma pessoa para eles sacrossanta”, mas não possuía um caráter afetivo nas relações entre pais e filhos.

O casamento na Idade Média tinha como objetivos a união de almas, o controle dos corpos, a procriação e do patrimônio, prevalecendo o modelo de casamento arranjado, por determinação paterna, sendo que não cabia aos filhos o direito de contestação ou os sentimentos amorosos, sendo que “nessa ótica, a célula

²⁹ Nas famílias germânicas a mulher tinha uma posição mais digna, assim como os filhos a partir de determinada idade tinham autonomia para administrar a parte do patrimônio que lhe era destinada, sendo que “várias influências do Direito Germânico puderam ser sentidas nessa época. A família germânica era do tipo paternal, ou seja, o pátrio poder é o poder do pai e não o poder do chefe de família, sendo que à esposa era reservada uma posição moralmente elevada.” WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 53-4.

³⁰ WALD, op. cit., 2004, p. 9.

³¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v.5, p. 19.

³² LISBOA, Roberto Senise. Dano moral e os direitos da criança e do adolescente. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 118, abr./jun., 1993. p. 451-742, p. 454.

³³ BRUSCHINI, Cristina. Teoria crítica da família. In: AZEVEDO, Maria Amélia. **Infância e violência doméstica: fronteiras do conhecimento**. São Paulo: Cortez, 1995. p. 49-79, p. 51.

³⁴ ARIÉS, Philippe; CYBY, George. **História da vida privada**. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 1991, v. 1, p. 211.

familiar repousa em uma ordem do mundo imutável e inteiramente submetida a uma autoridade patriarcal.”³⁵

Visando, principalmente conservar o patrimônio, os casamentos eram arranjos entre as famílias. Conheciam-se somente no dia do casamento, e tornavam-se uma família, acrescida dos filhos que eram vistos como objetos e mão de obra para a produção agrícola.

A realidade econômica era baseada na agricultura, em decorrência deste fato a família era numerosa, visto que, o desempenho daquela atividade necessitava de bastante mão de obra. Como unidade de produção, onde todos trabalhavam, as ordens eram dadas pelo chefe do lar, o pai. Neste ponto, percebe-se que a família medieval vivia sob o patriarcado, ou seja, o regime social em que o pai é a autoridade máxima³⁶.

Do ponto de vista religioso, o Direito Canônico a princípio, visava a moralização do casamento, porém, segundo Venosa³⁷, “com o passar do tempo foi se desenvolvendo e começou a adquirir competência legislativa e jurisdicional”, solidificando sua competência após o Concílio de Trento (1563).

Para Ribeiro³⁸ durante dezesseis anos, de 1542 a 1563, discutiram-se as normas referentes ao casamento, quando se reafirmou seu caráter sacramental e reconheceu-se a competência exclusiva da Igreja Católica para a sua celebração e validação, tornando-o um ato formal e público através da expedição de proclamas no domicílio dos nubentes.

No Concílio de Trento, sobre o matrimônio ficou assentado que

Não basta que a vontade dos nubentes seja manifestada de forma exterior, é necessário, ainda, que ela seja manifestada de maneira legítima, isto é, de acordo com as leis divinas e humanas que regem a sociedade. Como contrato que é, inserido na ordem social, fundando a família. célula da sociedade, este contrato não pode ser deixado ao arbítrio das partes³⁹.

O Concílio de Trento serviu para fortalecer o Direito Canônico, através de uma aliança do poder civil e do poder burocrático, durante o século XVI até o final do século XVIII, definindo-se como um corpo de normas jurídicas sobre o casamento

³⁵ ROUDINESCO, Elizabeth. **A família em desordem**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 2003, p. 19.

³⁶ SANTOS e SANTOS, op. cit., 2009, p. 5.

³⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 18-19.

³⁸ RIBEIRO, Simone Clós Cesar. **As inovações constitucionais no Direito de Família**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3192>>. Acesso em: 11 dez. 2011, p. 1

³⁹ LEITE, Eduardo. de Oliveira. **Tratado de Direito de Família: Origem e evolução do casamento**. Curitiba: Juruá, 1991. v. L, p. 245.

homogêneo, coerente e de validade universal, que impunha o matrimônio como um modelo “solene, sacramental, submetido à jurisdição eclesiástica, indissolúvel, monogâmico e heterossexual -reduzindo as práticas contrárias (nomeadamente os casamentos não-solenes, "clandestinos") e combatendo severamente a marginalidade”⁴⁰, sendo que até mesmo nos Estados Protestantes, mesmo não sendo considerado um sacramento, a estrutura e o sentido era semelhante ao da Igreja Católica.

Conforme Ribeiro⁴¹

Chegamos ao fim da Idade Média, com a Igreja e sua Reforma e os Tribunais do mundo em conflito. Para os católicos cabia somente a Igreja disciplinar o casamento; para os não católicos, caberia ao Estado e tão somente a ele a regulamentação dos atos nupciais. Nos países da Reforma Protestante começavam a surgir as primeiras leis civis disciplinando o casamento não religioso e fazendo dele o único válido legalmente.

Assim, sob a égide do Direito Canônico, a Igreja Católica era a única detentora do poder de validar a união entre um homem e uma mulher através do casamento religioso, porém, com o aumento da influência dos cidadãos protestantes, passou-se a reconhecer outras formas de casamento acatólico e misto, fazendo com que a Igreja perdesse parte de seu poder, o que levaria à efetivação o casamento civil como norma.

1.4 FAMÍLIA NO SISTEMA CLÁSSICO

A partir do século XV, mesmo o pai ainda sendo no interior de suas casas o representante da lei divina, inicia-se um processo de mudanças, principalmente ao que se refere aos cuidados e a valorização dos filhos na família, até o século XVIII o grupo familiar torna-se mais afetivo, fortalecendo-se os laços pai-mãe-filhos, a convivência e o sentimento tornem-se mais intensos.

A partir do século XVI, ao lado do casamento religioso, ato responsável pela formação da família conforme o preceito da igreja católica surgiu o casamento civil

⁴⁰ CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de Direito da Família e das Sucessões**. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 20.

⁴¹ RIBEIRO, id. Ibid., 2002, p. 1.

através da reforma protestante liderada por Lutero⁴², já que para ele não só a celebração religiosa era capaz de iniciar uma família.

Com a ascensão da burguesia no século XVII, na Europa ocorriam mudanças na família tradicional em que as escolhas eram feitas pelas ligações afetivas e individuais, os filhos recebiam atenção, eram amados, sendo educados pelas mães que também cuidavam dos afazeres domésticos e do marido, o qual era responsável pelo sustento familiar.

Com o advento da Revolução Industrial, em meados do séc. XVIII e com sua expansão no século XIX; era preciso aumentar o contingente de mão de obra nas indústrias, e tanto as mulheres quanto as crianças passaram a fazer parte do contingente de trabalhadores, contribuindo para a economia doméstica, suscitando a luta pela igualdade de direitos entre homens e mulheres na hierarquia familiar, pondo fim ao patriarcalismo.

A industrialização acarretou o fim dessa concepção familiar. A indústria retirou da família a função de fator de produção e, conseqüentemente, a autoridade do chefe sobre os demais membros. O homem passa a trabalhar nas fábricas. E a mulher, ingressa no mercado de trabalho, com o fim de ajudar no sustento da família, causando profundas transformações na hierarquia familiar, pois começa a surgir os ideais da igualdade de direitos, advindos da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Outro ponto significativo é que as famílias, antes numerosas, se restringem devido ao controle de natalidade e também pelas péssimas condições de vida.⁴³

Destaca-se que o Estado Liberal Clássico era vigente no período da Revolução Francesa (século XIX), identificado por Donadel⁴⁴ “como ‘a era das codificações’ ou a ‘era dos Códigos’”, destacando-se o “Código de Napoleão, de 1804, e o BGB alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch*), de 1896 - também designado de segunda codificação”.

⁴² “Lutero disse, certa vez, que o casamento “é coisa do mundo”. Isto é, um matrimônio não se realiza quando o casal se une no civil e no religioso, mas quando duas pessoas que se amam decidem viver em comunhão matrimonial. Este “sim” de um para com o outro, que também se expressa no relacionamento sexual, fundamenta o matrimônio. Todas as outras cerimônias são maneiras de dar um testemunho público do matrimônio que está se consumando na prática”. (GIERUS, Friederich. **Casamento é coisa do mundo.** Disponível em: <<http://www.jornalocaminho.com.br/noticia.php?edicaoId=24&cadernoId=5¬iciaId=1196>>. Acesso em: 12 abr. 2011.

⁴³ SANTOS e SANTOS, op. cit., 2009, p. 5.

⁴⁴ DONADEL, Adriane. Efeitos da Constitucionalização de Direito Civil no Direito de Família. In: PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel (Org.). **Tendências constitucionais do Direito de Família.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 10.

Conforme Cortiano⁴⁵, a codificação “traduz, assim, um processo cultural e histórico que realizou a ideia da época descrita, de um corpo de leis ordenado e sistematizado”, sendo que o Código Civil Napoleônico influenciou todo o Direito Ocidental, tendo que “sua principal influência é a percepção do direito como sistema, na medida em que ele simplifica a ordem jurídica, facilitando seu conhecimento e sua aplicação”. O estilo de Direito positivo moderno do código francês influenciou o Código Civil brasileiro de 1916.

Sob o ponto de vista napoleônico, o chefe de família era sujeito absolutamente ao Estado, assim como a família estaria absolutamente sujeita a seu chefe, sendo a mulher, no casamento tratada juridicamente de forma desigual. Entretanto, a família perde sua característica de instituição pública, transformando-se então em espaço privado e ficando restrito ao “[...] triângulo pai, mãe e filhos e por uma completa combinação de autoridade e amor parental.”⁴⁶

De acordo com Valpuesta Fernández⁴⁷

Se puede afirmar, en consecuencia, que solo cuando la democracia se asienta con instituciones más certeras las mujeres adquieren su condición de ciudadanas e integran los objetivos de un Estado que tiene que garantizar ele efectivo disfrute de sus derechos; es entonces cuando pueden actuar con mayor libertad en la realización de sus aspiraciones individuales y colectivas, y en la defensa de sus intereses. En este sentido es muy significativo que sean las mujeres las principales actoras en los procesos relacionados con la familia, lo son en cuanto a las demandas de divorcio – también de separación -, siendo así que en muchos casos esta decisión puede implicar en empeoramiento de su situación económica, a la cual ceden en procura de su libertad. Lo mismo se aprecia en la

⁴⁵ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. O Direito de Família no Projeto do Código Civil. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira (Coords.). **Repertório de Doutrina sobre Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 222-243, p. 227.

⁴⁶ BRUSCHINI, op.cit., 1995, p. 51.

⁴⁷ VALPUESTA FERNÁNDEZ, Maria Del Rosario. El impulso de las mujeres em La transformación del Derecho de familia. In: RUBIO, Maria Paz García; FERNÁNDEZ, Maria Del Rosario Valpuesta (Coords.). **El levantamiento del velo: las mujeres em el derecho privado**. Valência: Tirant lo Branch, 2011, p. 385-398, p. 391-2.

Pode-se afirmar, em consequência, que somente quando a democracia baseia-se com instituições mais precisas as mulheres adquirem sua condição de cidadãs e integram os objetivos de um Estado que tem que garantir o efetivo desfrute de seus direitos; é então quando podem atuar com maior liberdade na realização de suas aspirações individuais e coletivas, e na defesa de seus interesses. Neste sentido é muito significativo que sejam as mulheres as principais atrizes dos processos relacionados com a família, o são quando nos pedidos de divórcio - também de separação -, sendo assim que em muitos casos esta decisão pode implicar em deterioração da sua situação econômica, com a qual cedem em busca da sua liberdade. O mesmo se verifica na jurisprudência que se tem gerado acerca das consequências jurídicas dos casais de verdade, propiciada em grande parte por mulheres sem normas que as ampare e que ficam desassistidas quando o mesmo se rompe, uma situação que se explica pela posição de privilégio econômico que ainda têm os homens e pela prioridade que as mulheres dão a casa. O mesmo ocorre com relação aos pedidos sobre filiação, interpostas por mães que têm que enfrentar a negativa de alguns pais que não assumem a responsabilidade com relação aos filhos.

jurisprudencia que se ha generado acerca de las consecuencias jurídicas de las pareja de hecho, propiciada en gran medida por mujeres que sin norma que les ampare se quedan desasistidas cuando la misma se rompe, una situación que se explica por la posición de privilegio económico que aún tienen los hombres y por la dedicación preferente al hogar de las mujeres. Lo mismo ocurre respecto de las demandas sobre filiación, interpuestas por madres que se tienen que enfrentar la negativa de unos padres que no acaban de asumir su responsabilidad respecto de los hijos.

Em meados do século XIX, com a preocupação em romper com o regime absolutista e seus privilégios de classe, surgiu o liberalismo jurídico que pregava o Estado da Legalidade e da Liberdade. Estas duas características levaram à redação do conjunto de normas organizado em codificação, que segundo se passou a sustentar, seria suficiente para regular toda a vida da sociedade civil, como lei maior da comunidade, de forma igualitária. É a igualdade partindo de um pressuposto meramente formal.

De acordo com Fiuza & Marques⁴⁸,

A concepção unívoca deste período liberal era a idéia de que as obrigações tinham por fonte a Lei e os contratos. A Lei era concebida como um ato assecuratório da igualdade de todos, sendo por natureza, geral e impessoal, fruto da vontade. Por outro lado, a esfera dos particulares era regulada pela ideia do contrato. A vontade é fonte única para o nascimento de direitos e obrigações oriundos da relação jurídico-contratual.

A codificação do Direito Civil foi resultante das ideias do liberalismo econômico, visto que se requeria um estatuto que garantisse o contrato, a circulação da riqueza, a aquisição de bens, para evitar os entraves legais e as restrições, consagrando o individualismo pelo estabelecimento dos Códigos Civis, seja o Francês (1804), o Italiano (1865) ou o Brasileiro (1916), dentre outros assim como suas revisões no decorrer dos tempos.

Segundo Pereira⁴⁹:

A codificação é a redação do conjunto de normas de maneira organizada e sistematizada, oriunda do estudo do direito das universidades europeias (estudo do direito romano), que seria suficiente para regular toda a vida da sociedade civil, como lei maior da comunidade, de forma igualitária. A codificação está vinculada ao modelo liberal de organização do direito.

Nas codificações civis o cidadão era o burguês que não possuía

⁴⁸ FIUZA, César; MARQUES, Emanuel Adilson. Constitucionalização do Direito das Obrigações. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 8, p. 87-108, jul./dez., 2006, p. 88.

⁴⁹ PEREIRA, Johann Paulo Castello. **Direito constitucional das obrigações**. Disponível em: <<http://www.nobel.br>>. Acesso em: 02 jan. 2011.

impedimentos públicos, dotados de patrimônio, atento às ideias iluministas que via no domínio sobre as coisas a plenitude da pessoa, que tinham propriedades, não sofriam a interferência do Estado, sendo estes considerados livres, não contemplando assim os direitos dos homens comuns, visto que as primeiras constituições não regulavam as relações privadas.

Ao Estado cabia no plano infraconstitucional definir os direitos dos sujeitos que não eram considerados em suas reais desigualdades, sendo que, “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”⁵⁰.

Segundo Tepedino⁵¹, embasado na doutrina individualista, influenciada pelo Código Civil Francês, o Código Civil Brasileiro de 1916, era visto como a Constituição do direito privado, sendo que não haveria interferência do direito público nessas relações privadas, uma vez que “o direito privado tratava de regular, do ponto de vista formal, a atuação dos sujeitos de direito, notadamente o contratante e o proprietário”.

E a família, antes sob o domínio patriarcal, onde o poder absoluto estava no poder do homem “heterossexual, matrimonializada, monogâmica, hierarquizada, transpessoal”⁵², passou a existência de “uma nova concepção da família, formada por laços afetivos de carinho, de amor”⁵³, adquirindo no final do século XX, uma nova forma de organização, a família nuclear, sendo que de acordo com Santos e Santos⁵⁴,

Dentro dos lares a situação demonstra de modo mais forte, as transformações. A mulher adquire, na maioria das legislações, os mesmos direitos dos maridos, de modo que os cônjuges passam a ocupar o mesmo patamar dentro da família e perante a sociedade.

A nova família torna-se nuclear, compreendendo o pai a mãe e os filhos.

Assim, as famílias que tinham um caráter formalista resultante do casamento e que representava a ligação entre pessoas através de consanguinidade, passando

⁵⁰ NETTO LÔBO, Paulo Luiz. Constitucionalização do Direito Civil. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999, p. 101.

⁵¹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 2.

⁵² MATOS, Ana Carla Harmatiuk. “Novas” entidades familiares e seus efeitos jurídicos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família e Solidariedade: Teoria e Prática do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 35.

⁵³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 28.

⁵⁴ SANTOS e SANTOS, op. cit., 2009, p. 6.

a se configurarem em diversas formas, seja pelo casamento, pela união estável ou pela relação monoparental, muito frequente nesse novo século.

Assim a família passou a ser a base emocional do indivíduo, já que tem como função transmitir educação e cultura aos seus membros, a fim de lhes proporcionar a maturidade necessária para viver em sociedade.

Por consequência da colonização portuguesa no Brasil a família foi fundada através dos dogmas católicos, que fundamentavam as Ordenações Filipinas de 1595, ordenamento jurídico que vigorou até a independência do país. O casamento era a única entidade familiar reconhecida que ocorria pela forma solene, realizada na Igreja juntamente à conjunção carnal, e também pelo chamado “*casamento com marido conhecido*”, que era realizado por causa da fama e trato público, sendo que este não era reconhecido pelo direito canônico, mas que, no entanto deveria seguir os preceitos católicos, como a indissolubilidade.⁵⁵

Pelas legislações imperiais, o casamento essencial à formação da entidade familiar foi mantido, sendo estendido até aos não católicos, sendo reconhecido em 1861 como casamento civil nas demais uniões religiosas⁵⁶.

Até 1890, os preceitos canônicos foram mantidos, mas a partir do Decreto nº 181, de autoria de Rui Barbosa, publicado em 24 de janeiro de 1890, passou-se a considerar apenas o casamento civil como válido, sendo permitida a separação de corpos, não levando em conta o matrimônio religioso. Este decreto ficou em vigor até a promulgação do Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071/16), no qual o patriarcalismo se mantém, onde o homem é o chefe da família, colocando na classe dos incapazes, as mulheres.

Para Rosana Fachin⁵⁷

Os traços básicos da organização social, política e judiciária do Brasil inspiraram a família moldada no Código Civil de 1916, profundamente marcada pela solenidade e fundada em bases patrimonialistas, divorciada dos fatos sociais e alheia à verdadeira realidade da família brasileira.

A construção jurídica do primeiro Código Civil brasileiro foi fundamentada no modelo de família apresentado à época, ou seja, o de uma parcela social representativa, os detentores do poder, pessoas pertencentes a famílias de

⁵⁵ WALD, op. cit, 2004, p. 20.

⁵⁶ WALD, id. ibid, 2004, p. 20.

⁵⁷ FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, apresentação.

proprietários de escravos, fazendeiros e senhores de engenho.⁵⁸

Em face de uma sociedade basicamente rural, a família funcionava como unidade de produção. Assim, quanto mais componente maior a força de trabalho e as condições de sobrevivência de todo o grupo. O homem, além de desempenhar o papel de pai e marido, direção exclusiva decorrente de sua autoridade, chefiava a família, zelando pela sua unidade.

De acordo com Rosana Fachin⁵⁹, o modelo de família patriarcal e hierarquizado estava fundado no casamento civil ou religioso sendo que,

Se a codificação prevê: “criando a família legítima, o casamento legitima os filhos anteriores”, o Código definindo o casamento e a família, ao assim fazê-lo está restringindo a família à dimensão matrimonializada. Excluem-se do conceito dessas famílias as relações fora do casamento. Realidade que se altera com a Constituição Federal de 1988, projetando-se para o novo Código Civil.

A família do Código Civil de 1916 era dominada pelo patriarca, considerado o “senhor do castelo, da coisa e do espaço privado (...), o sujeito de direito absoluto, portador das qualidades necessárias à titularidade das relações jurídicas inscritas na legislação vigente”⁶⁰.

Segundo Dias⁶¹, as famílias tuteladas pelo Código Civil de 1916 eram chefiadas pelo marido sendo que à esposa e filhos cabia uma posição inferior, prevalecendo à vontade do homem como tradutora da vontade da entidade familiar, sendo que os filhos ilegítimos não tinham espaço na família codificada.

Pereira⁶² descreve que

a moldura estabelecida pelo Código Civil de 1916 para as relações familiares também atinge elevado grau de abstração definido a entrada no status de membro da família, qualifica que é o sujeito titular do direito de dirigir a família (já que a mulher casada perdia sua capacidade para exercer direitos), quem é o sujeito titular do direito de ter um pai (já que nem todos possuíam o status jurídico de filho) e, enfim, qual a convivência afetiva que era titular do direito de ser amparada pelo Estado, uma vez que somente a união entre homem e mulher constituída pelo casamento era considerada família.

Em apertada síntese, esse será o modelo clássico de família adotado pelo

⁵⁸ “À época da elaboração do Código Civil, os detentores do poder eram representados por trezentas ou quatrocentas mil pessoas pertencentes a famílias de proprietários de escravos, fazendeiros e senhores de engenho, segundo o censo de 1872. GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro**. Salvador: Progresso, 1958, p. 20.

⁵⁹ FACHIN, op. cit., 2003, p. 71.

⁶⁰ PERROT, Michelle. **História da vida privada**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 76.

⁶¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 30.

⁶² PEREIRA, Sumaya. **Direitos fundamentais e relações familiares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 86.

antigo Código Civil: um modelo unitário, indissolúvel e transpessoal (uma vez que não centrado na pessoa de seus membros), caracterizado ainda por ser matrimonializado, patriarcal e hierarquizado.

Assim, a família definida pelo Código de 1916 mantinha um perfil conservador, embasado na tradição canônica, defendendo a família como aquela formada pelos laços do casamento indissolúvel não por relações de afetividade, sendo ainda o espaço de produção e reprodução de valores econômicos, religiosos, sociais e culturais.

A legislação civil define o casamento como única maneira de formador da família pelo meio jurídico, dificultando assim o reconhecimento de filhos fora do casamento, ou incestuosos⁶³ e a adoção. A adoção como forma de reconhecimento, só foi regulamentada através da Lei nº 3.133/57, entretanto até 1977 o adotado só tinha a metade dos direitos, se comparado aos filhos legítimos, por haver apenas laço de afeto e não consanguinidade sendo que os laços de afetos eram menos importantes, já que como dito existia a chamada transpessoalidade, ou impessoalidade, onde as necessidades dos membros da família eram deixadas de lado e enfatizando os deveres, entre elas a procriação, criação de mão-de-obra, e base para aprendizado.

De acordo com Bittar⁶⁴, embasado nas características de uma estrutura rural, individualista e patriarcal, com inspiração na codificação francesa, o Código de 1916, ao adotar a divisão de funções entre homens e mulheres na família,

Impôs à mulher casada a condição de relativamente incapaz (não mais existente); fundou a família no casamento; disciplinou seus efeitos e cuidou da filiação legítima, além dos institutos assistenciais. Nesse sentido, disciplinou as formalidades preliminares do casamento (arts. 180 a 182); os impedimentos (arts. 183 a 188); e demais regras sobre o matrimônio (arts. 189 a 228). Regulou, em seguida, os efeitos jurídicos do casamento, fixando os deveres recíprocos e ou específicos de cada cônjuge (arts. 229 a 255). Deteve-se, em seguida, no regime de bens entre os cônjuges (arts. 256 a 314), tendo optado pelo de comunhão como o legal (ora substituído) e estabelecido várias regras sobre dote. Regeu, ao depois, a dissolução da sociedade conjugal e a situação dos filhos (arts. 315 a 329); as relações de parentesco, inclusive quanto a alimentos, dividindo os filhos em várias categorias (arts. 330 a 405); a tutela, a curatela e a ausência (arts. 406 a 484).

Ainda, o diploma civil de 1916, não permitia o desmanche do vínculo conjugal, o casamento era indissolúvel, mais tarde apenas o então chamado desquite, foi

⁶³ WALD, op. cit., 2004. p. 22.

⁶⁴ BITTAR, op. cit., 1989, p. 15.

substituído pela polêmica Lei nº 6.515/77.

Vê-se que ao passar dos anos a legislação nacional definiu como objetivo a proteção da instituição familiar e os laços de sangue parental tentando de todas as formas, impedir a dissolução da relação conjugal e adoção, ignorando, entretanto, o afeto nessas relações.

Na restrita visão do Código Civil de 1916, a finalidade essencial da família era a continuidade. Emprestava-se juridicidade apenas ao relacionamento matrimonial, afastadas quaisquer outras formas de relações afetivas. Expungia-se a filiação espúria e proibiam-se doações extraconjugais⁶⁵.

Foram também totalmente ignoradas, de acordo com Dias⁶⁶, a partir de 1916, as uniões de convivência, de companheirismo, o concubinato e a estável, sendo que essas uniões não teriam direitos, se não fossem formadas por meio de casamento, ou seja, sem celebração do matrimônio. O empecilho de reconhecimento de filhos fora do casamento possuía a finalidade de sancionar e impedir, a procriação fora dos “laços sagrados do matrimônio”.

Assim, afirmar que o casamento era indissolúvel e negar a existência de vínculos afetivos extramatrimoniais, além de servir de ameaça, servia de inibição ao surgimento de novos laços e uniões. Já o desquite, mantinha todos no centro familiar original, desatendendo à recomendação legal, era proibida a formação de outra família.

Conforme Carbonera⁶⁷

Nesses moldes, a família codificada idealizada desconsiderava a perspectiva da afetividade, sendo esta presumida quando não inexistente, podendo tal modelo jurídico, não encontrar ressonância na realidade da família sociologicamente presente do início do século XX.

Entretanto, a estabilidade e a segurança que o Código Civil Brasileiro de 1916 buscava retratar a partir da metade do século XIX entraram em Declínio na Europa, e, durante o século XX a intervenção estatal adquiriu uma importância fundamental para alicerçar o desenvolvimento econômico do país, quando então o Código Civil, perde o “status” de Constituição do Direito Privado, e os textos constitucionais

⁶⁵ FUGIE, E. H. A união homossexual e a Constituição Federal. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 15, p. 131-150, out./dez. 2002, p. 133.

⁶⁶ DIAS, Maria Berenice. Família, ética e afeto. **Consulex**, Brasília, n.174, p.34-35, abr. 2004, p. 34-35.

⁶⁷ CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luis Edson (Org.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 273-313, p. 281.

passam a nortear os princípios concernentes aos temas como função social da propriedade, limites da atividade econômica e organização da família, até então regulados pelo Código Civil.

Foi então que em 1934 a Constituição Federal foi a primeira no país a dedicar um capítulo à família, com garantias de proteção especial do Governo para a instituição, sendo copiada pelas sucessoras⁶⁸.

Entretanto, pela necessidade do Estado em contemplar os conflitos sociais emergentes, que não eram abordados pelo Código Civil, fez-se necessário o legislador elaborar leis especiais que tinham por objetivo regular novos institutos, surgidos com a evolução da sociedade. Dentre eles têm-se as novas leis de Direito de Família que representaram um grande avanço frente às normas do diploma Civil de 1916, sendo que em seu bojo permaneceu até a promulgação do Código Civil de 2002 a estrutura patriarcal, o casamento como meio exclusivo de formação de família, a discriminação aos filhos concebidos fora do casamento e os adotivos.

Entretanto, esses institutos foram relativizados a partir da Lei do Reconhecimento da Filiação Ilegítima (Lei nº 883/49, revogada pela Lei 12004/2009), Lei da Adoção (Lei nº 3.133/57) a Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77), assim como o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62), que retomou a capacidade à mulher casada.

A instituição do divórcio, nas palavras de Dias⁶⁹, “acabou com a indissolubilidade do casamento, eliminando a ideia de família como instituição sacralizada.”

A Lei do Divórcio, na concepção de Pereira⁷⁰, “deu um passo na marcha evolutiva de nosso Direito de Família, procurando, com sinceridade, solucionar problemas a que a vida conjugal dá nascimento, e que o excessivo amor à tradição impedia de resolver”.

Quanto ao Estatuto Civil da Mulher Casada, tem-se a ampliação de seus direitos civis

No que se refere à ampliação dos direitos civis da mulher casada, em 1962, com o Estatuto Civil da Mulher Casada, a mulher passou de subordinada a "colaboradora" do marido na sociedade conjugal, visando "o interesse comum do casal e dos filhos". Homens e mulheres casados passaram a ter os mesmos impedimentos para dar fiança, vender bens imóveis, oferecer

⁶⁸.NETTO LÔBO, op. cit., 2009, p. 6.

⁶⁹ DIAS, op. cit., 2007, p. 30.

⁷⁰ PEREIRA, op. cit., 2000, p. 8.

bens em hipoteca, precisando ambos de autorização do cônjuge. Esse Estatuto, embora hoje já superado em muitos aspectos, foi uma grande conquista para as mulheres casadas, pois devolveu a elas a capacidade civil plena e ampliou seus direitos civis dentro e fora da sociedade conjugal⁷¹.

Apesar de todas as mudanças feitas pelo Código Civil de 1916, até a Constituição de 1988, o casamento continuava sendo considerado a única instituição familiar sob o ponto de vista legal, enquanto que o concubinato e a união estável continuavam ignorados pelas legislações vigentes e a adoção era tratada em segundo plano, com diferenças de direitos entre os filhos sanguíneos e os adotivos, sendo que o afeto era muito pouco relevante.

Todavia, com o passar do tempo, os valores afetivos passam a se tornarem essenciais nas relações familiares, sendo que:

a família unida consegue trazer para a sociedade, o bem estar de cada indivíduo integrante desta. Desde a apreciação mútua cultivada pelos seus membros até a capacidade de resolverem juntos os conflitos através de uma comunicação, sem tabus e sem rancores, que impera em prol da família saudável, onde emana carinho, respeito e afetividade.⁷²

Assim, com as mudanças econômicas, sociais e culturais que ocorreram no decorrer do século XX, não era possível que a legislação continuasse subsidiada na visão da família codificada, visto que novas entidades familiares foram se formando independente da existência do casamento, gradativamente as uniões sem casamento foram sendo aceitas, e diante dessas transformações, o modelo legal codificado, diante do pluralismo familiar, tornou-se insuficiente e a constitucionalização do Direito de Família trouxe os princípios constitucionais como fundamentais para as novas relações estabelecidas nas famílias e nas novas entidades familiares.

⁷¹ GIUDICE, Iara Lima. **Modelo clássico de família esculpido no código civil de Bevilacqua e os paradigmas da nova família a partir da constituição federal de 1988 até nossos dias**. 2008. Disponível em: <<http://www.soartigos.com/artigo/839/Modelo-Classico-de-familia-esculpido-no-Codigo-Civil/>>. Acesso em: 02 jul. 2011, p. 1.

⁷² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito de família brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007, p. 48.

CAPÍTULO II AS TRANSFORMAÇÕES NO DIREITO DE FAMÍLIA

2.1 A CRISE DO PATRIARCALISMO E A MULHER NO CONTEXTO FAMILIAR

No Brasil, a economia colonial gerou a formação de uma sociedade, na qual a mulher ocupava uma posição peculiar, afetando grandemente sua imagem durante anos. Mantendo-se em segundo plano em relação ao homem, tanto econômica como socialmente, a mulher permaneceu à margem da sociedade e da historiografia brasileira.

Nesse período podem ser identificados traços das estruturas feudais europeias, da estrutura patrimonialista que se desenvolvia na época, e a exploração da mão de obra escrava.

Conforme Prado Junior⁷³, a situação da mulher no Brasil colonial era de extrema opressão social, econômica ou familiar. As mulheres brancas submetiam-se ao poder do patriarca sem contestar e casavam-se antes dos quinze anos quando passavam do domínio paterno para o domínio do marido. Saíam de suas casas tão somente para irem à igreja e acompanhadas.

Na sociedade colonial a única forma de fugir do domínio paterno ou marital era a reclusão em conventos, sendo que, conforme afirma Saffioti⁷⁴,

(...) Embora algumas se tenham transformado em respeitáveis matronas, com considerável poder de mando sobre (*sic*) a escravidão doméstica, sua esfera de autoridade conservava-se nitidamente (*sic*) distinta do setor em que imperava o patriarca.

Ressalta-se então que no Brasil colonial as mulheres estavam submissas à vontade de uma figura masculina, seja o pai ou o marido, seja no interior da família ou perante a sociedade. Assim, as mulheres dessa época eram conservadoras e essa visão de superioridade masculina era por elas transmitida aos filhos e de submissão às filhas ao patriarca.

⁷³PRADO JÚNIOR, Caio. **Formação do Brasil contemporâneo**. 24. ed. São Paulo: Brasiliense, 1996.

⁷⁴SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. **A mulher na sociedade de classes**: mito e realidade. São Paulo: Quatro Artes, 1969, p. 178.

O sistema jurídico brasileiro, muitas vezes considerou a mulher como sendo juridicamente incapaz. A linha de exclusão da condição feminina acentuou-se com o patriarcado e criou um padrão familiar sob a lei de desigualdade. Observa-se que o Código Civil de 1916 sujeitou as mulheres a um regime que aumentava as desigualdades, impondo barreiras de acesso ao trabalho feminino e à propriedade, tendo a mulher que lutar contra a discriminação e a sua exclusão como membro ativo no interior da família e na sociedade.

Segundo Matos⁷⁵

Sendo relativamente incapaz a mulher necessitava do consentimento do marido para exercer diversas atividades, contanto se presumia a autorização do marido para a compra das coisas indispensáveis à economia doméstica (art. 247, I), bem como para contrair obrigações concernentes à indústria, ou profissão que exercia com autorização do marido ou suprimimento do juiz (art. 247, III).

Del Priori⁷⁶ destaca que nas classes inferiores, em decorrência da mobilidade dos maridos ou companheiros que se ausentavam para o trabalho nos sertões e minas em localidades distantes e, não poucas vezes, abandonavam suas famílias ou suas concubinas sendo que as mulheres viam-se como chefes de família e trabalhavam para garantir sua sobrevivência e dos filhos, assim como as mães solteiras quando não abandonavam seus filhos ou os entregavam para serem criados por outros membros da família, além dos períodos nos quais os homens iam para as guerras.

Com as I e II Guerras Mundiais (1914 – 1918 e 1939 – 1945, respectivamente), quando os homens iam para as frentes de batalha e as mulheres passavam a assumir os negócios da família e a posição dos homens no mercado de trabalho. Mas a guerra acabou. E com ela a vida de muitos homens que lutaram pelo país. Alguns dos que sobreviveram ao conflito foram mutilados e impossibilitados de voltar ao trabalho. Foi nesse momento que as mulheres sentiram-se na obrigação de deixar a casa e os filhos para levar adiante os projetos e o trabalho que eram realizados pelos seus maridos⁷⁷.

Destarte, percebe-se uma diferenciação entre as mulheres de classes superiores e inferiores, visto que, na maioria das vezes, estas abandonadas por seus maridos e sem apoio de suas famílias viam-se diante da necessidade de

⁷⁵ MATOS, op. cit., 2000, p. 27.

⁷⁶ DEL PRIORE, Mary (Org.). **História das mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 1997.

⁷⁷ PROBST, Elisiana Renata; RAMOS, Paulo. A evolução da mulher no mercado de trabalho. **Instituto Catarinense de Pós-Graduação**, 2008. Disponível em: <<http://www.posuniasselvi.com.br/artigos/rev02-05.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2011.

deixarem seus lares em busca de trabalho para a satisfação de suas necessidades básicas, bem como de seus filhos.

A grande crise do patriarcalismo no Brasil se dá com a chegada da Coroa portuguesa ao Brasil em 1808, ao Rio de Janeiro, trazendo influências culturais como o teatro, bailes, festas religiosas, que acabaram por mudar a situação reinante na colônia, embora muitos costumes em relação às mulheres como sua submissão ao poder do patriarca da família tivessem sido mantidas. Pode-se afirmar a extrema opressão que a mulher ainda se submetia.

Passou-se à construção do espaço público mais definido, que vai confrontar o âmbito privado do patriarca, os quais ainda tentam fazer do “Estado uma ampliação do círculo familiar”⁷⁸, através de favorecimentos, troca de cargos públicos por benesses pessoais, da supremacia dos interesses individuais sobre os coletivos.

Aos poucos, as relações familiares começam a se modificar e a mulher sai da domesticidade e integra-se finalmente na sociedade, em princípio como escritora ou professora em fins do século XIX. O Brasil já possuía mulheres que sabiam ler e escrever, uma vez que até então eram educadas tão somente para desempenhar com destreza seus papéis domésticos e não instruídas.

Porém, foi exatamente a instrução, a possibilidade de aprender a ler e escrever, que diferenciava a mulher do engenho do período colonial da mulher burguesa que surge durante o processo de industrialização e urbanização do país⁷⁹.

Segundo Ruzyk⁸⁰, verifica-se a crescente importância de uma família burguesa nuclear inserida na vida das cidades que iniciam seu processo de formação, sem perder, no entanto, as características de hierarquização e do patriarcalismo, as quais somente no século XX perderão força.

O Código Civil Brasileiro de 1916 traz em seu bojo a defesa do patriarcalismo, e “a proteção às relações patrimoniais oriundas da relação conjugal matrimonializada, assim como normas jurídicas injustamente significantes de uma diminuição da condição feminina”. De acordo com Luiz Edson Fachin⁸¹, “um estatuto de castração feminina”, que encontra como exemplos o artigo 6º, onde a mulher é

⁷⁸ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 116.

⁷⁹ FREYRE, Gilberto. **Sobrados e mucambos**: decadência do patriarcado rural e desenvolvimento do urbano. 5. ed. Rio de Janeiro: J. Olympio INL, 1977.

⁸⁰ RUZYK, Carlos Eduardo Pianowski. **Famílias simultâneas**: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

⁸¹ FACHIN, Luiz Edson. O avesso da mulher no Direito. **Cadernos da Pós-graduação da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, ano I, n. 1, p. 87-96, set. 1995, p. 5.

vista como relativamente incapaz; artigo 233, no qual define o marido é o chefe da sociedade conjugal; art. 233, III, tendo o homem poder exclusivo de fixação e alteração do domicílio da família; art.233, I, representando a mulher legalmente, art.233, V, onde o trabalho profissional da mulher depende de autorização do marido; art.240 que a mulher assume necessariamente os sobrenomes do marido e artigo 233, IV que a manutenção da família é dever exclusivo do marido.

Destaca-se, segundo Netto Lôbo⁸² que o Código de 1916 regulava a família patriarcal, a qual era caracterizada

hegemonia de poder do pai, pela hierarquização das funções de seus membros, pela desigualdade de direitos entre homens e mulheres, pela desigualdade de direitos entre filhos de origens diversas (biológicas ou por adoção), pela desconsideração de entidades familiares distintas do casamento, pela ausência de liberdade para dissolução, pelo prevailecimento da linha masculina, pelo predomínio dos interesses de caráter patrimonializante sobre os de caráter afetivo.

Mesmo que a partir da década de 1960 as relações familiares tenham passado por relativas transformações, “o Direito de Família, no Brasil, enquanto doutrina, manteve relativo distanciamento das mudanças, perseverando no paradigma familiar de onde partiu nossa legislação civil, a saber, a família patriarcal”⁸³.

Porém, no processo evolutivo do Direito de Família, a Lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977, regulamentou o divórcio que trouxe resolução para os problemas resultantes das relações onde não havia mais lugar na vida conjugal para o amor, afeto e companheirismo, marcando o declínio do patriarcalismo no Brasil. Segundo Santos⁸⁴, “alia-se a isto, o advento da pílula anticoncepcional, a revolução sexual feminina, a entrada cada vez maior da mulher no mercado de trabalho e os avanços da medicina e da tecnologia”.

Desde o período do Brasil Colônia (século XVI), passando pelo Império (XIX), e parte do século XX, a legislação brasileira tomou como modelo a família patriarcal, sendo que essa definitivamente entrou em declínio, por consequência dos valores introduzidos na Constituição de 1988.

⁸² NETTO LÔBO, Paulo Luiz. **O ensino de Direito de Família no Brasil**. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 15 jan. 2011, p. 1.

⁸³ NETTO LÔBO, id. *ibid.*, 2004, p. 2.

⁸⁴ SANTOS, Eleniza S. Viana. Uma análise dos diversos arranjos familiares da atualidade. **Webartigos**. 2010. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/uma-analise-dos-diversos-arranjos-familiares-da-atualidade/40312/>>. Acesso em: 15 jan. 2011, p. 1.

Portanto, a Constituição Federal de 1988 foi o marco da lenta evolução legal das relações familiares no Brasil. Antes da Carta Magna apenas alguns diplomas legais reduziram as desigualdades entre homem e mulher, filhos legítimos e ilegítimos tais como estão supradestacados, o Estatuto da Mulher Casada e a lei do Divórcio, sendo assim foi a partir da Constituição, que se tem a história de uma contínua quebra da família patriarcal, reduzindo-se de forma legítima as desigualdades jurídicas entre membros familiares ocorrendo assim uma transformação, na medida em que se passa a dar maior importância ao grupo familiar e não ao casamento como o elemento fundamental para a legitimação da família, mudando assim o conceito de Direito de Família, passando-se a integrar os direitos individuais (liberdade) e os direitos sociais (igualdade), culturais e econômicos.

Para Barsted⁸⁵,

(...) a Constituição Federal brasileira de 1988 está em sintonia com os tratados, convenções e declarações das Nações Unidas ao reconhecer a igualdade entre homens e mulheres na vida pública e privada. Esse reconhecimento tem repercussões importantes no direito de nosso país, particularmente, no direito civil. Até 1988, o Código Civil orientava todos os seus artigos relativos à família, marcando a superioridade do homem em relação à mulher, seja na parte geral, no capítulo específico sobre família ou na parte relativa ao direito das sucessões.

Assim, a família do século XX ficou marcada pelo fim da subordinação da mulher nos papéis exercidos no interior da família, sendo que o movimento feminista desencadeou um processo de lutas pelos direitos da mulher, de sua inserção nos espaços sociais e no mercado de trabalho.

Destaca-se no caput do artigo 5º da Constituição Federal que “perante a lei, todos são iguais, não havendo distinção de qualquer natureza, aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e a propriedade”.

Vê-se assim que o citado artigo traz em seu bojo, assegurar os direitos e garantias individuais das pessoas, destacando o princípio da igualdade na consideração dos direitos fundamentais quando, em seu inciso I afirma que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”,

⁸⁵ BARSTED, Leila Linhares. A Legislação Civil sobre Família no Brasil. In: BARSTED, Leila Linhares; HERMANN, Jacqueline. **As Mulheres e os Direitos Civis**. Coletânea Traduzindo a Legislação com a Perspectiva de Gênero. Rio de Janeiro: Cepia, 1999, p. 9-26, p. 12.

passando o Estado e a Sociedade a buscar por dispositivos para assegurar à mulher o direito à igualdade de condições de trabalho, de bem-estar físico e moral, de proteção à maternidade, a licença-gestante, a salários compatíveis, a direitos políticos e à livre concorrência a cargos em qualquer seguimento da sociedade, trazendo uma mudança no paradigma antes patriarcal no Direito de Família, para um contexto de igualdade entre homens e mulheres nas relações familiares, passando-se por um processo de repersonalização.

Diante disso, o reconhecimento formal da igualdade de direitos entre o homem e a mulher na vida pública trouxe a igualdade entre os cônjuges na vida familiar e rompeu com o modelo hierarquizado de família, impulsionando a participação de ambos os cônjuges nas atividades do cotidiano familiar, tanto nas questões de administração quanto nos encargos derivados do sustento, guarda educação dos filhos. Essa nova realidade deu origem a um processo de democratização das relações interindividuais, fruto da transformação de valores e princípios relativos à vida afetiva e familiar.

Na concepção de Moraes⁸⁶,

a família democrática nada mais é do que a família em que a dignidade de seus membros, das pessoas que a compõe é respeitada, incentivada e tutelada. Do mesmo modo a família “dignificada”, isto é, abrangida e conformada pelo princípio de dignidade humana é, necessariamente, uma família democrática. [...] Quanto mais democráticas forem às famílias, maior o fortalecimento da democracia no espaço público e vive-versa. [...] quanto mais democracia houver nos pequenos grupos, mais democrática será a sociedade na qual eles coexistem.

Assim sendo, a excessiva preocupação com os interesses patrimoniais, característicos do direito de família de corte liberal, não encontra mais respaldo na família atual, agora centrada por outros interesses de cunho pessoal ou humano, tipificados por um elemento fundamental: a afetividade.

2.2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA

O Brasil após a Independência de Portugal já nasceu um país

⁸⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, Belo Horizonte (MG), p. 26-29, out. 2005, p. 6.

constitucionalista, processo decorrente do ideário de liberdade, igualdade e fraternidade da Revolução Francesa, resultante dos movimentos políticos da sociedade burguesa tanto que a primeira Constituição Brasileira Imperial foi formulada em 1824, somente dois anos após a proclamação da independência. Com a proclamação da República em 15 de novembro de 1889. No dia 3 de dezembro uma comissão de cinco membros foi escolhida por decreto para a elaboração do projeto de Constituição e em 21 de dezembro, era convocada a primeira Assembleia Constituinte, que resultou na Constituição de 1891. A Revolução de 1930 desencadeou um novo movimento constitucional que culminou com a Constituição de 1934.

Na compreensão de Netto Lôbo⁸⁷, até a Constituição de 1934 no Brasil, o Código Civil era visto como o núcleo do direito positivo, porém, segundo Amaral⁸⁸ “o conjunto de valores e idéias que formaram o caldo de cultura dos grandes códigos encontra-se superado, nomeadamente suas funções políticas, filosóficas e técnicas”, uma vez que com a constitucionalização do Direito Civil “os princípios básicos do direito privado emigram do Código Civil para a Constituição, que passa a ocupar uma posição central no ordenamento jurídico”.

Assim, a codificação do Direito Civil foi se tornando inadequada diante das novas exigências, tanto de igualdades materiais quanto de liberdades derivadas de novos direitos que desencadearam alterações no significado do direito privado, que “deixou de ser o âmbito da vontade individual e o direito público não mais se inspira na subordinação do cidadão”⁸⁹.

Entretanto, as questões relacionadas à família passaram praticamente despercebidas nas duas primeiras Constituições Brasileiras. Não se encontra nenhuma referência específica à família na Constituição Federal de 1824, assim como a de 1891, que não a referenciou em momento algum exceto quando reconhece o casamento civil como único ato capaz de constituir a família, uma vez que tinham um caráter político voltado à organização do Estado através da separação dos poderes e a declaração dos direitos fundamentais do homem e do cidadão, período do constitucionalismo liberal clássico, quando predominava a

⁸⁷ NETTO LÔBO, op. cit., 1999, p. 102.

⁸⁸ AMARAL, Francisco. A Descodificação do Direito Civil Brasileiro, **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, v. 8, n.4, p. 545-657, out./dez. 1996, p. 546.

⁸⁹ PERLINGIERI apud MORAES, Maria Cecília Bodin. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista Estado, Direito e Sociedade**, Rio de Janeiro: PUC-Rio, v. 1, [s.p.], 1991, p. 6.

hegemonia do individualismo⁹⁰.

Pela primeira vez, em 1934, a Constituição democrática, se referiu expressamente à proteção da família pelo Estado, que se sucede nas outras Constituições.

A Constituição brasileira de 1934 inseriu no seu texto um capítulo especial, “Da família” com quatro artigos, onde reconhece que “Art. 144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado”, sendo que “Parágrafo único - A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento, havendo sempre recurso *ex officio*, com efeito suspensivo”. Também prevê a regulamentação da “apresentação pelos nubentes de prova de sanidade física e mental” (art. 145), prevendo ainda a gratuidade da celebração do casamento civil, bem como o efeito civil do casamento religioso, desde que perante a autoridade civil (art. 146). O artigo 147 ainda traz que “O reconhecimento dos filhos naturais será isento de quaisquer selos ou emolumentos, e a herança, que lhes caiba, ficará sujeita, a impostos iguais aos que recaiam sobre a dos filhos legítimos”.

Na Constituição autoritária de 1937, a educação integral aparece como dever dos pais, conforme o artigo 125, sendo que “o Estado não será estranho a esse dever, colaborando, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular”. Também aos filhos ilegítimos “facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais” (art. 126), sendo que o Estado assume a tutela das crianças caso ocorra abandono pelos pais, o qual terá “o dever de provê-las do conforto e dos cuidados indispensáveis à preservação física e moral” (Art. 127)

A Constituição democrática de 1946, mantém a indissolubilidade do casamento (art. 163), e incentiva o aumento da prole, tornando obrigatória assistência à maternidade, à infância e à adolescência (art. 164).

De acordo com Moraes⁹¹,

A partir da década de 1960, no mundo ocidental, a família começa a tornar-se mais atraente porque um de seus princípios fundadores passa a ser o respeito tanto dos maridos com relação às mulheres, quanto dos pais em relação aos filhos – com o reconhecimento destes como pessoas – alterando significativamente as relações de autoridade antes existentes

⁹⁰ OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁹¹ MORAES, op. cit., 2005, p. 5.

entre os seus membros. Além disso, certa igualdade de tratamento entre os cônjuges, garantida por lei passa a caracterizar o grupo familiar, também contribuindo para a relevante mudança que permitiu a ampliação, tempos depois, dos espaços de autonomia, crescimento individual e autoafirmação de cada membro dentro do grupo.

No Brasil, de 1964, quando do Golpe Militar e implantação da Ditadura até 1984, com o movimento das “Diretas Já” (que não foi bem sucedido) e colocou fim ao regime militar com a eleição indireta do primeiro presidente civil em 15 de janeiro de 1985, inicia-se o processo de redemocratização e o movimento constituinte que resulta na Constituição de 1988, que passou a assegurar um amplo rol de direitos e garantias fundamentais ao indivíduo, além de suscitar a participação popular nas decisões políticas, representando um avanço na proteção dos direitos dos cidadãos, e na consolidação do regime democrático.

Nesse cenário de mudanças, dissemina-se a ideia da decodificação e da constitucionalização do Direito Civil, colocando-se à partir dos fundamentos constitucionais, ao invés dos pilares que antes sustentam o direito civil – propriedade, família e autonomia de vontade, o ser humano – a dignidade da pessoa humana e sua promoção social, econômica e espiritual, como o centro do ordenamento civil. A descodificação do Direito Civil traz em sua premissa a despatrimonialização do Direito Privado, visto que era o patrimônio - a propriedade e o contrato, até então considerado o valor individual necessário para a realização da pessoa e tutelado nos códigos, tornando-se então o polo das relações jurídicas a pessoa humana, sua dignidade.

É a repersonalização da pessoa humana como centro do Direito Civil, através da qual, passa-se a buscar uma adequação do direito aos fundamentos constitucionais, “ao invés da lógica proprietária, da lógica produtivista, empresarial (em uma palavra, patrimonial), são os valores existenciais que, porque privilegiados pela Constituição, se tornam prioritários no âmbito do direito civil.”⁹²

A Constituição de 1988 trouxe uma maior valorização à proteção das entidades familiares. De acordo com Ruzyk⁹³,

A nova ordem constitucional, ao consagrar a proteção da família na pessoa de cada um de seus membros, rompe com a racionalidade dos modelos fechados, abraçando a concepção plural de família que sempre esteve

⁹² MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Civil**, local, n.65, p. 21-32, 1993, p. 28.

⁹³ RUZYK, op. cit., 2005, p. 163.

presente na sociedade, ainda que sujeita a estigmatizações e à marginalidade. A família na Constituição de 1988 não tem por fonte primária e exclusiva um ato formal, solene, encoberto pelo manto exclusivo da legitimidade jurídica, mas, sim, nasce e se mantém nos acordes do *leimotiv* do afeto.

A Constituição de 1988 traz um novo sentido à família no ordenamento jurídico brasileiro. O casamento não é mais a única maneira de construir uma família e seu rigor não é mais o fator principal, mais sim o afeto entre os membros da família, valorizando-se a relação extramatrimonial.

De acordo com Fachin⁹⁴,

a afetividade assume dimensão jurídica, migrando para a “constitucionalização” princípios e normas básicas do Direito de Família, espalhados na igualdade, na neutralidade na dimensão da inocência quanto à filiação. Da noção excludente e desigual sob a família matrimonializada e patriarcal, a filiação nasce à luz da igualdade e da inclusão de todos os direitos, sem o “desvarecer” que atava legitimidade e casamento.

O legislador constituinte, logo no 1º artigo da Constituição, afirma o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamentada na República Federativa do Brasil. O artigo 3º tem como objetivo prioritário promover a igualdade e bem-estar da população, sem distinção de raça, cor, sexo, origem, idade ou qualquer outra forma de preconceito e no 5º fica instituído que todos serão tratados de forma igual perante a lei, mesmo diante disso o legislador abriu o Capítulo VII (da família, da criança, do adolescente e do idoso) do Título VIII (da ordem social), para que não existissem dúvidas em relação da proteção que o governo dá especialmente às entidades familiares.

Como destaca Mendes, Coelho e Branco⁹⁵, o capítulo da constitucionalização da família se mostra inovador diferentemente daquele do passado quando todos que economicamente dependiam do chefe da família, além da esposa e filhos lhe eram submissos. V passar do tempo, e as mudanças sociais ocorridas, o poder autoritário do chefe de família, resultou no novo poder familiar, o qual passou a ser dividido com o a esposa, no que passou a ser o atual Código Civil:

as questões essenciais são decididas em comum, sendo sempre necessária a colaboração da mulher na direção da sociedade conjugal. A mulher, em

⁹⁴ FACHIN, Luis Edson. **Elementos críticos do direito de família**: curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.12.

⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito de constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1306.

suma, deixa de ser simples colaboradora e companheira – consoante posição que lhe atribui à lei vigente (Código Civil de 1916) – para passar a ter “poder de decisão”, conjuntamente com o esposo.

Assim, dizem os autores que o constituinte de 1988, aproximou-se da realidade existente, para proteger o direito e as relações familiares que já eram cuidadas pela legislação previdenciária.

O constituinte ao constitucionalizar, trouxe diversas melhorias à sociedade, como a expansão das entidades familiares, o não retrocesso social, sobretudo com o princípio de igualdade entre homens e mulheres.

A família é fundamental, pois atua como o primeiro socializador do ser humano, desta forma recebe uma tutela especial do Estado, consoante o artigo 226 da Lei Fundamental, o qual decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, com fulcro no referido artigo:

Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
 § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

A Constituição Brasileira considera a família como fundamental para a sociedade, transcendendo a mera formalidade, transformando-se no núcleo sócio-afetivo, promotora da dignidade da pessoa humana, transpondo a concepção de que a instituição familiar é tão somente a resultante do matrimônio oficializado e indissolúvel.

Como afirma José Afonso Silva⁹⁶,

não é mais só pelo casamento que se constitui a entidade familiar, já que trouxe o constituinte as figuras da família monoparental e da união estável, sendo que todas merecem a proteção do Estado e em qualquer desses casos, os direitos e deveres referentes a sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher, consagrando-se o direito de igualdade entre ambos consignado no Art. 5º, I.

Com a Constituição de 1998 novas entidades familiares passaram a ser consideradas diferentemente do modelo tradicional pai, mãe e filhos. Na união estável, a família monoparental foi explicitada na lei, garantindo o direito de

⁹⁶ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 823.

igualdade.

O princípio constitucional de igualdade faz com que o poder marital desapareça e passa a não existir a figura autocrática do chefe de família visto que as decisões familiares passam a ser tomadas em comum acordo entre marido e mulher, como na sociedade conjugal os dois passam a ter os mesmos direitos e deveres diferentemente do modelo patriarcal, “onde tudo girava em função do chefe, que negava direitos à mulher e aos filhos”, quando o Estado não intervinha nos assuntos domésticos, mas levando-se em consideração que “homens e mulheres carregam características próprias de cada sexo, contudo enquanto pessoas humanas são iguais em direitos e obrigações”⁹⁷

Com o princípio de igualdade, buscou-se a aplicação da regra de isonomia de tratamento jurídico, o qual possibilita que a igualdade nos papéis desempenhados entre marido e mulher na chefia da sociedade conjugal, sendo também “a isonomia que se busca na identificação dos filhos de uma mesma mãe ou de um mesmo pai”. É ainda a isonomia que protege o patrimônio entre personagens que disponham do mesmo *status familiae*.⁹⁸

Assim, a respeito da constitucionalização do direito da família, pode ser resumido com a afirmação de Dias⁹⁹ :

Raras vezes uma Constituição consegue produzir tão significativas transformações na sociedade e na própria vida das pessoas como fez a atual Constituição Federal. (..) A supremacia da dignidade da pessoa humana está lastreada no princípio da igualdade e da liberdade, grandes artífices do novo Estado Democrático de Direito que foi implantado no país. Houve o resgate do ser humano como sujeito de direito, assegurando-lhe, de forma ampliada, a consciência da cidadania. O constituinte de 1988 consagrou como dogma fundamental, antecedendo a todos os princípios, a dignidade da pessoa humana, impedindo assim a superposição de qualquer instituição à tutela de seus integrantes. Foram eliminadas injustificáveis diferenciações e discriminações que não mais combinam com uma sociedade democrática e livre.

É possível afirmar que a Constituição Federal passa a agrupar inúmeros princípios fundamentais do Direito de Família, da forma que toda legislação infraconstitucional deve unir-se com a Constituição, caso poderão ser consideradas como ineficiente diante da nova ordem constitucional por ela ser a mais importante

⁹⁷ BRASIL. **Decisão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ**, no REsp 27483/SP, de 04/03/1997, publicada no DJ, de 07/04/1997, p. 11.112.

⁹⁸ MARQUES, Claudia Lima *et. al.* **Igualdade entre filhos no direito brasileiro atual: direito pós-moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 11.

⁹⁹ DIAS, op. cit., 2009, p. 40.

das fontes. É o princípio da superioridade dos princípios constitucionais.

Pode-se afirmar também, que a Constituição desencadeou o reconhecimento legal da família plural, ou seja, estão sob a proteção do Estado, outras entidades familiares, distintas daquelas tradicionais constituídas pelo casamento, como aquelas formadas pelos companheiros e seus filhos, as famílias formadas por um dos pais e seu filho(s), denominada de famílias monoparentais, além da possibilidade de ampliação do conceito de família, para aquelas que se fundam através de laços de afeto e solidariedade, como as formadas somente por irmãos, avós e netos ou ainda pessoas do mesmo sexo.

Ao proteger a família, o constituinte reconheceu e oficializou o que existia há tempos, consequência da jurisprudência e doutrina, introduzindo assim, medidas indispensáveis para o reconhecimento das entidades familiares na sociedade brasileira, sendo que as relações familiares passaram a ser repersonalizadas com a aplicação de um importante princípio indiretamente fundamentado pela Constituição de 1988, o da afetividade.

2.3. A REPERSONALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES

A repersonalização do Direito de Família foi resultado do processo de descodificação do Direito Civil que levou à constitucionalização do Direito de Família, quando os princípios constitucionais passaram a ser o fulcro das relações familiares, quando migrou-se da ênfase na questão do patrimônio e passou-se a levar em consideração o indivíduo enquanto pessoa humana, valorando-se o ser e não mais o ter.

Nas palavras de Netto Lobo¹⁰⁰

A tendência contemporânea de ver a família na perspectiva das pessoas que a integram, e não de seus patrimônios, para regulação de seus direitos, constitui o fenômeno que apropriadamente se denomina repersonalização. É nessa pessoa, enquanto tal que reside a dignidade humana.

No decorrer da história da humanidade as relações familiares, asseguradas

¹⁰⁰ NETTO LÔBO, Paulo Luiz. Princípio jurídico da afetividade na filiação. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **A família na travessia do milênio**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 12.

pelo Direito de Família adquiriram um caráter patrimonialista, em detrimento da pessoa enquanto ser humano que precisava ser protegido, mas que passa a ser transformado no decorrer do século XX na sociedade brasileira como resultado do surgimento de novas reconfigurações de família, onde o homem não detém mais o poder de superioridade sobre a mulher e os filhos, todos devem ser considerados com igualdade. Também deixa de ser um núcleo tão somente de reprodução e econômico e abre-se espaço para o amor, a compreensão e o diálogo.

De acordo com Valpuesta Fernández¹⁰¹

En la actualidad, esta imagen familiar ha cambiado, entre otros motivos, por la modificación de la manera de concebir las relaciones sexuales, por el mencionado cambio de los valores tradicionales y el predominio de la autonomía de la voluntad individual, por la salida de la homosexualidad de lo patológico, por la incorporación de la mujer al mundo laboral y por la pérdida de influencia de la moral católica en la vida social.

Nota-se a compatibilidade dessas ideias com um modelo de família plural, que terá como base a dignidade da pessoa e a solidariedade social, formando uma família “repersonalizada” e “despatrimonializada”, condizente com a proposição da Constituição Federal de 1988, sob o prisma de uma ordem jurídica assentada em princípios fundamentais que espalham valores para toda a sociedade.

Quanto a esse aspecto no direito de família, Matos¹⁰² se refere:

A repersonalização das relações familiares significaria sair daquela idéia de patrimônio como orientador da família, onde essa se forma pela afetividade e não mais exclusivamente pelo vínculo jurídico-formal que une as pessoas. Deve o Direito Civil, cumprir seu verdadeiro papel: regular as relações relevantes da pessoa humana - colocar o homem no centro das relações civilísticas. (...) E, gravitando o Direito Civil em torno da pessoa, não há lugar para concepções excludentes de determinados sujeitos da tutela jurídica ou atribuidora de um tratamento jurídico inferior a eles – já não há espaço para as discriminações de gênero. (...). Uma das conseqüências práticas da repersonalização vem ser a nova concepção de família, espelhando a idéia básica da família eudemonista, ou seja, da família direcionada à realização dos indivíduos que a compõe.

Na visão da autora uma das conseqüências práticas da repersonalização

¹⁰¹ VALPUESTA FERNÁNDEZ, Maria Del Rosario. La encrucijada de la familia: entre la realidad social y el Derecho. In: CAMPOY, Juan Manuel Abril; AMATLLARI, María Eulalia (Coords.). **Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 2.415-2.421.

Na atualidade, esta imagem familiar tem mudado, entre outros motivos, pela modificação da maneira de conceber as relações sexuais, pela mencionada troca de valores tradicionais no predomínio da autonomia da vontade individual, pela saída da homossexualidade patológica, pela incorporação da mulher no mundo do trabalho e pela perda da influência da moral católica na vida social.

¹⁰² MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina**. Rio de Janeiro: Fenovar, 2000, p.104-105.

vem ser a nova concepção de família, espalhando a ideia básica da família eudemonista, ou seja, da família direcionada à realização dos indivíduos que a compõe.

Pode-se, dessa forma, afirmar que a chamada repersonalização do direito de família importa na derrocada da família como um fim em si mesma. Ou melhor, sobe a perspectiva atual de se privilegiar a pessoa humana em detrimento da sociedade e as suas necessidades existenciais, minimizando-se o conteúdo eminentemente patrimonialista privilegiada pela conduta civilística até então.

De acordo com Perlingieri¹⁰³

Com isso não se projeta a expulsão e a “redução” quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico naquele civilístico em especial; o momento econômico, como aspecto da realidade social organizada, não é eliminável. A divergência certamente de natureza técnica, concerne à avaliação qualitativa do momento econômico e à disponibilidade de encontrar, na exigência da tutela do homem, um aspecto idôneo, não a “humilhar” a aspiração econômica, mas pelo menos, a atribuir-lhe uma justificativa institucional de suporte livre desenvolvimento da pessoa.

A centralidade da preocupação nos interesses de patrimônio ficou marcada no direito de família tradicional, não se torna a essência na nova família, uma vez que as pessoas passam a unirem-se por outros interesses com cunho mais humanos e pessoais, todos interconectados por um condutor, o afeto, que passa a definir o suporte fático da família tutelada pela Constituição, resultando na denominada repersonalização.

Entretanto, Fachin¹⁰⁴ de forma crítica, cita os termos “constitucionalização” e “repersonalização”, e questiona se são uma renovação ou apenas retoques que dirigem o projeto racionalista que iniciou as codificações privadas, sendo que “esta interrogação sugere pensar se o passo à frente que se esboça é uma mudança efetiva ou será tão-só a última fronteira de um sistema oitocentista moribundo que agoniza mas ainda não se esgotou”.

É um momento de readequação do Direito à realidade, tempo de indagações, questionamentos acerca dessas mudanças, porém, não se pode mais prescindir de considerar a família como aquela entidade alicerçada no respeito aos interesses de cada membro, no companheirismo, na cooperação, espaço que com a repersonalização deixa de lado o estrito interesse patrimonial, dando nova vida às

¹⁰³ PERLINGIERI, op. cit., 2002, p.33.

¹⁰⁴ FACHIN, op.cit., 2003, p. 6.

entidades familiares em seus modos diferenciados de composição. Valoriza-se o fortalecimento da família como união de afetos, igualdade entre homem e mulher, guarda de filhos, proteção da privacidade da família, proteção estatal de famílias carentes, aborto, controle de natalidade, paternidade responsável, integridade física e moral dos membros da família, vida comunitária, regime legal das uniões estáveis, igualdade dos filhos de qualquer origem, responsabilidades social e moral pelos menores abandonados, facilidades legal para adoção, dentre outros.

Diante desse quadro, a repersonalização das relações jurídicas da família; está avançando nos países ocidentais passando-se a valorizar a dignidade humana, a pessoa como centro das relações familiares, a afetividade, a priorização do ser ao invés do ter, levando ao florescimento de uma concepção contemporânea de família.

2.4 A FAMÍLIA EDIFICADA NOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Para abordar a questão da família edificada nos princípios constitucionais cabe inicialmente adentrar a questão conceitual de princípios, que de acordo com De Plácido e Silva¹⁰⁵,

Princípios, no plural, significam as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa [...] revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixam para servir de norma a toda espécie e ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica [...] exprimem sentido mais relevante que o da própria norma ou regra jurídica [...] mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-as em perfeitos axiomas [...] significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito.

Para Lima¹⁰⁶, pode-se dizer que ao lado das regras, os princípios são normas jurídicas, no entanto, dentro do sistema normativo os princípios possuem um papel diferente do das regras, as quais “por descreverem fatos hipotéticos, possuem a nítida função de regular, direta ou indiretamente, as relações jurídicas que se enquadrem nas molduras típicas por elas descritas”, enquanto que os princípios “são normas generalíssimas dentro do sistema”, que tem função fundamentadora, função

¹⁰⁵ SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 639.

¹⁰⁶ LIMA, George Marmelstein. **As funções dos princípios constitucionais**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2624>>. Acesso em: 10 mai. 2011.

orientadora da interpretação; e função de fonte subsidiária' além de

qualificar, juridicamente, a própria realidade a que se referem, indicando qual a posição que os agentes jurídicos devem tomar em relação a ela, ou seja, apontado o rumo que deve seguir a regulamentação da realidade, de modo a não contrair aos valores contidos no princípio" e, tratando-se de princípio inserido na Constituição, a de *revogar* as normas anteriores e *invalidar* as posteriores que lhes sejam irredutivelmente incompatíveis¹⁰⁷

Bonavides¹⁰⁸ conceitua princípios como “verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do dever-ser, na qualidade de normas jurídicas, dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade”.

Considerando que os princípios são a expressão de todas as normas que compõem o Direito, Bastos afirma que cada área do direito pode ser a concretização de determinado número de princípios, os quais possuem uma força que abarca todo o campo sob seu alcance, justificando o porquê

todas as normas que compõem o direito constitucional devem ser estudadas, interpretadas, compreendidas à luz desses princípios. Quanto os princípios consagrados constitucionalmente, servem, a um só tempo, como objeto da interpretação constitucional e como diretriz para a atividade interpretativa, como guias a nortear a opção de interpretação.¹⁰⁹

É possível afirmar que após a Constituição de 1998, um dos maiores avanços do Direito brasileiro, é a consagração da força normativa dos princípios constitucionais, sendo que para Barroso¹¹⁰

[...] os princípios constitucionais são, precisamente, a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica. A Constituição [...] não é um simples agrupamento de regras que se justapõem ou que se superpõem. A idéia de sistema funda-se na de harmonia, de partes que convivem sem atritos. Em toda ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais que ‘costuram’ suas diferentes partes. Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos.

Pode-se perceber que para o bom funcionamento do sistema jurídico, é imprescindível o respeito à hierarquia normativa. Assim, todo e qualquer ato de

¹⁰⁷ ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 47.

¹⁰⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 229.

¹⁰⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 56-7.

¹¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 142-143.

interpretação deve ter início pela Constituição que condicionará a validade de todas as normas jurídicas inferiores, permitindo que o sistema funcione em plena sintonia. Outro ponto que merece destaque é o de que a Constituição está assentada em princípios, escritos ou não, que em função de seu alto grau de generalidade e abstração, ocupam posição máxima no universo jurídico vinculando não somente normas inferiores, mas também as próprias normas constitucionais.

A distinção apresentada por Robert Alexy¹¹¹, entre princípios e regras, auxilia na compreensão desses conceitos:

Segundo a definição *standart* da teoria dos princípios, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão ampla quanto possível que relativamente a possibilidades fáticas ou jurídicas. Princípios são, portanto, mandamentos de otimização. Como tais, eles podem ser preenchidos em graus distintos. Bem diferentes estão as coisas nas regras. Regras são normas que, sempre, ou só podem ser cumpridas ou não cumpridas. Se uma regra vale, é ordenado fazer exatamente aquilo que ela pede, não mais e não menos. Regras contêm, com isso, mandamentos definitivos. A forma de aplicação de regras não é a ponderação, senão a subsunção.

Nos princípios constitucionais, estão condensados todos os valores considerados como fundamentos que validam o sistema jurídico de um país, expressando em maior ou menor escala as normas que o compõem, não sendo a Constituição então somente um agrupamento de regras justapostas ou sobrepostas, mas em um sistema harmônico que tem como norteador os princípios que indicam o caminho para a superação das divergências e diferenças.

Geraldo Ataliba citado por Nunes¹¹² colabora para esclarecer a real importância dos princípios no sistema jurídico:

[...] princípios são linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico. Apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos do governo (poderes constituídos). Eles expressam a substância última do querer popular, seus objetivos e desígnios, as linhas mestras da legislação, da administração e da jurisdição. Por estas não podem ser contrariados; têm que ser prestigiados até as últimas conseqüências.

Contemporaneamente, com a evolução do direito constitucional e com sua abertura sistêmica, um novo enfoque passou a ser conferido aos princípios, eis que

¹¹¹ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático, **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, p. 67-79, 1999, p. 67.

¹¹² NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 38.

eles têm cada vez mais abandonado aquela postura de subsidiariedade que lhes foi equivocadamente atribuída e tiradas dos códigos e legislações infraconstitucionais, diretamente para a Constituição, local em que se tornam alicerce e fundamento de toda a ordem jurídica servindo especificamente como vetores interpretativos.

Observa-se na Constituição Federal de acordo com Oliveira¹¹³, existem princípios que são específicos para as questões relativas à família, os quais podem ser divididos em duas classes: a primeira que se refere à garantia dos membros da família à sua liberdade, que não pode ser aviltada tanto por terceiros quanto pelo próprio Estado; e a segunda, na busca de efetividade dos direitos que são garantidos pela Constituição, como direitos dos membros da família diante do próprio Estado, como o direito à educação, saúde, dentre outros. Também evidenciam que muitos princípios constitucionais podem ser denominados princípios implícitos, como “é o caso do respeito, afetividade, igualdade entre os membros de todas as espécies de família”.

Tepedino¹¹⁴ evidencia que a proteção milenar da família “como instituição unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros”

Para Netto Lôbo¹¹⁵,

tanto o princípio da dignidade da pessoa humana quanto o princípio da solidariedade são princípios fundamentais e estruturantes, enquanto que outros direitos como igualdade, liberdade e afetividade, melhor interesse da criança e convivência familiar são princípios gerais.

Da Constituição Federal de 1988, evidencia-se vários dos princípios constitucionais que podem ser aplicados ao Direito de Família: “Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)”

A promulgação da Constituição de 1988 representou um marco para o tratamento jurídico da família, ao eleger o respeito à dignidade da pessoa como

¹¹³ OLIVEIRA, op. cit., 2002, p.273.

¹¹⁴ TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira. **Studia Iuridica – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra: Coimbra Editora, n.48, [s. p.], 2001, p. 349.

¹¹⁵ NETTO LÔBO, op. cit., 2009, p. 5.

princípio fundamental do sistema jurídico brasileiro, consoante dispõe o art. 1º, *in literis*:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
[...]
III – a dignidade da pessoa humana;

No que se refere ao já citado anteriormente, artigo 226 § 7º da Constituição Federal, que insere o princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito das relações familiares, tem-se aqui o cerne da questão. Caberá a defesa da dignidade da pessoa humana primeiramente a família, conforme dispõe a Constituição Federal de 1988:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Desta forma e partindo-se destas premissas, temos que o principal valor tutelado pela Constituição da República é, sem qualquer dúvida, a dignidade humana; que serve inclusive de valor condicionante para a validade e a eficácia de princípios inferiores e de toda a legislação infraconstitucional, em nítida posição de supremacia axiológica. Possui, verdadeiramente a natureza de super princípio e, portanto, deve se constituir no principal ponto de análise de hermenêutica ou do operador do direito, logo ao iniciar a busca pelo sentido e alcance de determinada norma jurídica.

O princípio da dignidade da pessoa humana, atualmente, está consagrado na Constituição da República no artigo 1º, inciso III, em verdadeira posição de destaque, eis que o poder constituinte originário o alçou à condição jamais vista em no direito positivo, de fundamento da República.

Neste particular, nenhum ato de interpretação pode desconsiderar a dignidade humana enquanto valor supremo da Constituição da República. Rizzato Nunes¹¹⁶ confirma esta visão ao discorrer acerca da dignidade humana:

¹¹⁶ NUNES, op. cit., 2002, p. 51.

é um verdadeiro supraprincípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais. E por isso não pode o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ser desconsiderado em nenhum ato de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas. Esta posição jurídica, por nós defendida, de que o princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio máximo estampado na Constituição da República, com superioridade axiológica mesmo sobre outros princípios, da própria Constituição e naturalmente sobre toda legislação infraconstitucional, possui ampla aceitação da doutrina constitucional contemporâneo, como passaremos a demonstrar.

Assim, o princípio constitucional da dignidade passou a servir de base nas Relações Familiares, o que implicou efetivamente na consolidação da valorização do indivíduo, integrante da instituição familiar como ser em sua individualidade, devendo ser respeitado e atendido não somente suas necessidades materiais, mas igualmente suas necessidades afetivas.

O afeto origina-se de forma espontânea e profunda podendo ter significados diversos como a tradução de amizade autêntica, reciprocidade entre companheiros, resultando na união entre os seres humanos.

Todo ser humano tem direito ao afeto, direito de ser amado, pois somente com esses sentimentos, até a pouco tempo um desconhecido para a legislação pátria, o ser humano poderá ter um melhor desenvolvimento físico, psíquico e emocional, obtido somente com a convivência familiar.

Na definição de Abbagnano citada por Angeluci¹¹⁷, afeto são as emoções positivas que se referem às relações interpessoais, sendo a palavra que traduz os atos ou atitudes que resultam nas relações afetivas entre os seres humanos, tais como: bondade, apego, proteção, gratidão, ternura, dentre outros., definição que traz uma correlação entre o dever de cuidar das pessoas unidas pelo afeto familiar (*affectio familiae*), *noção que norteia o princípio da afetividade*.

Segundo Matos¹¹⁸

Do ponto de vista legislativo, o advento da Constituição de 1988 inaugurou uma diferenciada análise jurídica das famílias brasileiras. Outra concepção de família tomou corpo no ordenamento. O casamento não é mais a base única desta entidade, questionando-se a idéia da família restritamente matrimonial. Isto se constata por não mais dever a formalidade ser o foco predominante, mas sim o afeto recíproco entre os membros que a compõem redimensionando-se a valorização jurídica das famílias extramatrimoniais.

¹¹⁷ ANGELUCI, Cleber Affonso. Amor tem preço? **Revista CEJ**, Brasília n. 35, p.47-53, out. /dez. 2006, p. 48.

¹¹⁸ MATOS, op. cit., 2008. p. 35- 48.

Passa-se a verificar uma nova tendência na identificação da família levando-se em consideração o envolvimento afetivo, a família eudomomista, que se caracteriza pela busca do sujeito por sua felicidade, sendo que a partir da absorção desse princípio no ordenamento nacional, houve deslocamento da proteção jurídica da família antes centrada na instituição, para o sujeito, como define a “primeira parte do §8º do artigo 226 da CF: o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos componentes que a integram”.¹¹⁹

Tem-se que o afeto passou a ser um elemento integrador das famílias sendo aplicado como um direito fundamental em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, apregoadado no art. 1º, III, da Constituição Federal, que trouxe uma visão contemporânea de ver a família não mais sob a ótica patrimonializada, como nas legislações passadas, mas na perspectiva dos seres humanos.

Netto Lôbo¹²⁰ identifica quatro fundamentos essenciais na Constituição Brasileira, do princípio da afetividade:

a igualdade de todos os filhos independentemente da origem (art. 227, §6º, CF); a adoção como escolha manejada em virtude do afeto, dando ao adotado direitos iguais ao do filho biológico (art. 227, §§ 5º e 6º, da CF), menciona, também, o reconhecimento e a tutela estatal da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos (art. 226, §4º, CF), e, o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança e do adolescente (art. 227, CF).

A convivência familiar é a relação afetiva diuturna e duradoura entretida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum. Supõe o espaço físico: a casa, o lar, a moradia, mas não necessariamente, pois as atuais condições de vida e o mundo do trabalho provocam separações dos membros da família no espaço físico, mas sem perda da referência ao ambiente comum, tido como pertença de todos. É o ninho no qual as pessoas se sentem recíproca e solidariamente acolhidas e protegidas, especialmente as crianças.

Assim, destaca-se que mesmo que a palavra afeto não seja citada na Constituição, o princípio da afetividade tem sido o alicerce para a construção de um novo perfil do Direito de Família, visto que muitas decisões dos julgadores apóiam-

¹¹⁹ DIAS, op. cit., 2007, p. 52-53.

¹²⁰ NETTO LÔBO, Paulo Luiz. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numeros clausus*. In: PEREIRA, Rodrigues Cunha (Coord.). **Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Repensando o Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 95.

se nesse princípio como o principal fundamento das relações familiares.

De acordo com Fachin¹²¹, as relações familiares começam a renascer para dar origem a um berço de afeto, solidariedade e mútua constituição de uma história comum, na qual a realização das individualidades frutifica na paixão e amadurece no amor que une e rompe barreiras.

A solidariedade familiar é fato e direito; realidade e norma. No plano fático, as pessoas convivem, no ambiente familiar, não por submissão a um poder incontrariável, mas porque compartilham afetos e responsabilidades. No plano jurídico, os deveres de cada um para com os outros impuseram a definição de novos direitos e deveres jurídicos.¹²²

A solidariedade, como categoria ética e moral que se projetou para o mundo jurídico, significa um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e autodeterminado que compele à oferta de ajuda, apoiando-se em uma mínima similitude de certos interesses e objetivos, de forma a manter a diferença entre os parceiros na solidariedade.

O princípio jurídico da solidariedade resulta da superação do individualismo jurídico, que por sua vez é a superação do modo de pensar e viver a sociedade a partir do predomínio dos interesses individuais, que marcou os primeiros séculos da modernidade, com reflexos até a atualidade.

De acordo com Albuquerque¹²³

Temos que o princípio da solidariedade, além de enfeixar as relações familiares, serve também de base fundante ao chamado fenômeno de repersonalização. Quer dizer, está-se diante de uma clara opção de inversão valorativa de se privilegiar o ser em detrimento do ter. É a repersonalização ofuscando a hierarquia patrimonial, característica presente ao longo da história do direito e tão marcante na codificação oitocentista.

A regra matriz do princípio da solidariedade é o inciso I do art. 3 da Constituição. O capítulo destinado à família, o princípio é revelado incisivamente no dever imposto à sociedade, ao Estado e à família (como entidade e na pessoa de cada membro) de proteção ao grupo familiar (art. 226), à criança e ao adolescente

¹²¹ FACHIN, Luis Edson. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo código civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 116-117.

¹²² NETTO LÔBO, Paulo. Princípio da solidariedade familiar. **Revista Brasileira das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, p. 144-159, out./nov., 2007, p. 149.

¹²³ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Os princípios constitucionais e sua aplicação nas relações jurídicas de família. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JR., Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de (Coord.). **Famílias no direito contemporâneo**: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo, Pernambuco: Jus Podim, 2010, p. 29-46.p. 39.

(art. 227) e às pessoas idosas (art. 230). A solidariedade, no direito brasileiro, apenas após a Constituição de 1988 inscreveu-se como princípio jurídico; o que antes era concebida como dever moral ou expressão de piedade, ou virtude ético-teológica¹²⁴.

Para Paulo Bonavides¹²⁵, o princípio de solidariedade serve como oxigênio da Constituição – não apenas dela dizem, pois a partir dela se espraia por todo ordenamento jurídico -, conferindo unidade de sentido e auferindo a valoração da ordem normativa constitucional.

Segundo Moraes¹²⁶, o princípio da solidariedade, é, pois, também um fato social, na medida em que não se pode conceber o homem sozinho (...), e somente se pode pensar o indivíduo como inserido na sociedade, isto é, como parte de um tecido social mais ou menos coeso, em que a interdependência é a regra e, portanto, a abertura em direção ao outro, uma necessidade. “Ser solidário assim é, partilhar, ao menos, uma mesma época, e, neste sentido, uma mesma história”

Salienta-se que o princípio da solidariedade familiar denota a existência de consideração e respeito mútuos entre os membros da família.

Entretanto, evidencia-se que nenhum princípio da Constituição provocou tão profunda transformação do direito de família quanto o da igualdade entre homem e mulher entre filhos e entre entidades familiares. Todos os fundamentos jurídicos da família tradicional restaram destroçados, principalmente os da legitimidade, verdadeira *summa divisio* entre sujeitos e sub-sujeitos de direito, segundo os interesses patrimoniais subjacentes que protegiam, ainda que razões éticas e religiosas fossem as justificativas ostensíveis. O princípio geral da igualdade de gêneros foi igualmente elevado ao “status” de direito fundamental disponível aos poderes políticos e privados (art.5, I, da Constituição).

O princípio constitucional da igualdade (*a fortiori* normativo) dirige-se ao legislador, vendando-lhe que edite normas que o contrariem, à administração pública, para que implementem políticas públicas para superação das desigualdades reais existentes entre os gêneros, à administração da justiça, para o impedimento das desigualdades, cujos conflitos provocaram sua intervenção, e enfim, às pessoas para que o observem em seu cotidiano. Sabe-se que costumes e tradições

¹²⁴ MORAES, Maria Cecília Bodin de. **O Princípio da solidariedade**. Disponível em: <<http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca9.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2011.

¹²⁵ BONAVIDES, op. cit., 2001.

¹²⁶ MORAES, op.cit., 2011, p. 2.

transmitidos de geração à geração sedimentaram condutas de opressão e submissão, no ambiente familiar, mas não podem ser obstáculos à plena realização do direito emancipador.

Netto Lôbo¹²⁷ organiza o princípio da igualdade em duas dimensões:

- a) a igualdade de todos *perante a lei*, considerada conquista da humanidade, a saber, a clássica liberdade jurídica ou formal, que afastou os privilégios da razão da origem, do sangue, do estatamento social, e dotou a todos de iguais direitos subjetivos. Todavia, são iguais os que a lei considera tais. Assim, compreende-se que, até a Constituição de 1988, as mulheres recebiam tratamento desigual, pois as leis as consideravam iguais entre si, mas não em relação aos homens;
- b) igualdade de todos *na lei* no sentido de vedar-se a desigualdade ou a discriminação na própria lei, como por exemplo, a desigualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres, na sociedade conjugal. (grifos do original)

Quanto ao princípio da igualdade está expressamente contido na Constituição, designadamente nos preceitos que tratam das três principais situações nas quais a desigualdade de direitos foi a constante histórica: os cônjuges, os filhos e as entidades familiares. O simples enunciado do inciso 5º do art. 226 traduz intensidade revolucionária em se tratando dos direitos e deveres dos cônjuges, significando o fim definitivo do poder marital: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. O sentido de sociedade conjugal é mais amplo, pois abrange a igualdade de direitos e deveres entre os companheiros da união estável. Os filhos “havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção”, em todas as relações jurídicas, pondo fim às discriminações e desigualdade de direitos, muito comuns na trajetória do direito de família brasileiro. O caput do art. 226 tutela e protege a família, sem restringi-la a qualquer espécie ou tipo, como fizeram as Constituições brasileiras anteriores em relação à exclusividade do casamento.

O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos

¹²⁷ NETTO LÔBO, Paulo Luiz **As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 722, 27 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6929>>. Acesso em: 6 out. 2011, p. 14.

filhos, desde que respeitadas suas dignidades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral.

Na Constituição brasileira e nas leis atuais o princípio da liberdade na família apresenta duas vertentes essenciais: liberdade da entidade familiar, diante do Estado e da sociedade, e liberdade de cada membro diante dos outros membros e da própria entidade familiar. A liberdade se realiza na Constituição, manutenção e extinção da entidade familiar; no planejamento familiar, que “é livre decisão do casal” (art. 226, 7, da Constituição), sem interferências públicas; na garantia contra a violência, exploração e opressão no seio familiar; na organização familiar mais democrática, participativa e solidária.

A história dos direitos fundamentais é uma história de luta pela limitação de poder, o que é uma das formas de se garantir a liberdade. Entre outros conteúdos, a liberdade pressupõe a capacidade de dentro dos limites da licitude conduzir a vida pessoal como bem entender. Exatamente para defender o direito a liberdade de ser diferente, é que existe o princípio da igualdade. Não há que se garantir o direito à igualdade perante a lei, mas efetivar a igualdade pela lei. Igualdade que pressupõe diferenças. Se as diferenças não existissem, não haveria necessidade do princípio da igualdade.

Entretanto, efetivar a igualdade, não é eliminar todas as diferenças. É aproximar os desiguais, na medida em que a desigualdade atinja e fira a dignidade, mas respeitar as diferenças naquilo que individualiza e faz parte do inalienável direito ao exercício da autonomia pessoal. Autonomia pessoal que tem forte vinculação com a ética, no sentido de poder optar, poder escolher como conduzir sua vida.

Efetivar a igualdade significa garantir o direito a não discriminação. A existência das diferenças, não pode significar hegemonia e submissão. “Necessário desfazer o equívoco de que as diferenças significam necessariamente a hegemonia ou superioridade de um sobre o outro.”¹²⁸

Liberdade e igualdade remetem à diversidade à ideia de uma sociedade plural e aberta, que deve incluir a todos em seu laço social. Assim, liberdade e igualdade remetem à cidadania em seu sentido mais amplo.

¹²⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 141.

Para que através da liberdade e da igualdade, consiga-se garantir a todos o pleno exercício da cidadania, tem-se que incluir no princípio da igualdade o respeito às diferenças.

Somente com este respeito é que a diversidade, tão característica dos dias atuais, não será mais causa de exclusão. A existência de grupos que são chamados de minorias (ainda que numericamente o sejam) revela o quão longe se está de efetivar a igualdade. Não podem existir minorias, mas cidadãos. Outro equívoco que se ousa apontar é buscar igualar os diferentes seguindo o padrão do tratamento discriminatório

Referindo-se à igualdade de gêneros, que interessa de perto ao Direito de Família, é pertinente a lição de Dias¹²⁹

o desafio é considerar as saudáveis e naturais diferenças entre homens e mulheres dentro do princípio da igualdade. Já se encontra superado o entendimento de que a forma de implementar a igualdade é conceder à mulher o tratamento diferenciado que os homens sempre desfrutaram.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 acabou alterando o objeto de tutela jurídica no âmbito do Direito de Família, ao estabelecer que a proteção à família dá-se na pessoa de cada um dos que a integram, fato que atesta a existência de uma concepção plural de família. O Direito brasileiro reconheceu que a família não tem como nascedouro somente o ato formal do casamento, mas advém de relações humanas orientadas em face da presença do afeto.

O perfil da entidade familiar brasileira fundamenta-se no predomínio das ideias de valorização do ser humano, de harmonia e de disponibilidade incondicional de amor e proteção entre os seus membros e na garantia de condições para o desenvolvimento pleno do indivíduo.

Diante da pluralidade na formação de núcleos familiares, não há dúvidas de que a Constituição Brasileira de 1988 concebeu como novas formas de famílias constituídas pelo casamento, as entidades familiares nascidas de uniões estáveis (artigos 226, parágrafo 3º) e pelas comunidades formadas por qualquer dos pais e seus descendentes (artigo 226, parágrafo 4º).

Nesse sentido, Netto Lôbo¹³⁰ afirma

O princípio do pluralismo das entidades familiares rompe com a tradição

¹²⁹ DIAS, op. cit., 2007, p. 62.

¹³⁰ NETTO LÔBO, op. cit., 2004, p. 3.

centenária do direito brasileiro de apenas considerar como instituto jurídico o casamento, desde as ordenações do Reino. Todas as constituições brasileiras (imperial e republicana) estabeleceram que apenas a família constituída pelo casamento seria protegida pelo Estado. Apenas a Constituição de 1988 retirou do limbo ou da clandestinidade as demais entidades familiares, nomeadamente a união estável e a entidade uniparternal (pai, mãe e filhos). Os integrantes dessas famílias relegadas a meros fatos sociais, não jurídicos eram destituídos de direitos idênticos. Contudo a Constituição de 1988 ainda deixou de fora certas entidades que tem natureza familiar, porque se constituem como unidades afetivas e não patrimoniais, tais como: o concubinato entre impedidos de casar (o princípio da monogamia é mais forte que os fatos), as uniões homossexuais e as uniões duradouras de pessoas, sem finalidade sexual, que buscam convivência afetiva (de mesmo sexo ou de sexo diferente).

Com efeito, em razão do reconhecimento das famílias como entidades igualitárias, descentralizadas, democráticas e instrumentalizadas à realização da pessoa humana, não é admitida a disciplina desigual a qualquer das famílias explicitadas na Constituição Federal. Entretanto, como destaca Ruzyk¹³¹, para atender ao princípio de dignidade da pessoa através de uma coexistência familiar, torna-se imprescindível “a compreensão de que a pluralidade constitucional acerca da família é aberta, abrangendo não apenas modelos expressos, mas também, arranjos familiares que não se apresentam, de antemão, predefinidos conceitualmente na regra positivada”, ou, deve-se atender àquelas entidades familiares implícitas na Constituição Federal, sendo que “sua inserção no sistema se realiza por meio da porosidade do princípio da família plural”.

A pluralidade de formas atualmente de constituição de família representa uma grande ruptura com o modelo único de família, que foi instituído pelo casamento. Aceitar que outras formas de relação merecem, igualmente, a proteção jurídica implica reconhecer o princípio do pluralismo e da liberdade característico da sociedade contemporânea.

Segundo Dias¹³², quando se pensava em família, visualizava-se “um homem e uma mulher unidos pelo casamento e cercados de filhos”, porém a realidade atual é outra, novos modelos de família surgiram,

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

¹³¹ RUZYK, op. cit., 2005, p. 36.

¹³² DIAS, op. cit., 2007, p. 38-9..

transformação na família.

Sendo assim, o reconhecimento da pluralidade de formas de constituição de família é uma realidade que tende a evoluir pelas transformações sociais, repercutindo na forma de tratamento dessas relações. O reconhecimento de direitos de igualdade, respeito à liberdade e à intimidade de homens e mulheres, assegura a toda pessoa o direito de constituir vínculos familiares e de manter relações afetivas, sem qualquer discriminação.

Pode-se afirmar que liberdade e igualdade estão intimamente ligados à noção de Estado Democrático de Direito. “A construção da verdadeira cidadania só é possível na diversidade”¹³³. É dever do Estado criar condições para que não existam discriminações em função destas diferenças, e é dever de cada um respeitá-las. Não existe democracia sem tolerância e sem respeito à pluralidade.

Fachin¹³⁴ descreve este novo Direito de Família com sendo:

o Direito não imune à família como refúgio afetivo, centro de intercâmbio pessoal e emanador da felicidade possível, família como sendo o mosaico da diversidade, ninho da comunhão no espaço plural da tolerância, valoriza o afeto, afeição que recoloca novo sangue para correr nas veias de um renovado parentesco, informado pela substância de sua própria razão de ser e não apenas pelos vínculos formais ou consangüíneos. Tolerância que compreende o convívio de identidades, espectro plural, sem supremacia desmedida, sem diferenças discriminatórias, sem aniquilamentos. Tolerância que supõe possibilidade e limites. Um tripé que, feito desenho, pode-se mostrar apto a abrir portas e encarar novas questões. Eis então o direito ao refúgio afetivo.

O novo modelo de família permite a sua formação de acordo com os laços de afeto entre as pessoas e, portanto podendo ser composta por qualquer um, ou seja, não existe mais aquele paradigma do qual a família era composta do pai, da mãe e dos filhos. Assim, necessária se torna a reformulação do tratamento jurídico dispensado à família, no sentido de afastar qualquer disposição legal doutrinária e jurisprudencial que não acolha as variedades e peculiaridades das famílias, em decorrência da aplicação do princípio da pluralidade, pois de acordo com Tepedino¹³⁵,

Ao reverso, as normas que têm a sua ratio vinculada às relações familiares devem ser estendidas a toda e qualquer entidade familiar, nos termos

¹³³ PEREIRA, op. cit., 2005, p. 141.

¹³⁴ FACHIN, op. cit., 1999, p. 306.

¹³⁵ TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina civil-constitucional das relações familiares**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 406.

constitucionais, independentemente da origem da família; tenha sido ela constituída por ato jurídico solene ou por relação de fato; seja ela composta por dois cônjuges ou apenas por um dos genitores, juntamente com os seus descendentes. Não há razão, por exemplo, para que um conflito relacionado a qualquer das modalidades constitucionais de entidade familiar seja submetido a uma vara cível, quando na comarca haja vara especializada em matéria de família. Tratar-se-ia de discriminação intolerável por parte da lei estadual de organização judiciária.

Nesse sentido, a análise jurídica não pode ignorar a pluralidade de modelos familiares, não as restringindo ao modelo de família nuclear sua organização.

Hoje, a família não tem uma estrutura predeterminada. Sendo assim, a família possui um papel de suma importância na formação do indivíduo como cidadão, não apenas na sua convivência social e na sua condição de existência no mundo, mas também na satisfação de seus mais peculiares anseios, na busca pela felicidade. É a aplicação do princípio eudomonista nas relações familiares, concepção defendida por Andrée Michel citado por Ruzyk de que “o indivíduo não pensa que existe para a família e o casamento, mas que a família e o casamento existem para seu desenvolvimento pessoal”, completando assim Ruzyk que “o eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido da busca, pelo sujeito, da sua felicidade”.¹³⁶

Dias¹³⁷ evidencia que

Surgiu um novo nome para essa tendência de identificar a família pelo seu envolvimento efetivo: família eudemonista, que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros. O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, como se infere da primeira parte do § 8º do art. 226 da CF: o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos componentes que a integram.”

Por fim, cabe destacar a afirmação de Oliveira¹³⁸ sobre a aplicação dos princípios constitucionais nas questões da família:

Uma certeza temos: não haverá retrocessos. A família atualmente reconhecida constitucionalmente sob o influxo de todos os princípios constitucionais só evoluirá. Aprimorará os altos valores que se encontram disseminados pela consciência social.” Assim, “os princípios constitucionais do Direito de Família lançam para o futuro valores a serem observados pelas novas gerações no que toca à constituição da célula da sociedade: a família.

¹³⁶ RUZYK, op. cit., 2005, p. 24.

¹³⁷ DIAS, op. cit., 2007, p. 52-3.

¹³⁸ OLIVEIRA, op. cit., 2002, p. 244.

Neste contexto, os princípios constitucionais deverão nortear as novas entidades familiares sejam elas explícitas ou implícitas na Constituição de 1988.

CAPÍTULO III

AS NOVAS ENTIDADES FAMILIARES NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Do conceito unívoco de família do início do século passado, que a identificava exclusivamente pela existência do casamento, chegaram-se às mais diversas estruturas relacionais, o que levou ao surgimento de novas expressões, como “entidade familiar”, “união estável”, “família monoparental”, “homoafetividade”, entre outros. Tais vocábulos buscam adequar a linguagem às mudanças nas conformações sociais, que decorrem da transformação da sociedade e da cultura, no entanto, essas alterações acabaram por redefinir a família, que passou a ter um aspecto multifacetário.

Entidade familiar pode ser definida pelos princípios éticos que definem a manutenção do afeto entre os parceiros, ou seja, “a entidade familiar é uma unidade integrada pela possibilidade de manifestação de afeto, através da convivência, publicidade e estabilidade”¹³⁹.

Ainda de acordo com Albuquerque Filho¹⁴⁰

A doutrina apresenta algumas características existentes nas diversas formas de família e que devem produzir efeitos jurídicos independentemente de sua previsão legal, dentre elas tem-se a afetividade, como principal fundamento e finalidade da entidade que tem como objetivo principal a constituição da família, a estabilidade, a qual se exclui os relacionamentos casuais, descomprometidos, sem comunhão de vida e a ostensibilidade que pressupõe uma unidade familiar que se apresente assim publicamente.

Nesse contexto, pode-se dizer que o objetivo da entidade familiar é a constituição da família, possibilitando a diferenciação de outros relacionamentos casuais ou de simples amizades.

Existem três elementos caracterizadores de toda e qualquer entidade familiar: Em todos os tipos há características comuns, sem as quais não configuram entidades familiares:

a) afetividade, como fundamento e finalidade da entidade, com desconsideração do móvel econômico;

¹³⁹ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Famílias simultâneas e concubinato adúltero In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 143-163, p. 161.

¹⁴⁰ ALBUQUERQUE FILHO, id. *ibid.*, 2004, p. 161.

- 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.¹⁴¹

Ao romper com o paradigma do monismo familiar, o que realizou o art. 226 da CF, foi exatamente permitir o reconhecimento como entidade familiar de qualquer grupo de pessoas, cuja união apresente estes três elementos descritos acima.

Entretanto, torna-se imperioso responder ao seguinte questionamento: existe amparo constitucional somente para as famílias enumeradas na parte da carta constitucional ou pode existir também amparo às outras formas de famílias admitidas pelo legislador constitucional, mas que não estão explicitadas na Constituição?

Para responder a essa indagação recorre-se à fundamentação de Netto Lôbo¹⁴²

Não resta menor dúvida que a relação contida no artigo 226 da Constituição Federal é meramente enunciativa, não se tratando de “*numerus clausus*”, mas sim, de exemplificação das entidades familiares, sendo assim, não se afasta a existência ou reconhecimento de outras relações que ao Estado cabe proteger, portanto, pode-se concluir que o artigo 226, é conseqüentemente, cláusula geral de inclusão não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade.

É imperioso ressaltar que cada entidade familiar submete-se a um estatuto jurídico próprio, de acordo com sua composição, não podendo ser comparada ou condicionada aos requisitos da outra, todavia, quando a legislação infraconstitucional não fornece amparo à determinada entidade familiar, ela é regulada pelos princípios constitucionais e pelas regras e princípios gerais do direito de família aplicáveis a cada uma diferentemente, não podendo haver, portanto, regras únicas ou preferenciais de aplicação.

Todavia, conforme o entendimento do autor verifica-se que além das famílias expressas na Constituição e que são denominadas pela doutrina de entidades familiares explícitas, existem outros grupos que se apresentam com os mesmos elementos que configuram as entidades familiares implícitas tuteladas pela Constituição Federal, o que leva a crer que tais grupos, embora não estejam expressos no texto, também são considerados como família e por isso protegidos pelo Estado. Diante disso, as espécies de entidades familiares descritas no artigo 226 do texto constitucional são meramente exemplificativas e jamais taxativas como pretendem alguns autores.

¹⁴¹ NETTO LÔBO, Paulo. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Família e Cidadania. O novo CCB e a vacatio legis. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 94.

¹⁴² NETTO LÔBO, op. cit., 2009, p 60.

Albuquerque Filho¹⁴³ também enfatiza que ao analisar o texto constitucional, “pouco importa o modelo familiar adotado pelos agentes da família, hetero ou homossexual, monoparental ou pluriparental”, uma vez que cabe ao Estado prover meios para assegurar tanto o afeto quanto os direitos fundamentais de cada membro familiar.

De acordo com a § 4º do artigo 226 da Constituição Federal, “Entende-se como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Entretanto, explicitamente encontra-se tão somente reconhecidas as entidades familiares resultantes de união estável e as monoparentais, sendo que, segundo Ruzyk¹⁴⁴, “nessa esteira, colhe-se doutrina que se refere à entidade familiar como uma ‘quase-família’, buscando estabelecer clara distinção entre a família dita legítima, fundada no casamento, e a situação de fato que a ela se equipararia para receber proteção jurídica”.

Porém, Ruzyk¹⁴⁵ destaca também que há uma crescente corrente que defende a compreensão da entidade familiar como sinônimo de família, definindo-a como “um núcleo de coexistencialidade estável, público e fundado no afeto, cuja identificação não se apresenta em uma perspectiva que parta do direito positivado, mas, sim, da realidade social à qual o direito se destina”.

Assim, deve-se levar em consideração que não é aceitável que o modelo de família nuclear ainda seja visto com superioridade, visto que “cada forma familiar tem sua própria relevância jurídica, dentro das distribuições de funções de serviços ao livre desenvolvimento da pessoa”, e como tal, “a pluralidade de formas familiares são merecedoras de tutela estatal e não devem ser ignoradas na análise jurídica¹⁴⁶”

A aceitação do princípio democrático do pluralismo na formação das novas entidades familiares constituiu-se no desafio que deverá ser enfrentado pelo novo Direito de Família, buscando sempre respeitar as diferenças intrínsecas de cada uma delas, efetivando a proteção e provendo os meios para resguardar o interesse das partes¹⁴⁷, tendo como objetivo a conciliação do “respeito à dignidade humana, o direito à intimidade e à liberdade com os interesses sociais”, devendo-se tão

¹⁴³ ALBUQUERQUE FILHO, op. cit., 2004, p. 165.

¹⁴⁴ RUZYK, op cit., 2005, p. 32.

¹⁴⁵ RUZYK, op. cit., 2005, p. 33.

¹⁴⁶ PERLINGIERI. op. cit. , 2002, p. 244.

¹⁴⁷ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo; SCHIOCCHET, Taysa. **O reconhecimento jurídico das uniões estáveis homoafetivas no Direito de Família brasileiro**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link =revista_artigos_leitura&artigo_id=1785>. Acesso em: 13 maio 2011.

somente para coibir abusos recorrer à intervenção estatal.

Segundo Rzyk¹⁴⁸,

o atendimento do escopo de desenvolvimento da dignidade da pessoa por meio de uma coexistência familiar impõe, nessa esteira, a compreensão de que a pluralidade constitucional acerca da família é aberta, abrangendo não apenas modelos expressos, mas, também, arranjos familiares que ao se apresentam, de antemão, predefinidos conceitualmente na regra positivada. Sua inserção no sistema se realiza por meio da porosidade do princípio da família plural.

Conforme menciona Matos¹⁴⁹, juntamente à família pós-nuclear, constituída ainda pelo casal e seus filhos, surgem outras estruturas familiares tais como aquelas resultantes de “filhos com um dos pais apenas (famílias monoparentais), casais sem filhos, casais do mesmo sexo”, suscitando o princípio da igualdade através do direito de ambos os cônjuges de tomar, as decisões familiares, garantido pela Constituição Federal.

Assim, diante da pluralidade de novas entidades familiares que são constituídas, a seguir descrevem-se aquelas que são explícitas e as implícitas na Constituição Federal de 1998.

3.1 MODALIDADES FAMILIARES EXPLÍCITAS

No texto constitucional de 1988 manteve-se, como não poderia deixar de ser, o reconhecimento da família tradicional formada pelo casamento. O presente trabalho, contudo, não abordará esta modalidade de família, pois o objetivo central é analisar as “novas” entidades familiares, assim o objetivo do presente será analisar as demais entidades familiares explícitas na Carta Magna, a saber, união estável e a família monoparental.

¹⁴⁸ RUZYK, op. cit., 2005, p. 36.

¹⁴⁹ MATOS, op. cit., 2000, p. 99.

3.1.1 A União Estável

A união estável, enquanto entidade familiar foi acolhida de forma explícita na Constituição Federal de 1988, como uma alternativa ao casamento, a partir da liberdade dos companheiros viverem juntos compartilhando suas vidas e interesses comuns.

De acordo com Netto Lôbo¹⁵⁰,

A união estável é a entidade familiar constituída por homem e mulher que convivem em posse do estado de casado, ou com aparência de casamento. É um estado de fato que se converteu em relação jurídica em virtude de a Constituição e a lei lhe atribuírem-lhe dignidade de entidade familiar própria, com seus elencos de direitos e deveres. Ainda que o casamento seja sua referência estrutural, é distinta deste; cada entidade é dotada de estatuto jurídico próprio, sem hierarquia ou primazia.

A união estável durante muito tempo foi considerada à margem da sociedade e não era reconhecida como família nem tinha amparo legal. No Código Civil de 1916 são poucas as referências a ela e quase sempre em caráter restritivo a direito dos companheiros, porém mesmo diante de uma legislação discriminatória era uma realidade que o legislador pátrio não poderia deixar à margem do ordenamento jurídico passando a inserir alguns tipos de proteção aos seus entes, principalmente às mulheres, tais como o Decreto n. 2.681/12 que dizia respeito ao pagamento de indenização à companheira em caso de morte de seu companheiro nas estradas de ferro brasileiras; a Lei n. 3724/19 que equiparou a companheira à esposa em caso de acidente de trabalho; o Decreto n. 20465/31 que estabeleceu direitos previdenciários não só a mulher, mas também à companheira; a Lei nº 3.807/60, em que a companheira pôde ser incluída como dependente na Previdência Social; a Lei nº 6.015/73 que possibilitou a inserção do nome do companheiro ao registro de nascimento da companheira,

Percebe-se, no entanto, que não ocorreu pelo legislador o reconhecimento da união estável como uma forma de constituir família, apenas admitindo e introduzindo alguns efeitos jurídicos decorrentes dessa espécie de união que não poderiam ser desprezados, visto que a mulher pertencente a essa relação não poderia ser prejudicada.

¹⁵⁰ NETTO LÔBO, op. cit., 2009, p. 148.

Destaca-se que o Código Civil de 1916 tratava o concubinato restringindo os direitos, impondo sanções a convivência, visando, contudo prestigiar a família legítima oriunda do casamento.

Com o passar do tempo, diante da existência de mulheres abandonadas, após anos de convivência afetiva, os tribunais na tentativa de coibirem injustiças, passaram a reconhecer alguns direitos à companheira, deslocando-se a matéria para a esfera do direito obrigacional.

Assim, o STF fixou entendimentos favoráveis à união de pessoas não casadas em casos de indenização acidentária (Súmula 35), dissolução da sociedade de fato com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum (Súmula 380), conceituação de concubinato mesmo sem vida em comum sob o mesmo teto (Súmula 382), disposição testamentária em favor do filho adulterino (Súmula 447), além de outras tendências que, na prática, levaram a uma tentativa de aproximação de certos direitos entre os integrantes de uma união informal.

Como era grande o número de litígios onde se reclamava o direito da companheira, em maio de 1964, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 380, que veio consolidar a esparsa jurisprudência anterior em relação da divisão de haveres na união estável, embasado na doutrina da sociedade de fato, foi assim sintetizada: “Comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos é cabível a sua dissolução judicial com partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.”

Desta maneira, os Tribunais começaram a admitir a possibilidade da divisão do patrimônio adquirido pelo esforço em comum, no entanto, deveria restar plenamente comprovado durante a instrução processual que a companheira tivesse realmente contribuído juntamente com seu companheiro para aumentar o patrimônio do casal, pois caso não conseguisse provar a efetiva participação, restaria àquela o direito de pleitear por serviços domésticos prestados durante a convivência, sob o argumento de não ter economicamente contribuído para a formação e crescimento da sociedade. Não eram reconhecidos direitos sucessórios e nem direito a alimentos. Apesar de lentamente os direitos da mulher começarem a ser reconhecidos a Súmula 380 recebeu críticas de vários doutrinadores dentre eles destaca-se Matos¹⁵¹,

¹⁵¹ MATOS, op. cit., 2000, p. 148.

Anteriormente, com a Súmula 380 do STF, a noção de sociedade de fato com a partilha do adquirido do esforço comum possuía, pensa-se, uma elaboração artificial para a produção de efeitos à família extramatrimonial – como já se referiu. Tratar relações de direito de família paritariamente com relações de direito obrigacional não coaduna com as finalidades e valores exercidos pelo contrato e pela família nas relações sociais.

Finalmente, foi com a promulgação da Constituição de 1988 que a união estável foi adotada como entidade familiar, tendo assim proteção estatal, em conformidade com o artigo 226, “§3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

Dessa forma, segundo Netto Lôbo,

A união estável, inserida na Constituição de 1988, é o fecho de uma lenta trajetória de discriminação e desconsideração legal, com as situações existentes que eram denominadas de concubinato definido como relações imorais e ilícitas, que tanto ameaçavam o sagrado matrimônio, desta maneira a forte influência da Igreja Católica, inclusive durante o período da República, impediu as tentativas de projetos de lei em se atribuir alguns efeitos jurídicos ao concubinato, sobretudo em razão do impedimento legal do divórcio, que apenas em 1977 ingressou na ordem jurídica brasileira, causando o crescimento acentuado das relações concubinárias.¹⁵²

O legislador constituinte legitimou uma prática social, aceita pela sociedade, que é a união livre, cuja duração é justamente o tempo da estabilidade das relações afetivas. No entanto, deve-se ressaltar que a promulgação da Constituição de 1988 foi de grande importância para a família brasileira, haja vista que representou um verdadeiro divisor de águas, em face de um novo caminho da família contemporânea.

Com o objetivo de seguir os princípios delimitados pela Constituição Federal de 1988, considerada à norma de hierarquia superior, foram editadas as Leis nºs 8.971/94, e 9.278/96, sendo que a primeira dispõe a respeito dos direitos dos companheiros a alimentos e à sucessão, e a segunda, regulando o parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal. Sendo que a última derogou parcialmente a outra, pois a Lei nº 8.971/94 contempla do direito à sucessão, matéria estranha à Lei nº 9.278/96, o que autoriza dizer que a Lei nº 8.971/94 continuou em vigor no que tange ao direito sucessório.

¹⁵² NETTO LÔBO, op. cit., 2009, p. 149.

Ainda, deve-se destacar a Lei nº 8971/94, que estabelecia que a companheira de homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, com o qual vivesse há mais de cinco anos e com quem tenha filho(s), poderia, em caso de ruptura, enquanto não constituísse nova união, valer-se do disposto na Lei n. 5.478/68, requerendo ação de alimentos, bem como a Lei nº 9278/96 que regulamentou o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, reconhecendo a união estável como duradoura, pública e contínua com o objetivo de constituição da família, estabelecendo direitos e deveres semelhantes aos do casamento.

Um dos requisitos para a caracterização da união estável é a convivência a qual importa em comunhão de vida, união de pessoas interessadas na realização de um projeto de vida. Apesar de o texto legal mencionar a convivência como primeiro requisito da união estável, não acrescenta o dever de coabitação dos companheiros conforme tem se manifestado os Tribunais Brasileiros:

“União estável – Requisitos – Convivência sob o mesmo teto – Dispensa – Caso concreto – Lei nº 9728/96 – Enunciado nº 382 da Súmula/STF – Acervo fático-probatório – Reexame – Impossibilidade – Enunciado nº 7 da Súmula/STJ – Doutrina – Precedentes – Reconvenção – Capítulo da sentença – *Tantum devolutum quantum appellatum* – Honorários – Incidência sobre a condenação – Art. 20, §3º, CPC – Recurso provido parcialmente. Não exige a lei específica (Lei nº 9728/96) a coabitação como requisito essencial para caracterizar a união estável. Na realidade, a convivência sob o mesmo teto pode ser um dos fundamentos a demonstrar a relação comum, mas a sua ausência não afasta, de imediato, a existência da união estável. Diante das alterações dos costumes, além das profundas mudanças pelas quais tem passado a sociedade, não é raro encontrar cônjuges ou companheiros residindo em locais diferentes. O que se mostra indispensável é que a união se revista de estabilidade, ou seja, que haja aparência de casamento, como no caso entendeu o acórdão impugnado. Seria indispensável nova análise do acervo fático-probatório para concluir que o envolvimento entre os interessados se tratava de mero passatempo, ou namoro, não havendo a intenção de constituir família. Na linha da doutrina, ‘processadas em conjunto, julgam-se as duas ações (ação e reconvenção), em regra, na mesma sentença, que necessariamente se desdobra em dois capítulos, valendo cada um por decisão autônoma, em princípio, para fins de recorribilidade e de formação de coisa julgada’. Nestes termos, constituindo-se em capítulos diferentes, a apelação interposta apenas contra a parte da sentença que tratou da ação, não devolve ao tribunal o exame da reconvenção, sob pena de violação das regras *tantum devolutum quantum appellatum* e da proibição da *reformatio in pejus*. (...)” (STJ – 4ª T.; Resp nº 474.962-SP; Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; j. 23/09/2003; v.u.)¹⁵³

No entanto, mesmo havendo esse distanciamento físico entre os companheiros, deve subsistir entre eles efetiva convivência, isto é, encontros

¹⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 474.962**. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 2003.

frequentes, interesses comuns, participação em ambientes sociais e principalmente a relação afetiva que possam caracterizar uma união estável.

Tomando por referência a enumeração que definem a união estável, pode-se sintetizar como requisitos, de forma abrangente para sua caracterização e pressupostos necessários ao seu reconhecimento como entidade familiar a convivência, ausência de formalismo, estabilidade, continuidade e publicidade, no entanto, segundo Euclides de Oliveira¹⁵⁴, “não basta a presença de apenas um ou alguns requisitos. É preciso que todos se mostrem evidenciados para que a união seja considerada estável.”

No entanto, é imperioso ressaltar que além dos requisitos citados acima, subsiste como fundamental o aspecto intencional, anímico consistente no direcionamento da vontade das partes à formação de uma família.

Tepedino¹⁵⁵ ensina que

as normas reguladoras do casamento que estiverem ligadas à sua concepção de ato solene não devem ser estendidas às uniões estáveis, uma vez que estas representam uniões informais, não solenes. Por outro lado, as normas que disciplinam as relações matrimoniais que estejam ligadas ao seu caráter de entidade familiar devem sim ser atribuídas àqueles que vivem em regime de uniões estáveis, pois estas também configuram entidades familiares protegidas pela Constituição Federal. Logo, este autor discorda do entendimento de que existe primazia do casamento frente às demais entidades familiares.

Em 2002, o Novo Código Civil trouxe um título especial para tratar desse assunto, expondo no artigo 1723 a sua definição e nos artigos subsequentes a sua regulamentação, definindo como união estável a união entre homem e mulher, baseada na convivência pública, contínua e duradoura, em que pretendem formar uma entidade familiar, isto é, uma família sem as formalidades atribuídas ao casamento.

O Novo Código Civil disciplinou integralmente a matéria, estabelecendo a união estável como uma convivência pública, contínua e duradoura com o objetivo de constituição de família, incluindo nos casos da pessoa casada estar separada de fato ou judicialmente, bem como instituiu direitos patrimoniais (alimentos, meação e herança) e deveres (lealdade, respeito, assistência, guarda, sustento e educação dos filhos).

¹⁵⁴ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **União estável**: do concubinato ao casamento - antes e depois do novo Código Civil. 6. ed., São Paulo: Método, 2003, p.122.

¹⁵⁵ TEPEDINO, op. cit., 2004, p. 405.

O desdobramento da proteção constitucional, quanto ao direito de família, teve como um de seus principais pontos de partida a edição da Lei nº 8.971/94, que regulamentou entre outros o direito de alimentos entre os companheiros.

Os alimentos decorrem do dever de mútua assistência material a prestação alimentar entre os companheiros, visto que, diante do princípio da igualdade entre o homem e a mulher, cabe a ambos colaborar no sustento próprio e do outro, na medida das forças e da necessidade de cada um.

Esse direito-dever se estende por todo o período de convivência e, ocorrida a rescisão, persiste a obrigação alimentar ao companheiro necessitado, tal como se dá na esfera da sociedade conjugal desfeita pela separação.

O Código Civil se refere aos alimentos como suporte ao necessitado para viver de “modo compatível com a sua condição social”, dessa forma, a fixação da verba alimentar deve ser atentamente analisada para que as necessidades da pessoa seja mantida dignamente, levando-se sempre em conta a capacidade econômico-financeira da pessoa obrigada ao pagamento, para que se fixe a prestação de forma equilibrada, conforme tem-se decidido pelos Tribunais do país.

UNIÃO ESTÁVEL - Ação de reconhecimento e dissolução de união estável, c.c. partilha e alimentos - Possibilidade da companheira pleitear alimentos - Pensão alimentícia bem fixada em um terço dos rendimentos do réu - Sentença mantida - Recurso não provido.

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a Rua sentença de fls. 63/5 dos autos, que julgou procedente a ação de reconhecimento e dissolução de união estável cumulada com pedido de alimentos promovida por S. DE M. contra C.C, para o fim de reconhecer a união estável e decretar sua consequente dissolução, com a partilha dos bens do casal em 50% para cada convivente e estabelecimento da obrigação alimentar do réu no montante de um terço de seus rendimentos. (TJSP - Apelação APL 994092806243 SP (TJSP), Relator Francisco Loureiro, 25/02/2010).¹⁵⁶

No caso a seguir em julgado, a requerente apesar de permanecer em união estável por mais de cinco anos, não comprovava a necessidade de pensão,

CIVIL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL. ALIMENTOS. UNIÃO ESTÁVEL POR MAIS DE CINCO ANOS. PRETENSÃO DE RECEBIMENTO DE PENSÃO PELA EX-COMPANHEIRA, GRADUADA. MERCADO DE TRABALHO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE NECESSIDADE. GASTOS DESNECESSÁRIOS. ANÁLISE DOS FATOS. SÚMULA N. 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. (STJ – 4ª T., AgRg no Ag. nº 808.069/RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 05.03.2007, p. 297)¹⁵⁷

¹⁵⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação nº 994092806243**. Relator: Francisco Loureiro. 2010.

¹⁵⁷ BRASIL. **Agravo Regimental nº 808.069**. Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior. 2007.

Assim, entende-se que deverão ser consideradas a relação de dependência econômica e a impossibilidade momentânea ou não, de a pessoa prover sua subsistência. Os casos mais comuns e que melhor exemplificam tal necessidade são aqueles em que uma das partes, em geral a mulher, passou sua vida dedicada aos filhos e companheiro, inclusive dando ao varão o suporte para que sustentasse o lar, não sendo justo que a parte economicamente mais fraca e que sabe outro ofício a não ser a doméstica, pague o preço do desamparo.

Inovou o Código Civil ao preceituar a possibilidade de serem fixados alimentos mesmo em caso de culpa da pessoa necessitada, porém em tal caso, os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, ou seja, para o atendimento das necessidades básicas relativas a sustento, moradia e saúde, excluídos os demais relativos à condição social da pessoa e à manutenção de uma vida digna. Igual tratamento se dispensa ao cônjuge culpado na separação judicial, o qual tem analógica aplicação ao companheiro tido como responsável pela dissolução da convivência.

O direito de meação nos bens do companheiro, assegurado pelas leis da união estável, veio substituir a antiga construção jurisprudencial (Súmula 380 STF) da partilha decorrente da sociedade de fato, no entanto com a ampliação do conceito de entidade familiar, ocorreu uma tentativa de proteção jurídica aos companheiros com relação ao direito à meação sobre os bens adquiridos onerosamente durante a convivência. Salvo estipulação contratual em contrário foi adotado pelo Código Civil, no artigo 1727, o regime de comunhão parcial de bens para reger as relações patrimoniais na união estável, sendo possível identificar os seguintes efeitos sobre o patrimônio: bens adquiridos a título oneroso e os adquiridos em período posterior à Constituição da união estável e aquisição e alienação de bens imóveis.

No primeiro caso, pode ser que os bens possam ser adquiridos de forma onerosa pela união de pessoas que ainda não tinham a intenção de constituir família, porém, caso cada um tenha contribuído para a sua aquisição com recursos financeiros, haverá comunicabilidade posterior desses bens com a constituição da união estável, juntando-se àqueles bens que sejam adquiridos após a união, definidos como bens comuns, a estes no regime de comunhão parcial de bens, conforme observado na jurisprudência citada:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA. AÇÃO DE SOBREPARTILHA. BENS ADQUIRIDOS PELA COMPANHEIRA NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL COM O DE CUJUS. Em tese, ao de cujus pertence metade dos bens adquiridos pela companheira na constância da união estável regida pela comunhão parcial de bens. Assim, não podem ser excluídos da sobrepartilha os bens em nome da companheira, antes da prova de que não foram adquiridos na constância da união estável ou outra forma de exclusão da meação.

AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (70043120476 RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Data de Julgamento: 06/06/2011, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 08/06/2011)¹⁵⁸

No caso dos bens adquiridos por doação ou resultantes de herança de um dos companheiros, não se comunicam os bens na meação, conforme decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Apelação Cível. Dissolução e Reconhecimento de União Estável. Partilha de bem. Reconhecida a existência e declarada a dissolução de sociedade fato, resta claro o direito de meação dos bens adquiridos durante a união estável. Na hipótese, ficou demonstrado que o apelado adquiriu, a título sucessório, 05 ha. de terra, sendo, portanto, tal bem incomunicável. Isto porque os bens adquiridos a título sucessório não se comunicam na união estável e, salvo estipulação contrária em contrato escrito, o imóvel não deve ser partilhado.

Todavia, à gleba de terra herdada, foram acrescidos mais hectares, não comprovando o recorrido que adquiriu tais acréscimos antes do início da união estável ou por herança ou que fossem provenientes de outros bens de sua exclusiva propriedade. E, em face do disposto no art. 5º, caput, da Lei 9.278/96, presume-se que a terra excedente à herdada foi adquirida pelo esforço comum dos conviventes na constância da união e, por isso, são comunicáveis, o que enseja a sua partilha na proporção de 50% para cada litigante. Sentença, parcialmente, reformada para que sejam, após a devida medição da área total do imóvel denominado Fazenda Alto da Alegria, objeto da lide, excluídos os 05 ha. Herdados pelo apelado e, conseqüentemente, partilhado o excedente na proporção de 50% para cada litigante. Recurso provido, em parte. (Nº 70043120476/2011/Cível, TJRS, Relator: Des. Alzir Felipe Schmitz, 06 de junho de 2011).¹⁵⁹

No caso da aquisição e alienação de bens imóveis no caso da união estável, um companheiro não precisa de autorização do outro para que possa adquirir um bem e aumentar o patrimônio em comum, porém, para que possa alienar qualquer

¹⁵⁸ RIO GRANDE DO SUL. Agravo de instrumento nº 70043120476. Relator: Alzir Felipe Schmitz. **Diário da Justiça**, RS, 8 jun. 2011.

¹⁵⁹ RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível nº 70043120476**. Relator: Alzir Felipe Schmitz. 6 jun. 2011.

bem imóvel, exige-se a outorga uxória, mesmo que o bem esteja no nome somente de um dos companheiros, sendo que no caso de outorga da escritura pública de compra e venda, deverá constar em seu corpo que o vendedor (outorgante) mantém união estável, nominando o nome do companheiro que deverá subscrever a outorga da venda. Os tribunais têm confirmado a necessidade da anuência do companheiro (a) nos casos de celebração de negócios jurídicos:

Ação declaratória de nulidade. Escritura pública de compra e venda. Imóvel. Sentença de improcedência. Negócio jurídico celebrado pelo companheiro sem a anuência da companheira. Possibilidade. Outorga uxória. Desnecessidade. Exigência legal que não se aplica à hipótese de união estável. Negócio efetuado em garantia de empréstimo. Simulação configurada. Elementos de convicção que estão a revelar autêntico pacto comissório. Infração ao art. 765 do Código Civil de 1916 (Art. 1.428 do Código Civil atual). Precedentes desta C. Câmara e do STJ. Anulação do negócio jurídico e cancelamento do respectivo registro imobiliário. Ação procedente. Sucumbência invertida. Recurso provido. (3961004600 SP, Relator: A Santini Teodoro, Data de Julgamento: 15/04/2008, 2ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 23/04/2008)¹⁶⁰

Destaca-se que, no que tange às semelhanças entre as normas do Novo Código Civil e o critério adotado na Lei 9.278/96, observa Pereira¹⁶¹:

A diferença e inovação do disposto no Novo Código Civil brasileiro é que ele não usa mais a expressão “presunção” e, portanto, não deixa tão aberta a possibilidade de se provar o contrário como deixava o referido artigo 5º. Ele designa expressamente para a união estável o regime de comunhão parcial de bens, como, aliás, já se deduzia antes. A diferença trazida pela redação do Novo Código Civil é que ficam igualizadas, sem nenhuma distinção, as regras patrimoniais da união estável e as do casamento. Com isso, acabou mais essa diferença entre os dois institutos. Se antes havia alguma brecha para demonstrar que não houve esforço comum, com o novo Código Civil brasileiro isso ficou mais difícil, a não ser que as partes estabeleçam um contrato escrito, como autoriza o próprio art. 1725.

Têm-se ainda normas que dizem respeito à administração dos bens, os quais se comuns, o exercício administração caberá a qualquer um dos companheiros, se forem bens particulares, cabe à administração ao proprietário, salvo se houve ajuste diverso em contrato escrito.

Ressalta-se que o Código Civil, apesar da Constituição Federal estabelecer o princípio da isonomia no tratamento entre as entidades familiares, estabeleceu regimes sucessórios diferentes entre o cônjuge e o companheiro. Trata-se de

¹⁶⁰ BRASIL. **Ação declaratória de nulidade**. Relator: Santini Teodoro. 15 abr. 2008.

¹⁶¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Da união estável**: Direito de família e o novo Código Civil. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.239.

complexo e controvertido tema, seja ao nível da doutrina como em decisões de tribunais, o qual não se pretende aprofundar no presente trabalho.

Quanto aos deveres que devem existir, nas relações pessoais entre companheiros, são: lealdade, respeito e assistência, bem como quanto aos filhos, sua guarda, sustento e educação, previstos no art. 1.724 do novo Código.

Começando pelo dever de lealdade, seu descumprimento provoca injúria grave; paralelamente à deslealdade, está, no casamento, o adultério, que implica a quebra do direito-dever de fidelidade.

É certo que não existe adultério entre companheiros; todavia, devem ser eles leais. A lealdade é gênero de que a fidelidade é espécie; aquela figura no âmbito genérico da conduta dos casais, tanto que, muitas vezes, entre cônjuges, não se configurando o adultério, de difícil prova, o mau comportamento de um deles, ainda que faça presumir, às vezes adultério já por si, caracteriza-se como injurioso apto a autorizar a dissolução da sociedade matrimonial, quando por esse ato, torna-se ao inocente insuportável a vida no lar conjugal.

Também a deslealdade entre companheiros, quando um deles mantém relação sexual ou, simplesmente, namora ou mantém relações íntimas com terceiro, pode causar repulsa de tal ordem que torne insuportável a convivência ao companheiro inocente.

No tocante ao direito-dever de respeito, entre os conviventes, é ele descumprido, quando existe conduta injuriosa grave de um dos companheiros, atingindo a honra ou a imagem do outro, com palavras ofensivas, com gestos indecorosos ou com deslealdade.

É também de suma importância, principalmente na atualidade, em que as pessoas pouco se comunicam no lar, descuidando do companheiro, sem diálogo e sem considerá-lo, em estado de abandono moral, o dever de assistência moral. É como se um dos conviventes não existisse. Os companheiros devem manter clima de solidariedade, nos bons e nos maus momentos de sua convivência.

Já a assistência material mostra-se no âmbito do patrimônio, dos alimentos entre conviventes, principalmente. Nesse passo a mesquinha, a sovinice, a avareza configuram, certamente, injúria de caráter econômico.

Tanto os deveres de assistência material quanto imaterial dos companheiros estão previstos na palavra “assistência” do art. 1.724, sob cogitação. Nenhuma dúvida, portanto, de que devam ser respeitados pelos conviventes.

Os direitos e deveres por último mencionados são dos conviventes em relação a seus filhos comuns. A guarda dos filhos tem que ver com a posse que seus pais, em conjunto ou isoladamente, em caso de sua separação, exercem, em decorrência de seu poder-dever familiar (pátrio poder). O sustento são os alimentos materiais indispensáveis à preservação da subsistência e da saúde, bem como os relativos à indumentária. A educação são os alimentos de natureza imaterial, incluindo não só o ensinamento escolar, como os cuidados com as lições, no aprendizado, no âmbito familiar e de formação moral dos filhos.

De acordo com Perlingieri¹⁶²,

a convivência estável e séria entre um homem e uma mulher sem que nenhum deles seja ligado por um precedente vínculo matrimonial, é um fenômeno de liberdade que não se põe em contraste com precedentes e oficiais assunções de responsabilidade e que não pode certamente colorir-se de ilegitimidade ou de ilicitude.

O estatuto da livre e estável convivência, não importa qual ela seja, para os fins de sua validade jurídica, deverá ser conforme os valores constitucionais, de maneira a representar um idôneo instrumento para sua atuação.

Destarte, conclui-se que a Constituição Federal de 1988, ao conferir proteção estatal à união estável e considerá-la como entidade familiar, no parágrafo 3º do artigo 226, consolidou a composição de uma família formada por laços afetivos, revestida de informalidades quais sejam aquelas decorrentes de união informal de um homem e uma mulher ou pessoas do mesmo sexo, e no parágrafo 4º do artigo supracitado, a família monoparental, constituída por apenas um dos seus genitores e seus descendentes, que será analisada a seguir.

3.1.2 A Família Monoparental

A Constituição Federal classificou de maneira bem definida as três modalidades de família compreendidas no conceito de entidade familiar: a família constituída pelo casamento, a união estável e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

¹⁶² PERLINGIERI, op. cit., 2002, p. 253-254.

A ideia de entidade familiar não alcança somente a união estável entre homem e mulher. Com as inovações constitucionais, admite-se uma maior flexibilidade na definição de entidade familiar, alcançado-se a comunidade formada pelos pais e seus descendentes.

Assim como foi reconhecida a união estável como forma de entidade familiar ao lado do casamento, a Constituição Federal de 1988, também trouxe uma nova entidade familiar, denominada monoparental, definindo em seu artigo 226, parágrafo 4º, que “entender-se-á como entidade familiar a comunidade composta por qualquer dos pais e seus descendentes”.

De acordo com Leite¹⁶³, “uma família é definida como monoparental quando a pessoa considerada (homem ou mulher) encontra-se sem cônjuge, ou companheiro e vive com uma ou várias crianças. Entretanto, existem ainda aquelas famílias monoparentais nas quais as mulheres “decidiram ser mães solteiras e planejaram este desejo partindo à procura de um genitor para seu filho (são as ‘planejadoras’), e aquelas que não planejaram a maternidade solteira, mas encontraram um genitor do qual elas querem um filho”¹⁶⁴, bem como resultante de mulheres que decidem ter filhos através de inseminação artificial, questão ainda polêmica no ordenamento jurídico brasileiro.

Para Netto Lôbo¹⁶⁵,

Tutelada explicitamente pela Constituição Federal a família monoparental pode ser definida como a entidade familiar integrada por um dos pais e seus filhos menores, que por um desejo pessoal, que é o caso padrão da mãe solteira, ou em outras situações como a viuvez, separação de fato, divórcio, concubinato, adoção de filho por apenas uma pessoa, as quais independentemente da causa, podem e devem ser tuteladas e produzir os mesmos efeitos jurídicos que o casamento e a união estável, principalmente ao que se refere ao poder familiar e ao estado de filiação. A tutela constitucional faz sentido, dado o expressivo número dessas entidades na realidade brasileira atual, pelas causas citadas acima e diversos outros fatores.

Assim a família monoparental é constituída seja em decorrência de uma situação como: viuvez, separação, divórcio, celibato, união livre, configurada nos casos em que um dos cônjuges constitui sem seu companheiro uma família juntamente com seus filhos, ou decorrente de uma opção, como os casos de

¹⁶³ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 22.

¹⁶⁴ LEITE, id. Ibid., 1997, p. 75.

¹⁶⁵ NETTO LÔBO, op. cit., 2009, p. 66.

adoção, das mães solteiras, atualmente da inseminação artificial, situações em que a pessoa, por livre escolha, passa sozinha a cuidar de seus filhos, formando uma família sem a presença do outro cônjuge.

Conforme destaca Netto Lôbo¹⁶⁶,

Apesar da família monoparental não possuir um estatuto jurídico próprio, as regras de direito de família que lhe são aplicáveis, são as atinentes às relações de parentesco, principalmente da filiação e do exercício do poder familiar, que são similares às das demais entidades familiares, portanto as mesmas normas de direito de família aplicáveis ao casamento e à união estável recaem sobre essas famílias sem distinção ou discriminação, considerando o fato de integrá-la apenas um dos pais

A família monoparental, trouxe mudanças no modelo biparental, classicamente formado pai, pela mãe e filhos, resultando em uma evolução na configuração dos modelos familiares, visto que antes se seguia o padrão patriarcal, onde o pai era o chefe, passando-se à família nuclear para então chegar-se ao modelo monoparental, no qual a relação reduz-se somente entre mãe (pai) e filho, ou ainda, formado por adoção ou por avós e netos, ligados por laços consanguíneos mas principalmente afetivos, conforme indica decisão citada:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE DECLARAÇÃO DE RELAÇÃO AVOENGA. BUSCA DA ANCESTRALIDADE. DIREITO PERSONALÍSSIMO DOS NETOS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. [...] - O direito à busca da ancestralidade é personalíssimo e, dessa forma, possui tutela jurídica integral e especial, nos moldes dos arts. 5º e 226, da CF/88. - A preservação da memória dos mortos não pode se sobrepor à tutela dos direitos dos vivos que, ao se depararem com inusitado vácuo no tronco ancestral paterno, vêm, perante o Poder Judiciário, deduzir pleito para que a linha ascendente lacunosa seja devidamente preenchida. -As relações de família tal como reguladas pelo Direito, ao considerarem a possibilidade de reconhecimento amplo de parentesco na linha reta, ao outorgarem aos descendentes direitos sucessórios na qualidade de herdeiros necessários e resguardando-lhes a legítima e, por fim, **ao reconhecerem como família monoparental a comunidade formada pelos pais e seus descendentes, inequivocamente movem-se no sentido de assegurar a possibilidade de que sejam declaradas relações de parentesco pelo Judiciário, para além das hipóteses de filiação.** - Considerada a jurisprudência do STJ no sentido de ampliara possibilidade de reconhecimento de relações de parentesco, e desde que na origem seja conferida a amplitude probatória que a hipótese requer, há perfeita viabilidade jurídica do pleito deduzido pelos netos, no sentido de verem reconhecida a relação avoenga, afastadas, de rigor, as preliminares de carência da ação por ilegitimidade de parte e impossibilidade jurídica do pedido, sustentadas pelos herdeiros do avô.[...] a possibilidade jurídica do pedido, notadamente porque entendimento diverso redundaria em reformatio in pejus. Recurso especial provido. (RECURSO ESPECIAL Nº

¹⁶⁶ NETTO LÔBO, id, ibid, 2009, p. 67.

807.849. RJ (2006/0003284-7)Relatora: Ministra Nancy Andrighi, (grifo nosso))¹⁶⁷

Percebe-se que os tribunais tem se mostrado atentos às questões que podem afetar os direitos das famílias monoparentais, uma vez que no texto constitucional definem-se essas famílias como as formadas por pais e filhos, mas na realidade essas famílias podem ainda ser constituídas por avós (ôs) e netos, além das ligações socioafetivas entre uma pessoa que assuma a criação de uma criança mesmo sem laços de parentesco.

Prevista e protegida pela Constituição de 1988, a família monoparental foi resultado das transformações socioeconômicas e culturais que ocorreram no decorrer do século XX, como a inserção da mulher no mercado de trabalho, que tornou-se independente e livre para optar entre manter ou não pelo casamento, muitas vezes desgastado para garantir sua sobrevivência e de seus filhos. Também, destaca-se a possibilidade do divórcio, que gera uma relação de monoparentalidade entre a mãe ou o pai e seus filhos. E ainda o aumento do número de gravidez na adolescência, quando a mulher assumia cada vez mais cedo filhos sem o apoio dos companheiros, porém, segundo Santos e Santos¹⁶⁸

Mesmo tendo todo reconhecimento oriundo da legislação, as mães solteiras ainda, são marginalizadas pela sociedade. Esta ambigüidade, onde a lei reconhece, mas a sociedade despreza, decorre do fato de ser a sociedade brasileira extremamente tradicionalista. Contudo, tal situação tende a mudar, pois já se percebe um abrandamento dos costumes, através da defasagem do casamento e da tendência desta geração a coabitar.

Entretanto, de acordo com o artigo 227, §6º, os filhos havidos ou não do matrimônio possuem os mesmos direitos e qualificações, proibindo-se qualquer tipo de discriminação, bem como a Lei nº 8.560/92 faculta à mãe solteira a possibilidade de ação de investigação de paternidade e reconhecimento de filiação, mesmo sendo o pai casado.

As estatísticas demonstram que essa entidade familiar vem crescendo dentro da sociedade. Estudos recentes feitos pelo Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicada (IPEA) revelaram em estudo que entre 1992-2009, as famílias formadas por mães e filhos (portanto, chefiadas por uma mulher) passaram de 12,3% para 15,4%, também destacado que em 1993, a proporção de famílias

¹⁶⁷ BRASIL. **Recurso especial nº 807.849**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 2010.

¹⁶⁸ SANTOS e SANTOS, op. cit., 2007, p. 14.

formadas por pai e filhos era de 2,1% sendo que em 2006, esse percentual era de 2,7%, e que de 2004 para 2005, a proporção de mães adolescentes passou de 6,8% para 7,1%¹⁶⁹.

Evidencia-se então que o reconhecimento pela Constituição das famílias monoparentais foi importante, porém

regulamentação pela legislação ordinária é necessária para a confirmação da estrutura e limitação dos direitos e deveres dessa entidade. Se o Direito Civil não instituir a família monoparental como sujeito de direito, não haverá coerção suficiente para impulsionar o exercício da tutela estatal. Enquanto a anulação do conceito de família ilegítima não for feita pelo Código Civil, a discriminação social continuará se agravando.

Assim, diante das novas concepções de família que surgem no ordenamento jurídico brasileiro, a entidade familiar deve ser entendida como o grupo social fundado em laços de afetividade, no qual se promove a dignidade da pessoa, independentemente de sua formação, mas que essa união resulte na assistência, no respeito aos sentimentos, para que seja possível o alcance da felicidade.

3.2 NOVAS ENTIDADES FAMILIARES IMPLÍCITAS

3.2.1 Família Simultânea ou Paralela

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 266, não definindo especificamente quais são as entidades familiares no Brasil, abre a possibilidade para o reconhecimento dos mais diversos tipos de arranjos familiares até então excluídos do ordenamento jurídico.

Por sua vez, observa-se no Novo Código Civil que “As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.” (art. 1727), o que o diferencia da união estável.

¹⁶⁹ IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Estudo da Amostra de Domicílios**. Brasília: IPEA, 2010.

De acordo com Dias¹⁷⁰, deve-se considerar que a monogamia não é um princípio constitucional, visto não ser contemplada no texto da Constituição, porém resulta em uma função ordenadora da família, levando ao não reconhecimento pelo Direito das relações resultantes da violação da fidelidade, mesmo que seja somente visto como um dever moral.

Para Baptista¹⁷¹, então, “[...] se não há impedimento matrimonial, entende-se *estável* a união notória, contínua e duradoura; se há impedimento matrimonial (ainda que a união seja notória, contínua e duradoura), a união permanente ou não eventual é considerada *concubinato*[...]”

Porém, existem situações em que uma pessoa mantém duas relações familiares, denominadas como relações simultâneas ou paralelas, as quais, mesmo não estando explicitadas na previsão legal, produzem continuamente efeitos jurídicos semelhantes aos da união estável por apresentar requisitos como a convivência pública, a continuidade da relação e o ânimo de constituir família.

Como evidencia Ruzyk¹⁷²

O ingresso da simultaneidade familiar como realidade relevante para o direito não se dá em regra, como simples subsunção do fato à norma, mediante seu enquadramento em um modelo. Trata-se de conclusão óbvia: esse modelo apriorístico de relação jurídica – salvo em circunstâncias pontuais, como no caso da bigamia -. não existe. A apreensão tem um estágio prévio que é mediado pelos princípios que “abrem as portas” do jurídico a essa realidade social, que se manifesta para o direito, na ausência de modelos, em um primeiro momento, como situação de fato. No segundo momento, passa a ser possível reconhecer, sobretudo a partir de regras destinadas à disciplina da família – não mais definida pela clausura dos modelos – que a simultaneidade familiar pode ter efeitos jurídicos, chancelados, portanto, pelo direito positivo.

De acordo com Coelho¹⁷³, “[...] quando o concubinato caracteriza-se como uma união livre, a tendência é que, cedo ou tarde, a jurisprudência e a lei comecem a reconhecer alguns direitos dos parceiros, tendo em vista a proteção da família que dela nasce”

Verificam-se no Brasil, três correntes principais que discutem a questão do

¹⁷⁰ DIAS, op. cit., 2007, p. 57-58.

¹⁷¹ BAPTISTA, Sílvio Neves. União Estável de pessoa casada. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). **Questões controversas no direito de família e das sucessões**. São Paulo: Método, v.3, 2005. p. 301-313, p. 303.

¹⁷² RUZYK, op. cit., 2005, p. 68.

¹⁷³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2006. v.5, p. 136.

reconhecimento das famílias simultâneas, descritas por Gloeck e Oltramari¹⁷⁴, uma que defende que nenhum tipo de relacionamento paralelo deve ser reconhecido pelo Direito de Família, mesmo que haja boa-fé de algum dos envolvidos; uma segunda que diante da boa fé, consideram injusto o não reconhecimento, devendo equiparar a união estável paralela à uma sociedade de fato quando da construção de um patrimônio em comum, enquanto uma terceira corrente afirma que o não reconhecimento das famílias simultâneas fere os princípios constitucionais, cabendo ao Estado proteger e não marginalizar todo e qualquer tipo de família para preservar a dignidade da pessoa humana.

A pluralidade de novos arranjos familiares trouxe a emergência de novas formas de simultaneidade, como evidencia Ruzyk¹⁷⁵

A simultaneidade instituída entre “lares monoparentais” e entre uma “família recomposta” e um “lar monoparental” ou entre “duas famílias recompostas” difere, como se vê, pela sua estrutura, e não raro, por repercussões que essas estruturas formadas por entes de expectativas e hábitos diversos podem gerar na convivência entre seus membros.

O próprio ascendente, nesses casos, podem se inserir em situação de simultaneidade, uma vez que é possível que, além da nova família nuclear formada após um primeiro desenlace, mantenha ele vivo os vínculos com os filhos que residem com o outro cônjuge.

Pode-se imaginar arranjo ainda mais complexo, em que ambos os ascendentes formam famílias recompostas, cada qual residindo, por exemplo, com filho do primeiro enlace, o novo cônjuge e os filhos da segunda união.

A simultaneidade ocorre principalmente quando é mantido pelo cônjuge ligado pelo casamento ou companheiro pela união estável, de forma paralela outra família ao mesmo tempo em que mantém sua família constituída dentro da lei.

Porém, nesses casos em que ocorra uma relação simultânea a uma união estável, a jurisprudência brasileira é controversa sobre a possibilidade de configuração de uniões estáveis simultâneas.

Dias¹⁷⁶ deixa claro sua posição em relação à necessidade do reconhecimento das famílias paralelas, porém destaca que

não é esse sentido que vem se inclinando a doutrina e decidindo a

¹⁷⁴ GOECKS, Renata Miranda; OLTRAMARI, Vitor Hugo. **A possibilidade do reconhecimento da união estável putativa e paralela como entidade familiar, frente aos princípios constitucionais aplicáveis.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6123>. Acesso em: 22 ago. 2011.

¹⁷⁵ RUZYK, op. cit., 2005, p. 141-42.

¹⁷⁶ DIAS, op. cit., 2009, p. 51.

jurisprudência. Ao contrário do que dizem muitos – e do que tenta dizer a lei (CC 1.727) -, o concubinato adulterino importa, sim, para o direito. Verificadas comunidades familiares que tenham entre si um membro em comum, é preciso operar a apreensão jurídica dessas duas realidades. São relações que repercutem no mundo jurídico, pois os companheiros convivem, muitas vezes tem filhos, e há construção patrimonial em comum. Não ver essa relação, não lhe outorgar qualquer efeito, atenta contra a dignidade dos partícipes e filhos porventura existentes.

Em 2006, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul apresentou decisão favorável ao reconhecimento das famílias simultâneas:

Embargos infringentes - União estável - Relações simultâneas. De regra, não é viável o reconhecimento de duas entidades familiares simultâneas, dado que em sistema jurídico é regido pelo princípio da monogamia. No entanto, em Direito de Família não se deve permanecer no apego rígido à dogmática, o que tornaria o julgador cego à riqueza com que a vida real se apresenta. No caso, está escancarado que o "de cujus" tinha a notável capacidade de conviver simultaneamente com duas mulheres, com elas estabelecendo relacionamento com todas as características de entidades familiares. Por isso, fazendo ceder a dogmática à realidade, impera reconhecer como co-existentes duas entidades familiares simultâneas. Desacolheram os embargos, por maioria. (TJRS, 4º Grupo Cível, Embargos Infringentes n.º 70013876867, rel. Des. Luiz Ari Azambuja Ramos, j. 10.3.2006; por maioria).¹⁷⁷

Os doutrinadores Farias e Rosenthal¹⁷⁸ acreditam que diante da existência de boa fé por parte da mulher que é induzida ao erro pelo desconhecimento da existência de vínculo matrimonial ou de união estável do seu companheiro, pode-se “requerer ao juiz o reconhecimento da putatividade, obtendo-se os efeitos concretos do casamento ou união estável”, os quais afirmam que “entendemos que, presente a boa-fé, é possível emprestar efeitos de Direito de Família às uniões extramatrimoniais”. Assim caberia exceção nestes casos de uma segunda união de boa-fé putativa, como previsto para o casamento nulo ou anulável, a produzir efeitos até o dia da sentença anulatória, conforme dispõe o artigo 1.561 do Código Civil.

Também o Tribunal de Justiça de Minas Gerais se pronunciou favoravelmente ao reconhecimento da simultaneidade familiar

EMENTA: DIREITO DAS FAMÍLIAS. UNIÃO ESTÁVEL CONTEMPORÂNEA A CASAMENTO. UNIÃO DÚPLICE. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO FACE ÀS PECULIARIDADES DO CASO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Ao longo de vinte e cinco anos, a apelante e o apelado mantiveram um relacionamento afetivo, que possibilitou o

¹⁷⁷ RIO GRANDE DO SUL. **Embargos infringentes nº 70013876867**. Relator: Desembargador Luiz Ari Azambuja Ramos. 10 mar. 2006.

¹⁷⁸ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 456.

nascimento de três filhos. Nesse período de convivência afetiva - pública, contínua e duradoura - um cuidou do outro, amorosamente, emocionalmente, materialmente, fisicamente e sexualmente. Durante esses anos, amaram, sofreram, brigaram, reconciliaram, choraram, riram, cresceram, evoluíram, criaram os filhos e cuidaram dos netos. Tais fatos comprovam a concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. Isso é família. O que no caso é polêmico é o fato de o apelado, à época dos fatos, estar casado civilmente. Há, ainda, dificuldade de o Poder Judiciário lidar com a existência de uniões dúplices. Há muito moralismo, conservadorismo e preconceito em matéria de Direito de Família. No caso dos autos, a apelada, além de compartilhar o leito com o apelado, também compartilhou a vida em todos os seus aspectos. Ela não é concubina - palavra preconceituosa - mas companheira. Por tal razão, possui direito a reclamar pelo fim da união estável. Entender o contrário é estabelecer um retrocesso em relação a lentas e sofridas conquistas da mulher para ser tratada como sujeito de igualdade jurídica e de igualdade social. Negar a existência de união estável, quando um dos companheiros é casado, é solução fácil. Mantém-se ao desamparo do Direito, na clandestinidade, o que parte da sociedade prefere esconder. Como se uma suposta invisibilidade fosse capaz de negar a existência de um fato social que sempre aconteceu, acontece e continuará acontecendo. A solução para tais uniões está em reconhecer que ela gera efeitos jurídicos, de forma a evitar irresponsabilidades e o enriquecimento ilícito de um companheiro em desfavor do outro. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0017.05.016882-6/003 - COMARCA DE ALMENARA - APELANTE(S): M.S.S. - APELADO(A)(S): O.S.S. - RELATORA: EXM^a. Senhora. DES^a. MARIA ELZA)¹⁷⁹

Entretanto, em outro caso o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul se pronunciou contrário ao reconhecimento da união estável cumulada:

AGRAVO INTERNO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL CUMULADA COM CAUTELAR DE RESERVA DE BENS. CASAMENTO E RELAÇÃO EXTRACONJUGAL SIMULTÂNEAS. Inviável o reconhecimento de união estável paralela ao casamento. Precedentes da Câmara e do egrégio STJ. Agravo interno desprovido. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Agravo Nº 70045138054, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 09/11/2011)¹⁸⁰

Também o Superior Tribunal de Justiça, já decidiu que “mantendo o autor da herança união estável com uma mulher, o posterior relacionamento com outra, sem que se haja desvinculado da primeira, com quem continuou a viver como se fossem marido e mulher, não há como configurar união estável concomitante”.¹⁸¹

Netto Lôbo¹⁸² também aponta para a negação da possibilidade das uniões

¹⁷⁹ MINAS GERAIS. **Apelação Cível nº 10017.05.016882-6/003**. Relatora: Desembargadora Maria Elza, 10 dez. 2008.

¹⁸⁰ RIO GRANDE DO SUL. **Agravo interno nº 70045138054**. Relator: Jorge Luis Dall'Agnol. 9 nov. 2011.

¹⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial nº 789.293**. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes. 2006.

¹⁸² NETTO LÔBO, op. cit., 2009, p. 154.

estáveis simultâneas, visto que “a união estável é relação jurídica *more uxorio*, derivada de convivência geradora do estado de casado, o qual conseqüentemente, tem como referência o casamento, que no direito brasileiro é uno e monogâmico,” mesmo porque, o §1º do art. 1.723 estabelece os “impedimentos” à configuração da união estável, aludindo expressamente às causas arroladas no art. 1.521 e, em sua leitura é possível aduzir que uma pessoa casada não pode constituir união estável, apenas se não estiver separada de fato ou judicialmente, impossibilitando a constituição de uniões estáveis simultâneas.

Conforme tem se posicionado em geral, o Supremo Tribunal Federal e o Supremo Tribunal de Justiça do país destaca-se que o Estado não pode proteger mais de uma família ao mesmo tempo, devendo o infiel responsabilizar-se por sua escolha, evidenciando-se ainda que as doações realizadas ao concubino adúltero podem ser anuladas e a transferência de bens pode ser revogada, além do que, a falta do reconhecimento da família simultânea resulta na perda do direito das famílias a direitos sucessórios, não recebendo a companheira alimentos, herança ou participação nos bens.

Neste sentido, versando sobre a disputa de benefício previdenciário o acórdão com provimento por maioria, vencido o Min. Ayres Brito, restabeleceu o julgamento de primeiro grau com a seguinte ementa:

“Companheira e concubina. Distinção. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel.
Proteção jurídica do Estado. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato.
Pensão previdenciária. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe o vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina.”¹⁸³

Na questão de pensão por morte, o STJ igualmente ao STF tem se manifestado contrário ao compartilhamento entre a viúva e a concubina.

STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 1104316 RS 2008/0238547-7 (STJ)

Data de Publicação: 18/05/2009

Ementa: PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. COMPARTILHAMENTO DA PENSÃO ENTRE A VIÚVA E CONCUBINA. IMPOSSIBILIDADE. CONCOMITÂNCIA ENTRE CASAMENTO E **CONCUBINATO ADULTERINO IMPEDE A CONSTITUIÇÃO DE **UNIÃO ESTÁVEL**, PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS. RECURSO ESPECIAL**

¹⁸³ BAHIA. STF, 1ª turma, **REsp 397.628-8**. Relator min. Marco Aurélio. 3 de junho de 2008.

PROVIDO. 1. Para fins previdenciários, há **união estável** na hipótese em que a relação seja constituída entre pessoas solteiras, ou separadas de fato ou judicialmente, ou viúvas, e que convivam como entidade familiar, ainda que não sob o mesmo teto.¹⁸⁴

Porém, diante de tal dificuldade que o tema suscita, existem decisões favoráveis à exemplo da decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que provê pensão alimentícia ao que denomina concubinato.

APELAÇÃO CÍVEL. CONCUBINATO. ART. 1.727 DO CC/02. DIREITO A ALIMENTOS. ART. 1.694 DO CC/02.

Ainda que o relacionamento mantido entre os litigantes seja tido como um concubinato, na forma do art. 1.727 do CC/02, também este se enquadra na categoria de entidade **familiar** a ensejar o direito de alimentos entre os concubinos, se presente a afetividade entre o casal, enquanto tal relacionamento perdurou. E a afetividade, no caso, existia entre os litigantes, devendo ser mantida a pensão alimentícia na forma como fixada na sentença. A omissão contida no art. 1.694 do CC/02 não afasta a concessão do direito em discussão. Precedentes doutrinários e jurisprudenciais.

Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70032101727, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 12/11/2009)¹⁸⁵

Entretanto, apesar da família paralela, ainda que fundada em um relacionamento de afeto seja repudiada pela sociedade, Dias¹⁸⁶ pronuncia-se afirmando que

Os relacionamentos paralelos, além de receberem denominações pejorativas, são condenados à invisibilidade. Simplesmente a tendência é não reconhecer sequer sua existência. Somente na hipótese de a mulher alegar desconhecimento da duplicidade das vidas do varão é que tais vínculos são alocados no direito obrigacional e lá tratados como sociedades de fato. (...) Uniões que persistem por toda uma existência, muitas vezes com extensa prole e reconhecimento social, são simplesmente expulsas da tutela jurídica. (...)

Negar a existência de famílias paralelas – quer um casamento e uma união estável, quer duas ou mais uniões estáveis – é simplesmente não ver a realidade. Com isso a justiça acaba cometendo enormes injustiças.

É inegável que às famílias simultâneas constituem em uma nova estruturação familiar, assim evidencia-se que seja qual for a corrente do pensamento jurídico aplicado a essas entidades familiares, o Estado deve conceder-lhes efeitos jurídicos, pois tal simultaneidade familiar é um fenômeno freqüente na sociedade brasileira, sobretudo diante da boa-fé de uma das partes envolvidas, onde o vínculo

¹⁸⁴BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1104316**. 18 maio 2009.

¹⁸⁵RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível nº 70032101727**. Relator: José Ataídes Siqueira Trindade. 12 nov. 2009.

¹⁸⁶DIAS, op. cit. 2007, p. 46.

afetivo, público, contínuo e duradouro é pleno entre todos os componentes e estão presentes no meio social, visando desta maneira todas as pretensões de felicidade de cada pessoa integrante desse núcleo familiar.

3.2.2 União Homoafetiva

Uma nova face do conceito de cidadania, no que tange ao Direito de Família, é representada através da aceitação ainda recente das uniões homoafetivas, procurando assim, afirmar a diferença proveniente da manifestação da liberdade de expressão e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

De acordo com Matos¹⁸⁷, atualmente o enfoque do Direito de Família está na *affectio*, tendo-se a família como “lugar privilegiado de abrigo, de ninho e de solidariedade com base no afeto”, mesmo que “o casamento fosse visto como entidade familiar exclusivamente heterossexual não afasta a possibilidade de existência de outro modelo familiar próximo ao instituto do matrimônio”, visto que

A nova família, na verdade, deve ser concebida como novas famílias, pois a dimensão plural dos modelos é uma realidade a ser respeitada e reconhecida. Assim, dentre as possibilidades de melhor realização de seus projetos pessoais, uma pessoa poderá se identificar com certo modelo, que não deverá ser excludente de outras modalidades também reconhecidas.

Com os novos arranjos familiares diante da pluralidade, a questão do reconhecimento da união homoafetiva deve ultrapassar a questão da moralidade e religiosa, uma vez que de acordo com Dropa¹⁸⁸, “trata-se de uma questão de justiça social e direitos sociais aos quais o Estado, a parte legítima para confrontá-la, deve resolver em nome dos cidadãos”, sendo que “nada justifica que os operadores do Direito continuem a fechar os olhos para este tipo de união”.

Nos países democráticos, a homossexualidade não tem sido considerada como uma doença, e também, não constitui um crime, sendo aceita de modo progressivo e reconhecida pela lei. Em diversos locais, as relações afetivas entre

¹⁸⁷ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo**: aspectos jurídicos e sociais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 27; 23; 29.

¹⁸⁸ DROPA, Romualdo Flávio. Uniões homoafetivas, dignidade humana e os direitos fundamentais. In: FACHIN, Zulmar. **Direitos fundamentais e cidadania**. São Paulo: Método, 2008, p. 201-228, p. 201; 205.

pessoas do mesmo sexo são constituídas como uma realidade vista e reconhecida. Essa visibilidade tem aberto caminho para a aceitação. A partir dos movimentos mundiais de defesa à causa homossexual, por volta dos anos noventa emergiu a possibilidade do reconhecimento jurídico das uniões estáveis homossexuais, também chamadas de relação homoeróticas ou homoafetivas.

Segundo Matos¹⁸⁹, a questão do reconhecimento da união homoafetiva está diretamente relacionada com a questão da dignidade humana.

Há de se conhecer a dignidade existente na união homoafetiva. O conteúdo abarcado pelo valor da pessoa humana informa poder cada pessoa exercer livremente sua personalidade, segundo seus desejos de foro íntimo. A sexualidade está dentro do campo da subjetividade, representando uma fundamental perspectiva do livre desenvolvimento da personalidade, e partilhar a cotidianidade da vida em parcerias estáveis e duradouras parece ser um aspecto primordial da experiência humana.

Conforme a autora, a exclusão das pessoas em decorrência de sua orientação sexual, bem como do reconhecimento de suas relação afetiva, resulta no desrespeito à dignidade intrínseca à cada pessoa, impingindo-lhes o preconceito e o estigma social que os priva da oportunidade de serem sujeitos de direito levando-se em consideração sua identidade pessoal, tornando-se inconstitucional a discriminação jurídica do não reconhecimento da relação afetiva independentemente de sua orientação sexual, por ferir o princípio da dignidade da pessoa humana.

Os Tribunais Brasileiros, antes das últimas decisões que passaram a reconhecer a união homoafetiva, já se pronunciavam favoravelmente. O Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, no julgamento do REsp 820.475, deixa claro que não existe proibição legal para o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, afirmando que

os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, desde que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu¹⁹⁰.

Ainda afirma que assim como um homem e uma mulher tem sua união estável reconhecida em decorrência de possuírem um relacionamento estável,

¹⁸⁹ MATOS, op. cit., 2004, p. 204.

¹⁹⁰ BRASIL. **Recurso Especial REsp 820475 RJ 2006/0034525-4** (STJ). Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, 02 set. 2008.

duradouro e afetivo, a relação homoafetiva, entre pessoas do mesmo sexo, é “extremamente semelhante à união estável”.

Hoje a constituição de leis para proteção das uniões homoafetivas é proveniente do resultado de reivindicações¹⁹¹ que se relacionam diretamente com movimentos de emancipação que continuam discussões pela igualdade, não discriminação em função do sexo, idade ou orientação sexual, partindo da ruptura com alguns dogmas das religiões sobre o que se refere ao casamento e sexualidade.

A gradativa aceitação desse tipo de relação pela sociedade aponta para a observância do princípio da tolerância, do respeito ao direito de liberdade e a intimidade do indivíduo.

Segundo Dropa¹⁹², “a homossexualidade, está englobada no direito à liberdade. Direito este, que por força internacional e constitucional são conferidos a todos os indivíduos, devendo o Estado tutelar direito oriundo desta forma de expressão da sexualidade”, portanto, mesmo que não esteja expresso na Constituição de 1988 nenhum tipo de garantia explícita aos homossexuais, deve-se levar em consideração os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, da intimidade, assegura a todos os cidadãos, incluindo-se então os homossexuais, assim como a união fundada na afetividade e na busca pela felicidade.

Destaca Dias¹⁹³ que “o Direito não regula sentimentos, mas as uniões que associam afeto a interesses comuns, que, ao terem relevância jurídica, fazem jus à proteção legal, independentemente da orientação sexual do par”.

Diversas decisões legais evidenciavam a importância e a necessidade da proteção legal das pessoas que mantinham relacionamentos duradouros com pessoas do mesmo sexo, mas que eram excluídas do rol de benefícios que alcançavam tão somente as famílias explicitadas na Constituição de 1988.

¹⁹¹ Segundo Dias, “a partir da década de 60 e início dos anos 70 do século recém-findo, aumentou a visibilidade das mais diversas expressões da sexualidade. O movimento de liberação desfraldou suas bandeiras, buscando mudar a conceituação, tanto social como individual, das relações homoafetivas. (...) Para Philippe Áries, os homossexuais formam atualmente um grupo coerente, ainda marginal, mas que tomou consciência de sua própria identidade, um grupo que reivindica seus direitos contra uma sociedade dominante que ainda não o aceita”.(DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito & a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 33 e 35.)

¹⁹² DROPA, op. cit., 2008, p. 203.

¹⁹³ DIAS, op. cit., 2001, p. 56.

Cabe destacar a importância dos argumentos do Relator João Batista Pinto Silveira, que fundamentam a decisão do TRF 4ª Reg., DJU 10 ago. 2005, AC 2000.71.00.009347-0:

A exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas. Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. As noções de casamento e amor vêm mudando ao longo da história ocidental, assumindo contornos e formas de manifestação e institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais. A aceitação das uniões homossexuais é um fenômeno mundial – em alguns países de forma mais implícita – com o alargamento da compreensão do conceito de família dentro das regras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feito de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas. Uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como possível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, deve a relação da Previdência para com os casais de mesmo sexo dar-se nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (art. 16, I, da Lei n.º 8.213/91), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio reclusão.¹⁹⁴

Em termos de leis infraconstitucionais destaca-se a aprovação do Projeto de Lei nº 5.003-B de 2001, da deputada Iara Bernardi, alterando o texto da Lei nº 7.716/89, em 23 de novembro de 2006 pela Câmara dos Deputados, que define crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor, para incluir novas situações tipificadas como crime resultante da discriminação ou preconceito. Este é o primeiro Projeto de Lei aprovado no Brasil que protege especificamente os homossexuais em relação à discriminação resultante de orientação sexual.

Outra Lei que também se mostrou favorável ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar foi a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006), que busca a criação de mecanismos que coíbam a violência doméstica e familiar contra a mulher, sendo que afirma em seu art. 2º que:

¹⁹⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal. **Apelação Cível nº 2000.71.00.009347-0**. Relator: João Batista Pinto Silveira. 27 jul. 2008.

Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Bem como o artigo 5º reafirma que a configuração de violência doméstica e familiar independe da orientação sexual: art. 5º, parágrafo único: “As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual”.

No decorrer das últimas décadas, notava-se uma grande resistência dos julgadores em considerar as uniões homoafetivas como uma nova entidade familiar, concedendo em suas decisões alguns direitos patrimoniais resultantes das relações, como se fossem sociedades de fato, tratando-as como uma relação comercial, enquanto outros ainda em seus argumentos mantinham-se atrelados ao texto constitucional que considerava as relações entre homens e mulheres, excluindo-as do Direito de Família.

Porém, por unanimidade, tendo como Relator o Ministro Ayres Britto, em duas Ações do Controle Concentrado de Constitucionalidade ADPF 132/ADI 4277, o Supremo Tribunal Federal reconheceu as uniões homoafetivas como entidade familiar no dia 5 de maio de 2011.

“A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” (caput do artigo 226). Mas família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas. Logo, família como fato cultural e espiritual ao mesmo tempo (não necessariamente como fato biológico). (...) a família é uma complexa instituição social em sentido subjetivo. Logo, um aparelho, uma entidade, um organismo, uma estrutura das mais permanentes relações intersubjetivas, um aparato de poder, enfim. Poder doméstico, por evidente, mas no sentido de centro subjetivado da mais próxima, íntima, natural, imediata, carinhosa, confiável e prolongada forma de agregação humana. (...) a Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos. Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva. Por isso que, sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá para compreender que a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo ‘família’ nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica.¹⁹⁵

Juntamente com o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, suscitou-se a possibilidade de conversão das uniões estáveis

¹⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 132/2011**. Rio de Janeiro, Rel.: Min. Ayres Britto – julgado em 05 mai. 2011, DJ 14 out. 2011.

homoafetivas em casamento assim como as uniões estáveis heterossexuais, conferindo-lhes todos os direitos advindos dessa conversão, bem como o direito à adoção por dupla homoafetiva:

A Constituição Federal remete à lei a incumbência de dispor sobre a assistência do Poder Público à adoção, inclusive pelo estabelecimento de casos e condições da sua (dela, adoção) efetivação por parte de estrangeiros (§5º do art. 227); E também nessa parte do seu estoque normativo não abre distinção entre adotante 'homo' ou 'heteroafetivo'. E como possibilita a adoção por uma só pessoa adulta, também sem distinguir entre o adotante solteiro e o adotante casado, ou então em regime de união estável, penso aplicar-se ao tema o mesmo raciocínio de proibição do preconceito. (STF, ADPF 132/ADI 4277, Rel. Min. Ayres Britto, Plenário, j. em 5-5-11).¹⁹⁶

Em 2010, o STJ autorizou a adoção de dois irmãos biológicos por um casal homossexual feminino no Rio Grande do Sul.

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA.

1. A questão diz respeito à possibilidade de adoção de crianças por parte de requerente que vive em união homoafetiva com companheira que antes já adotara os mesmos filhos, circunstância a particularizar o caso em julgamento.

(...)

14. Por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão legal de primazia à proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que, no caso dos autos, há mais do que reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o artigo 43 do ECA. Na verdade, ocorrerá verdadeiro prejuízo aos menores caso não deferida a medida.

15. Recurso especial improvido.

(RECURSO ESPECIAL Nº 889.852 - RS (2006/0209137-4), Relator: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO)¹⁹⁷

Embasados na decisão de STF sobre o reconhecimento da união estável homoafetiva, em decisão unânime, bem como nos princípios constitucionais da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, os Tribunais passaram a

¹⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 132/2011**. Rio de Janeiro, Rel.: Min. Ayres Britto – julgado em 05 mai. 2011, DJ 14 out. 2011.

¹⁹⁷ BRASIL. Recurso especial nº 889.852. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 2010.

acolher o direito de adoção em dupla, como no caso recente da decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

De acordo com o processo, ficou comprovado que a mãe biológica não tem condições de cuidar do bebê, nem interesse em fazê-lo. O mesmo ocorre com a avó. O laudo psicológico demonstrou que as interessadas em adotar, que estão com a criança desde praticamente o nascimento, “cuidam bem dela e seria desaconselhável e desumano separar a criança de quem cuida dela com tanto zelo e carinho”, conforme o desembargador Eduardo Andrade. (Processo número: 1193033-38.2008.8.13.0480.)¹⁹⁸

Além do reconhecimento da união estável dos casais homoafetivos, da intensificação do direito de adoção por pares, destaca-se ainda a Decisão inédita da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), por maioria, que proveu recurso (Processo Número 1183378/RS) de duas mulheres que pediam para ser habilitadas ao casamento civil, seguindo ao voto do ministro Luis Felipe Salomão, que concluiu por assegurar o princípio da dignidade da pessoa humana, assim como a Constituição que determina a conversão da união estável em casamento.

De acordo com o relatório Preliminar do Censo 2010 do IBGE, o número de relacionamentos gays representa 0,16% da população brasileira se for comparado aos 37.487.115 casamentos entre os heterossexuais, sendo que o Brasil um total de 60.002 casais homossexuais com união estável¹⁹⁹.

Deve-se dizer que a aplicação do princípio constitucional da pluralidade familiar às uniões homoafetivas, com o reconhecimento dessas uniões como entidade familiar, supera às tentativas de proteção a direitos patrimoniais, previdenciários ou pessoais, resulta na legitimação dessas relações familiares, da garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos independentemente de sua orientação sexual, da luta contra o preconceito, discriminação e estigmatização, da priorização do afeto, enfim, da busca pela garantia da dignidade da pessoa humana.

3.2.3 Famílias recompostas: padrastos, madrastas, enteados

¹⁹⁸ MINAS GERAIS. **Apelação Cível nº 1193033-38**. Relator: Desembargador Eduardo Andrade. 2008.

¹⁹⁹ BRUNO, Cássio. Brasil tem hoje 60 mil casais gay com união estável. **O Globo**, 2011. <http://oglobo.globo.com/politica/brasil-tem-hoje-60-mil-casais-gay-com-uniao-estavel-2790104#ixzz1htSaqeB3>. Acesso em: 12 set. 2011.

Após a Lei do Divórcio, o crescimento de novas uniões resultou nas denominadas famílias recompostas²⁰⁰ ou reconstituídas, resultante de novos vínculos afetivos e de características que as definem como entidades familiares.

Grisard Filho²⁰¹ define família reconstituída como

A estrutura familiar originada de um novo casamento ou de uma nova união, depois de uma ruptura familiar, quando um dos integrantes do novo casal, ou ambos, tem filho ou filhos de uma relação precedente. De forma mais simples, é a entidade familiar na qual um dos adultos, ao menos, é um padrasto ou uma madrasta. Ou, ainda, é a família na qual ao menos uma das crianças de uma união anterior de um dos cônjuges vive sob o mesmo teto.

Sejam por motivo de separação, divórcio, ou pelo óbito de um dos cônjuges, os seres humanos estão sempre dispostos a reconstruir as relações afetivas, construir novos arranjos familiares, seja a partir de novo casamento ou união estável levando consigo os filhos resultantes das relações anteriores que passam a residir padrasto (pai afim), a madrasta (mãe afim) e o enteado (filho afim). Dessa forma, as famílias recompostas excluem dessa configuração os não pais, visto que o eixo central dessa nova entidade familiar é as relações entre os cônjuges ou companheiros com os filhos resultantes de relações anteriores.

Netto Lôbo²⁰² destaca que

é possível extrair do sistema jurídico brasileiro, embasado nos princípios constitucionais, sobretudo no princípio da afetividade uma proteção jurídica com relação às famílias recompostas, como entidades familiares próprias configurando a relação entre padrasto e madrasta vínculo de parentalidade singular, permitindo-se àqueles contribuir para o exercício do poder familiar do cônjuge ou companheiro sobre o filho/enteado, uma vez que a direção da família é conjunta dos cônjuges ou companheiros, em face das crianças e adolescentes que a integram. Diante disso teremos o que a doutrina chama de filiação socioafetiva que é justamente a valorização do afeto como produtor também de efeitos jurídicos.

As relações que se estabelecem entre cônjuge ou companheiro e os filhos do outro constituem um parentesco por afinidade por considerar o Código Civil, art.

²⁰⁰ De acordo com Netto Lôbo, “A família recomposta ou reconstituída pode ser conceituada como a estrutura familiar originada do casamento ou da união estável de um casal, no qual um ou ambos tem filho ou filhos de um vínculo anterior, ou seja, é a família na qual a menos um dos adultos é padrasto ou madrasta, onde a criança passa a conviver com o novo marido ou companheiro da mãe, ou nova mulher e companheira do pai, que exerce as funções cotidianas típicas de pai ou da mãe que se separou para viver só ou constituir uma nova família”. (NETTO LÔBO, op. cit., 2009, p. 73.)

²⁰¹ GRISARD FILHO, Waldyr. Famílias reconstituídas: novas relações depois das separações. Parentesco e autoridade parental. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). **Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 658.

²⁰² NETTO LÔBO, op. cit., 2009, p. 75.

1.595, “Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade”, portanto, o filho do cônjuge proveniente de uma união anterior, também é considerado parente por afinidade, além da entidade familiar resultante da união estável.

Para Grisard Filho²⁰³

Apesar de alguns autores não considerarem à afinidade verdadeiro parentesco, por não decorrer de laços sanguíneos, atualmente essa visão não vence o conteúdo socioafetivo amplificador das relações familiares, pois o parentesco entre um dos cônjuges ou companheiros e os filhos do outro tributa-se um vínculo familiar pleno.

Nesse sentido, com o desenvolvimento do parentesco por afinidade entre padrastos e enteados, o vínculo familiar torna-se pleno e perpétuo, fundado no princípio da solidariedade e afetividade, seus efeitos poderão prolongar-se mesmo com a extinção do casamento ou da união estável, podendo implicar para esses padrastos ou madrastas efeitos jurídicos como alimentos, guarda, visita e sucessões dependendo de cada caso em concreto, em conformidade com seus devidos pressupostos.

De acordo com Glanz²⁰⁴ “após a ruptura dos casais, muitos refazem seus lares e, já tendo filhos, acabam juntando os seus aos do companheiro ou cônjuge do segundo casamento. Muitas vezes, ambos têm filhos e acabam tendo mais, donde o surgimento dos irmãos germanos e unilaterais”.

Destarte, de acordo com Grisard Filho²⁰⁵, os desafios das famílias recompostas iniciam-se com o desenvolvimento de novas regras e formas de convivência, distintas da configuração anterior, podendo gerar conflitos de autoridade e de lealdade, uma vez que os filhos deverão se adaptar muitas vezes à regras de convivência diferentes daquelas impostas pelos pais biológicos, visto que “cada membro da nova família traz consigo uma história própria, construída no sistema familiar precedente e que, por certo, não é comum a do novo membro ou não tem o mesmo modo de ver e fazer as coisas; suas crenças são muito diferentes”. O autor ainda prossegue destacando que os filhos então deverão

²⁰³ GRISARD FILHO, op. cit., 2004, p. 658.

²⁰⁴ GLANZ, Semy. **A família mutante – sociologia e direito comparado**: inclusive o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 157-158.

²⁰⁵ GRISARD FILHO, op cit., 2004, p. 662.

“submeter-se à códigos, regras e estilos de parentalidade diferentes, características próprias de cada pai, que dificultam a consolidação dos novos vínculos”

De acordo com o autor citado acima o tema tem preocupado os especialistas das ciências psicossociais, especialmente no que se refere às relações pessoais dos integrantes da nova família, sendo que o Direito muito pouco tem se pronunciado diante da realidade dessas entidades em muitos lares brasileiros. As famílias reconstituídas são hoje, uma legião, o que justifica o estudo de sua estrutura, funcionamento e normas que regulam as relações interpessoais de seus integrantes, não cabendo ao Direito ignorar a presença dessas famílias em nossa sociedade.²⁰⁶

Entretanto, por outro lado, há casos em que os laços afetivos entre os membros das famílias recompostas se fortalecem, ao ponto do padrasto pedir aos Tribunais a destituição do poder familiar do pai biológico para que possa adotar seu enteado como filho legítimo, de acordo com a jurisprudência transcrita quase em sua integralidade, diante de sua importância abaixo.

Direito civil. Família. Criança e adolescente. Adoção. Pedido preparatório de destituição do poder familiar formulado pelo padrasto em face do pai biológico. Legítimo interesse. Famílias recompostas. Melhor interesse da criança

O pedido de adoção, formulado neste processo, funda-se no art. 41, § 1º, do ECA (correspondente ao art. 1.626, parágrafo único, do CC/02), em que um dos cônjuges pretende adotar o filho do outro, o que permite ao padrasto invocar o legítimo interesse para a destituição do poder familiar do pai biológico, arvorado na convivência familiar, ligada, essencialmente, à paternidade social, ou seja, à socioafetividade, que representa, conforme ensina Tânia da Silva Pereira, um convívio de carinho e participação no desenvolvimento e formação da criança, sem a concorrência do vínculo biológico (Direito da criança e do adolescente – uma proposta interdisciplinar – 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 735).

O alicerce, portanto, do pedido de adoção reside no estabelecimento de relação afetiva mantida entre o padrasto e a criança, em decorrência de ter formado verdadeira entidade familiar com a mulher e a adotanda, atualmente composta também por filha comum do casal. Desse arranjo familiar, sobressai o cuidado inerente aos cônjuges, em reciprocidade e em relação aos filhos, seja a prole comum, seja ela oriunda de relacionamentos anteriores de cada consorte, considerando a família como espaço para dar e receber cuidados. (...)

Sob a tónica do legítimo interesse amparado na socioafetividade, ao padrasto é conferida legitimidade ativa e interesse de agir para postular a destituição do poder familiar do pai biológico da criança. (...)

Por tudo isso – consideradas as peculiaridades do processo –, é que deve ser concedido ao padrasto – legitimado ativamente e detentor de interesse de agir – o direito de postular em juízo a destituição do poder familiar – pressuposto lógico da medida principal de adoção por ele requerida – em face do pai biológico, em procedimento contraditório, consonante o que prevê o art. 169 do ECA. Nada há para reformar no acórdão recorrido, porquanto a regra inserta no art. 155 do ECA foi devidamente observada, ao

²⁰⁶ GRISARD FILHO, op cit., 2004, p. 658.

contemplar o padrasto como detentor de legítimo interesse para o pleito destituidório, em procedimento contraditório.
 Recurso especial não provido.
 (REsp 1106637/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/06/2010, DJe 01/07/2010).²⁰⁷

Diante dessa decisão, a denominada filiação sócio-afetiva, vem se destacando frente aos atuais temas de Direito de Família, a qual nas palavras de Fachin citado por Matos²⁰⁸, “Sem um padrão que imponha modelos preestabelecidos, o que se encontra é mais uma união de afeto e menos uma junção parental esquemática e fria”.

Há que se evidenciar que o artigo 1.636 do Código Civil de 2002 especifica a questão do poder familiar nas famílias recompostas:

O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro.
 Parágrafo único: igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou mãe solteiros que casarem ou estabelecerem união estável.

Assim, tem-se a disposição normativa que garante àquele que construir uma nova família o poder familiar sobre seus filhos de relação anterior, segundo Grisard Filho²⁰⁹,

Quando os pais biológicos são ativos na criação e educação de seus filhos, as funções de pais afins é de complementaridade, ou seja, integração de funções, suprimindo o paradigma da exclusividade do exercício da autoridade e que pode ser compartilhada com outras pessoas, avós, tias, babás, professoras ou pais e mães afins.

De qualquer maneira, todos os cuidados disponibilizados pelos pais afins, embora ativos os pais biológicos, influência na socialização e implica diversos cuidados, como assistência material, emocional, transmissão de valores e modelos de conduta.

Entretanto, apesar da família recomposta tratar-se de estrutura complexa, fonte de inúmeros conflitos que se originam pela definição de papéis dos novos pais afins e ambigüidade de regras, é uma entidade familiar presente em muitos lares

²⁰⁷ BRASIL. **Recurso especial nº 1106637**. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. 1º jun. 2010.

²⁰⁸ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Aspectos jurídicos das famílias homossexual, simultânea e recomposta. In: HIKONAKA, Giselda Maria Fernandes, TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando (Coords). **Direito de família e das Sucessões**. São Paulo: Método, 2009. p.400.

²⁰⁹ GRISARD FILHO, op cit., 2004, p. 658.

brasileiros, cabendo ao Estado proteger e afirmar claramente os direitos e deveres de cada um de seus integrantes, mantendo a família como centro de afeto, cooperação e solidariedade.

3.2.4 A Família Solidária

Dentre as mais novas entidades familiares, a família solidária ou ainda denominada “irmandade”, tem se constituído em objeto de tutela jurídica no Brasil.

Segundo Matos²¹⁰,

Trata-se daquelas realidades de convívio com esforço mútuo para a manutenção de pessoas que têm em comum a necessidade premente de auxiliar-se. Como exemplo menciona-se as pessoas de terceira idade que, em razão da ausência de possibilidade de seus parentes de atender-lhes, acabam encontrando em pessoas com as mesmas características um modo de conviver “como se família fossem.

Igualmente se apontam aqueles portadores de necessidades especiais, os quais adaptam casas, dividem prestadores de serviços de saúde (como enfermeiros e fisioterapeutas), entre outros aspectos para que consigam prover suas necessidades, coabitando em alto grau de solidariedade mútua. Ainda se pode mencionar as iniciativas de aproximação de famílias monoparentais – geralmente mulheres solteiras, viúvas ou divorciadas com a guarda de seus filhos -, as quais unem-se, até mesmo coabitando, de tal modo que pelo auxílio mútuo consigam continuar inseridas no mercado de trabalho e atendendo as necessidades das crianças, evitando-se, destarte, a necessidade precoce institucionalização das crianças (em creches, pré-escola, entre outras).

Para Pereira²¹¹, a família solidária se caracterizaria por ser aquela na qual mesmo que não esteja ligada por vínculos genéticos ou biológicos, cada um dos seus membros ocuparia um lugar e uma função, originando laços de convivência e vínculos afetivos, devendo haver, de acordo com Signorelli²¹², “a declaração de vontades de constituição de família e esta deverá ser realizada de maneira indubitosa”, uma vez que “seu reconhecimento importará aos indivíduos que a compõe as obrigações típicas do direito de família, tais como alimentos e sucessão”.

Tem-se assim que para a existência da família solidária se faz desnecessário os laços de consanguinidade, parentesco ou até mesmo afetivo-

²¹⁰ MATOS, op. cit., 2008, p. 1.

²¹¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: Uma Abordagem Psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey. 1997, p.13.

²¹² SIGNORELLI, Gerdal Tonassi. **A Família Solidária e seu Reconhecimento**. Disponível em: <<http://gerdalsignorelli.blogspot.com/2010/05/familia-solidaria-e-seureconhecimento.html>>. Acesso em: 17 mai. 2011.

sexual, bastando ser a reunião de pessoas com o objetivo de auxílio mútuo que se fundamentam no princípio do eudemonismo²¹³, uma vez que, “estruturas de convívio em nada se diferenciam da entidade familiar de um dos pais com seus filhos”²¹⁴, razão pela qual se impõe o reconhecimento legal desta para fins de proteção.

A legislação pátria ainda não tutela essa nova entidade familiar, porém, poderá tomar como modelo para seu reconhecimento legal o modelo do *pacte civil de solidarité* (PACS – pacto civil de solidariedade), instituído na França em 1999, constituindo-se em um contrato de direito de família para a organização da vida em comum de duas pessoas maiores do mesmo sexo ou de sexo diferentes, permitindo a criação de uma nova modalidade de família para todos os efeitos legais, como a obrigação de assistência mútua, solidariedade diante de uma obrigação contraída em favor da “família”, a possibilidade de adoção, de recebimento de benefícios previdenciários, satisfazendo assim também o princípio da dignidade da pessoa humana, defendido na Constituição de 1988.

Nesse sentido, cogitou-se no Brasil a existência familiar de pessoas de terceira idade que conviviam sob o mesmo teto denominando-os de irmãos sócio-afetivos e que a Desembargadora Maria Elza se pronunciou:

Direito de família. Ação declaratória de irmandade socioafetiva. Vínculos de parentesco de natureza fraternal. Impossibilidade jurídica do pedido. Ausência. Recurso provido. Adotando-se uma interpretação sistemática da Constituição da República, não se pode olvidar que a concepção de família encontra-se atrelada aos direitos e garantias fundamentais e claro, ao princípio maior da dignidade da pessoa humana. Além disso, mormente por ser a família uma realidade sociológica, que transcende o Direito, não resta dúvida que a CF, especialmente em seu artigo 226, consagra uma concepção aberta de família, a qual deve ser apurada mediante as peculiaridades de cada caso concreto. Nessa toada, levando-se em conta que a família contemporânea não se restringe a modelos fechados, tendo ainda, por sustentáculo a afetividade solidária, a discussão sobre a formação de vínculo de parentesco com base no afeto é, pelo menos, em tese possível, seja porque inexistente vedação que impeça a busca dos pretensos direitos, seja porque a pretensão encontra-se alicerçada em interpretação plausível de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais.²¹⁵

Destaca-se que o presente estudo sobre as famílias solidárias não possui o

²¹³(...) o eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento jurídico altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, como se infere da primeira parte do art. 8º, do art. 226 da Constituição da República Federativa do Brasil: o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos componentes que a integram (DIAS, op. cit., 2007, p.55).

²¹⁴ DIAS, id. ibid., 2007, p. 55.

²¹⁵ MINAS GERAIS. TJMG, Ap. Civ. 1.0024.05.816329-6/001, 13.07.2006.

escopo de esgotar e analisar a complexidade dessa nova entidade familiar por se tratar de um tema ainda pouco difundido e investigado pelos doutrinadores. Todavia, deve-se tentar demonstrar perante o ordenamento jurídico pátrio a validade e a amplitude da família solidária, buscando-se seu reconhecimento constitucional.

Por fim, deve-se enfatizar que a mudança dos paradigmas da família fez com que ela passasse do singular, formada unicamente pelo casamento, para o plural, reconhecendo-se a existência de várias entidades familiares. Dessa maneira, a Constituição Federal de 1988 não mais repetiu a norma de exclusão familiar de suas antecessoras, podendo-se afirmar que a interpretação correta do artigo 226 da Magna Carta leva à compreensão de que o Estado Brasileiro protege tanto as entidades familiares explícitas quanto as implícitas, as quais, mesmo tendo sido reconhecidas por meio de leis, decretos e jurisprudências, ainda não se encontram contempladas no texto constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao contextualizar-se a família sob a ótica do Direito Civil Codificado; abordou-se no presente estudo as transformações ocorridas no Direito de Família a partir da aplicação dos princípios constitucionais nas relações familiares, descrevendo-se então novas entidades familiares explícitas e implícitas na Constituição Federal de 1988.

No decorrer do trabalho foi possível observar que o patriarcalismo foi o modelo que norteou durante séculos a família, vista como núcleo econômico e de reprodução, o qual entrou em crise durante o século XX, quando a mulher passou ter maior importância na família, na sociedade e no mercado de trabalho, deixando de ser tão somente a responsável pelo lar e pelos filhos, passando a lutar pelo direito de igualdade com os homens; direito este proclamado no texto constitucional de 1988.

Com o processo de Constitucionalização do Direito ocorreu a despatrimonialização do Direito de Família e a repersonalização das relações familiares, ou seja, da valorização do patrimônio, passou-se a valorizar o indivíduo enquanto pessoa humana em sua dignidade, igualdade e afetividade.

O princípio da afetividade é apontado atualmente como principal fundamento das relações familiares. Mesmo não contendo a palavra afeto na Constituição Federal como um direito fundamental, pode-se dizer que o afeto decorre da valorização constante da dignidade humana. Encontram-se na Constituição Federal algumas referências, cuja interpretação sistemática conduz ao princípio da afetividade, o qual constitui a evolução social da família.

O reconhecimento da pluralidade de diversas formas de constituir família tornou-se uma nova realidade social no Direito de Família brasileiro, a partir da Constituição de 1988. A aplicação dos dispositivos de tutela e proteção às diversas entidades familiares requer uma interpretação criativa e aberta por parte do intérprete, devendo se ajustar aos diversos conflitos familiares presentes na sociedade, fundando-se as decisões nos princípios da dignidade da pessoa humana, da afetividade, da liberdade e da igualdade.

A família se constitui um fenômeno da natureza e da cultura, que tem

passado por renovadas transformações, sobretudo às que são submetidas as novas entidades familiares. Isto se deve à necessidade de responder às exigências cada vez maiores, de realização do indivíduo no plano afetivo e relacional.

A pluralidade suscitou que a Constituição elencasse explicitamente também como entidades familiares o reconhecimento da união estável e da família monoparental; entretanto com os avanços socioeconômicos, sociais e culturais, novas entidades familiares implícitas passaram a se configurar, requerendo a proteção e tutela do Estado para garantir a dignidade da pessoa humana, seja nas famílias simultâneas, uniões homoafetivas, famílias recompostas ou solidárias, frutos da convivência afetiva entre seus membros.

A forma legal de se constituir uma família através do casamento válido, há tempos já não é mais a única forma de família aceita na sociedade e no ordenamento jurídico. Assim, considerando-se o conceito de família e sua amplitude, observa-se que ele aumentou as possibilidades de construção de família sob as mais diversas formas, perante a sociedade.

A família atual é baseada nas relações de carinho e amizade entre seus membros. É o lugar em que as pessoas se sentem amparadas, protegidas das pressões econômicas e da agitação e esgotamento provocado pelo trabalho. A família é menor e mais unida em afeto e solidarismo.

A dignidade humana, bem maior a ser por todos obtida, e especificamente dos membros de uma família, está intimamente relacionada à igualdade e a liberdade de todos e à solidariedade de uns para com os outros.

Desta forma, no tocante às relações familiares, exige-se que as normas infraconstitucionais espelhem os princípios e valores consignados na Constituição Federal, conformando-se a ela o intérprete, o aplicador do Direito. É a Constituição Federal a depositária dos fundamentos da sociedade atual, na qual a família merece tutela na medida em que valoriza o sentimento do ser humano à instituição supraindividual.

Quanto à família atual, os dispositivos da Constituição Federal encontram-se em consonância com a mesma, voltados para a satisfação de exigências prevalentemente solidaristas e de dignificação do ser humano; daí a importância do entendimento de que a Constituição Federal é a lei fundamental da família.

Compreender as transformações no Direito de Família deve ter como premissa a construção e a aplicação de uma nova cultura jurídica, principalmente

em relação à proposta de proteção às entidades familiares, estabelecendo um processo de repersonalização destas relações, tendo como sua maior preocupação, a manutenção do afeto.

Desse modo, o desafio lançado pelo Direito de Família contemporâneo consiste em aceitar o princípio democrático da pluralidade na formação de entidades familiares e, respeitando as diferenças intrínsecas de cada uma delas, efetivar a proteção e promover os meios para resguardar os interesses da parte, conciliando o respeito à dignidade humana, o direito à intimidade e à liberdade com os interesses sociais.

Assim, o texto constitucional deve ser interpretado embasado nos princípios da liberdade e da igualdade, os quais abarcam o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo como finalidade igualar todas as entidades familiares e libertá-las de qualquer preconceito permitindo que o cidadão possa escolher a entidade familiar que melhor corresponda a sua realização existencial.

Percebe-se, portanto, que o reconhecimento do afeto nas relações familiares, a construção da igualdade entre homem e mulher e a aceitação da pluralidade na forma de constituição de família vêm representar grandes desafios, frente a uma tradição conservadora em negar-se às novas realidades existentes, porém tudo parece apontar para uma consagração do afeto e da dignidade da pessoa humana em uma concepção aberta e plural do Direito e da família.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Famílias simultâneas e concubinato adúltero In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 143-163.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Os princípios constitucionais e sua aplicação nas relações jurídicas de família. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JR., Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de (Coord.). **Famílias no direito contemporâneo**: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo, Pernambuco: Jus Podim, 2010, p. 29-46.

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático, **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, p. 67-79, 1999.

AMARAL, Francisco. A Descodificação do Direito Civil Brasileiro, **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, v. 8, n.4, p. 545-657, out./dez. 1996.

ANGELUCI, Cleber Affonso. Amor tem preço? **Revista CEJ**, Brasília n. 35, p.47-53, out. /dez. 2006.

ARIÈS, Philippe; CYBY, George. **História da vida privada**. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 1991, v. 1.

ALVES, Adenir Mateus et al. **Direito Canônico? Sua origem e influência no Brasil**. 2010. Disponível em: < <http://www.webartigos.com/artigos/direito-canonical-sua-origem-e-influencia-no-brasil/51432/> >. Acesso em: 11 dez. 2011.

BAHIA. STF, 1ª turma, **REsp 397.628-8**. Relator min. Marco Aurélio. 3 de junho de 2008.

BAPTISTA, Silvio Neves. União Estável de pessoa casada. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). **Questões controversas no direito de família e das sucessões**. São Paulo: Método, v.3, 2005. p. 301-313.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BARSTED, Leila Linhares. A Legislação Civil sobre Família no Brasil. In: BARSTED, Leila Linhares; HERMANN, Jacqueline. **As Mulheres e os Direitos Civis**. Coletânea Traduzindo a Legislação com a Perspectiva de Gênero. Rio de Janeiro: Cepia, 1999, p. 9-26.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de Família** – Edição Histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

BITTAR, Carlos Alberto. Novos rumos do direito de família. In: BITTAR, Carlos Alberto. (Coord.) **O Direito de Família e a Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BRASIL. **Ação declaratória de nulidade**. Relator: Santini Teodoro. 15 abr. 2008.

_____. **Ação Direta de Preceito Fundamental nº 132/ADI 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. 5 maio 2011.

_____. **Agravo Regimental nº 808.069**. Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior. 2007.

_____. **Decisão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça** – STJ, no REsp 27483/SP, de 04/03/1997, publicada no DJ, de 07/04/1997, p. 11.112.

_____. **Recurso especial nº 1106637**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 1º jun. 2010.

_____. **Recurso Especial nº 789.293**. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes. 2006.

_____. **Recurso especial nº 889.852**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 2010.

_____. **Recurso especial nº 807.849**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 09 abr. 2010.

_____. **Recurso Especial REsp 820475 RJ 2006/0034525-4** (STJ). Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, 02 set. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 132/2011**. Rio de Janeiro, Rel.: Min. Ayres Britto – julgado em 05 mai. 2011, DJ 14 out. 2011.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1104316**. 18 maio 2009.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 474.962**. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 2003.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo; SCHIOCCHET, Taysa. **O reconhecimento jurídico das uniões estáveis homoafetivas no Direito de Família brasileiro**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1785>. Acesso em: 13 maio 2011.

BRUNO, Cássio. Brasil tem hoje 60 mil casais gay com união estável. **O Globo**, 2011. <http://oglobo.globo.com/politica/brasil-tem-hoje-60-mil-casais-gay-com-uniao-estavel-2790104#ixzz1htSaqeB3>. Acesso em: 12 set. 2011.

BRUSCHINI, Cristina. Teoria crítica da família. In: AZEVEDO, Maria Amélia. **Infância e violência doméstica**: fronteiras do conhecimento. São Paulo: Cortez, 1995. p. 49-79.

CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de Direito da Família e das Sucessões**. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luis Edson (Org.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.273-313.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2006. v.5.

CORRÊA, Darcísio. **A construção da cidadania**. Ijuí: Unijuí. 1999.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. O Direito de Família no Projeto do Código Civil. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira (Coords.). **Repertório de Doutrina sobre Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 222-243.

DEL PRIORE, Mary (Org.). **História das mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 1997.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. São Paulo: RT, 2009,

_____. Família, ética e afeto. **Consulex**, Brasília, n.174, p.34-35, abr. 2004.

_____. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: RT, 2007.

_____. **União homossexual**: o preconceito & a justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

DONADEL, Adriane. Efeitos da Constitucionalização de Direito Civil no Direito de Família. In: PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel (Org.). **Tendências constitucionais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

DROPA, Romualdo Flávio. Uniões homoafetivas, dignidade humana e os direitos fundamentais. In: FACHIN, Zulmar. **Direitos fundamentais e cidadania**. São Paulo: Método, 2008, p. 201-228.

FACHIN, Luis Edson. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo código civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Elementos críticos do direito de família**: curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Família, direito e uma nova cidadania**. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Luiz_edson/Familia.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2011.

_____. O avesso da mulher no Direito. **Cadernos da Pós-graduação da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, ano I, n. 1, p. 87-96, set. 1995.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

FIUZA, César; MARQUES, Emanuel Adilson. Constitucionalização do Direito das Obrigações. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 8, p. 87-108, jul./dez., 2006.

FREYRE, Gilberto. **Sobrados e mucambos**: decadência do patriarcado rural e desenvolvimento do urbano. 5. ed. Rio de Janeiro: J. Olympio INL, 1977.

FUGIE, E. H. A união homossexual e a Constituição Federal. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 15, p. 131-150, out./dez. 2002.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito de família brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo**. Uma espécie de família. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.

GIERUS, Friederich. **Casamento é coisa do mundo**. Disponível em: <<http://www.jornalocaminho.com.br/noticia.php?edicaoold=24&cadernold=5¬iciald=1196>>. Acesso em: 12 abr. 2011.

GIUDICE, Iara Lima. **Modelo clássico de família esculpido no código civil de Bevilacqua e os paradigmas da nova família a partir da constituição federal de 1988 até nossos dias**. 2008. Disponível em: <<http://www.soartigos.com/artigo/839/Modelo-Classico-de-familia-esculpido-no-Codigo-Civil/>>. Acesso em: 02 jul. 2011.

GLANZ, Semy. **A família mutante – sociologia e direito comparado**: inclusive o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 157-158.

GOECKS, Renata Miranda; OLTRAMARI, Vitor Hugo. **A possibilidade do reconhecimento da união estável putativa e paralela como entidade familiar, frente aos princípios constitucionais aplicáveis**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6123>. Acesso em: 22 ago. 2011.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro**. Salvador: Progresso, 1958.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 6.

GRISARD FILHO, Waldyr. Famílias reconstituídas: novas relações depois das separações. Parentesco e autoridade parental. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). **Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 658.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W. Família. In: Institut für Sozialforschung, Frankfurt (Org.). **Temas básicos da sociologia**. São Paulo: Cultrix, 1956.

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Estudo da Amostra de Domicílios**. Brasília: IPEA, 2010.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado: direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v.5.

_____. **Famílias monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Tratado de Direito de Família**: Origem e evolução do casamento. Curitiba: Juruá, 1991. v. L.

LIMA, George Marmelstein. **As funções dos princípios constitucionais**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2624>>. Acesso em: 10 mai. 2011.

LISBOA, Roberto Senise. Dano moral e os direitos da criança e do adolescente. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 118, abr./jun., 1993. p. 451-742.

MARKY, Thomas. **Curso elementar de direito romano**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARQUES, Claudia Lima *et. al.* **Igualdade entre filhos no direito brasileiro atual: direito pós-moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Aspectos jurídicos das famílias homossexual, simultânea e recomposta. In: HIKONAKA, Giselda Maria Fernandes, TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando (Coords). **Direito de família e das sucessões**. São Paulo: Método, 2009.

_____. “Novas” entidades familiares e seus efeitos jurídicos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família e Solidariedade**: Teoria e Prática do Direito de Família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina**. Rio de Janeiro: Fenovar, 2000.

_____. **União entre pessoas do mesmo sexo**: aspectos jurídicos e sociais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito de constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MINAS GERAIS. TJMG, **Apelação Cível**. 1.0024.05.816329-6/001, 13.07.2006.

_____. **Apelação Cível nº 10017.05.016882-6/003**. Relatora: Desembargadora Maria Elza, 10 dez. 2008.

_____. **Apelação Cível nº 1193033-38**. Relator: Desembargador Eduardo Andrade. 2008.

MORAES, Maria Cecília Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista Estado, Direito e Sociedade**, Rio de Janeiro: PUC-Rio, v. 1, [s.p.], 1991.

_____. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Civil**, local, n.65, p. 21-32, 1993.

_____. **O Princípio da solidariedade**. Disponível em: <<http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca9.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2011.

_____. A família democrática. **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, Belo Horizonte (MG), p. 26-29, out. 2005.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NETTO LÔBO, Paulo Luiz. **As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 722, 27 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6929>>. Acesso em: 6 mar. 2012.

_____. Constitucionalização do Direito Civil. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999.

_____. **Direito civil: família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numeros clausus*. In: PEREIRA, Rodrigues Cunha (Coord.). **Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Repensando o Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Família e Cidadania. O novo CCB e a vacatio legis. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. **O ensino de Direito de Família no Brasil**. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 15 jan. 2011.

_____. Princípio da solidariedade familiar. **Revista Brasileira das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, p. 144-159, out./nov., 2007.

_____. Princípio jurídico da afetividade na filiação. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **A família na travessia do milênio**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito, do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito**. Coimbra: Suplemento do Boletim da Faculdade de Direito da Faculdade de Coimbra, 1987,

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **União estável: do concubinato ao casamento - antes e depois do novo Código Civil.** 6. ed., São Paulo: Método, 2003.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 5.

_____. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família.** 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 5.

_____. **Reconhecimento da paternidade e seus efeitos.** Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREIRA, Johann Paulo Castello. **Direito constitucional das obrigações.** Disponível em: <<http://www.nobel.br>>. Acesso em: 02 jan. 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Da união estável: Direito de família e o novo Código Civil.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. **Direito de Família: Uma Abordagem Psicanalítica.** Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

_____. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família.** 2004, 157 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.

_____. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PEREIRA, Sumaya. **Direitos fundamentais e relações familiares.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil.** Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERROT, Michelle. **História da vida privada.** São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

PRADO JÚNIOR, Caio. **Formação do Brasil contemporâneo.** 24. ed. São Paulo: Brasiliense, 1996.

PROBST, Elisiana Renata; RAMOS, Paulo. A evolução da mulher no mercado de trabalho. **Instituto Catarinense de Pós-Graduação,** 2008. Disponível em: <<http://www.posuniasselvi.com.br/artigos/rev02-05.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2011.

RIBEIRO, Simone Clós Cesar. **As inovações constitucionais no Direito de Família.** Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3192>>. Acesso em: 11 dez. 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Agravo de instrumento nº 70043120476. Relator: Alzir

Felipe Schmitz. **Diário da Justiça**, RS, 8 jun. 2011.

_____. **Agravo interno nº 70045138054**. Relator: Jorge Luis Dall’Agnol. 9 nov. 2011.

_____. **Apelação Cível nº 70032101727**. Relator: José Ataídes Siqueira Trindade. 12 nov. 2009.

_____. **Apelação Cível nº 70043120476**. Relator: Alzir Felipe Schmitz. 6 jun. 2011.

_____. **Embargos infringentes nº 70013876867**. Relator: Desembargador Luiz Ari Azambuja Ramos. 10 mar. 2006.

_____. Tribunal Regional Federal. **Apelação Cível nº 2000.71.00.009347-0**. Relator: João Batista Pinto Silveira. 27 jul. 2008.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

ROUDINESCO, Elizabeth. **A família em desordem**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 2003.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianowski. **Famílias simultâneas**: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. **A mulher na sociedade de classes**: mito e realidade. São Paulo: Quatro Artes, 1969.

SANTOS, Eleniza S. Viana. Uma análise dos diversos arranjos familiares da atualidade. **Webartigos**. 2010. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/uma-analise-dos-diversos-arranjos-familiares-da-atualidade/40312/>>. Acesso em: 15 jan. 2011.

SANTOS, Jonabio Barbosa dos; SANTOS, Morgana Sales da Costa. Família monoparental brasileira. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 10, n. 92, p.1-30, out. 2008/ jan. 2009.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação nº 994092806243**. Relator: Francisco Loureiro. 2010.

SIGNORELLI, Gerdal Tonassi. **A Família Solidária e seu Reconhecimento**. Disponível em: <<http://gerdalsignorelli.blogspot.com/2010/05/familia-solidaria-e-seureconhecimento.html>>. Acesso em: 17 mai. 2011.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina civil-constitucional das relações familiares**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira. ***Studia Iurídica – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra***, Coimbra: Coimbra Editora, n.48, [s. p.], 2001.

_____. **Temas de Direito Civil**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, Maria Del Rosario. El impulso de las mujeres em La transformación del Derecho de família. In: RUBIO, Maria Paz García; FERNÁNDEZ, Maria Del Rosario Valpuesta (Coords.). **El levantamiento del velo**: las mujeres em el derecho privado. Valência: Tirant lo Branch, 2011, p. 385-398.

_____. La encrucijada de la familia: entre la realidad social y el Derecho. In: CAMPOY, Juan Manuel Abril; AMATLLARI, María Eulalia (Coords.). **Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 2.415-2.421.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v.5.

_____. **Direito civil**: parte geral. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v.1.

_____. **Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2004.