

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ- UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E EXTENSÃO – ProPPEX
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ
PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

UM NOVO PARADIGMA JURÍDICO SOBRE A FAMÍLIA:
a ruptura do paradigma patrimonialista e a fundação de um paradigma
centrado na afetividade e dignidade humana

Rosa Maria dos Santos Manerick

Dissertação submetida à Universidade
do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito
final à obtenção do título de Mestre em
Ciência Jurídica.

Orientadora: Professora Doutora Maria da Graça dos Santos Dias

Itajaí [SC], janeiro de 2007

AGRADECIMENTOS

Á Deus, base sólida de todas as minhas caminhadas.

A homenagem da mais profunda gratidão aos meus pais, Laudelino Manerick e Lídia Ivone dos Santos, minha admiração pelos vinte e oito anos vividos em união estável, como se casados fossem, um exemplo vivo de que o afeto é o verdadeiro elemento que une.

Á toda minha família, meu porto seguro, em especial, a Diulinda, meu Tio Denílson Moratelli e Beatriz Moratelli, que de maneira muito especial colaboraram nas horas mais difíceis. Á minha sócia-irmã Susane Zanatta, pela força diária, o apoio sem medida, nos momentos cruciais desta empreitada, com quem compartilho esta conquista, juntamente com meus estagiários Fábio e Juliana.

À querida e única professora Doutora Maria da Graça dos Santos Dias, a qual foi a melhor orientadora e amiga, a quem terei meu eterno respeito e consideração, pela pessoa “simplesmente brilhante” que é!

A todos os professores, amigos e colegas, que estiveram presentes nesta caminhada, colaborando de forma direta ou indireta para esta vitória.

Aos ilustres professores do Curso de Mestrado da Univali, os quais com sua dedicação e humildade científica propiciaram a essa mestranda um maior amadurecimento intelectual. Bem como, à equipe da administração do curso que sempre com todo carinho e dedicação ouviam e solucionavam as nossas angústias acadêmicas.

DECLARAÇÃO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, a Coordenação do Curso de Pós-Graduação *stricto sensu* em Ciência Jurídica [CPCJ/UNIVALI] ou a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora, o Orientador e o Co-Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí (SC), janeiro de 2007.

Rosa Maria dos Santos Manerick

Mestranda

SUMÁRIO

RESUMO	vi
ABSTRACT	vii
INTRODUÇÃO	1

CAPÍTULO 1

ASPECTOS HISTÓRICOS EVOLUTIVOS DA FAMÍLIA

1. 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	4
1.2 A FAMÍLIA ROMANA CLÁSSICA – características evolutivas	7
1.3 O CRISTIANISMO E A FAMÍLIA	11
1.4 O ROMPIMENTO ENTRE IGREJA E ESTADO E A INFLUÊNCIA DO ESTADO NA FAMÍLIA	17
1.5 A FAMÍLIA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	21
1.5.1 O Casamento	21
1.5.2 A Família na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o Código Civil Brasileiro de 1916	24
1.5.3 A Família no Novo Código Civil Brasileiro de 2002	28
1.6 A PERMANÊNCIA DOS INTERESSES PATRIMONIAIS NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA, CONFORME A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	36

CAPÍTULO 2

A CRÍTICA AO PARADIGMA PATRIMONIAL E CONTRATUALISTA DA FAMÍLIA A PARTIR DO REFERENTE DA AFETIVIDADE

2.1 O AFETO: elemento fundante das relações de família	40
2.2 UMA REFLEXÃO SOCIOANTROPOLÓGICA SOBRE O AFETO	43

2.3 UMA REFLEXÃO DA PSICANÁLISE SOBRE O AFETUAL.....	52
2.4 DAS NOVAS FORMAS DE FAMÍLIA FUNDADAS NO AFETO.....	58
2.5 A FUNÇÃO ATUAL DA FAMÍLIA.....	65

CAPÍTULO 3

O PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUA EFETIVIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA

3.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	72
3.2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO DE FAMÍLIA	73
3.3 AS RELAÇÕES DE FAMÍLIA NO FUNDAMENTO NA AFETIVIDADE	81
3.4 A CONTRIBUIÇÃO DA POLÍTICA JURÍDICA NA CONSTRUÇÃO DE UM NOVO DIREITO DE FAMÍLIA	93
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	98
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	102

RESUMO

O tema central deste trabalho é a análise de um novo paradigma para o Direito de Família através da fundação de um modelo afetual. As múltiplas possibilidades de modelos familiares situam-se no contexto histórico do declínio do patriarcalismo, mudanças econômicas, novas tecnologias e a compreensão das subjetividades desejantes. É neste contexto que o Direito de Família está reescrevendo nova realidade. Em outras palavras, tornou-se inconcebível construir qualquer doutrina, texto normativo ou jurisprudência para o Direito de Família sem que esteja contextualizado em uma concepção afetual, do estar-junto. Através do método dedutivo trazer-se-á uma breve narrativa da Família Romana, da Reforma Protestante e da Revolução Francesa. Passar-se-á, para a análise da Família Brasileira, desde sua formação clássica, pelo Casamento, até a necessidade do reconhecimento das novas formas de Família já existentes. Todas estas análises serão acompanhadas do estudo da Família na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, do Código Civil de 1916 e do Novo Código Civil Brasileiro de 2002. Buscar-se-á constituir o afeto, como novo paradigma das relações familiares, através de uma reflexão socioantropológica e psicanalítica sobre o afetual. Posteriormente, analisar-se-á a necessidade de superação do paradigma patrimonialista no Direito de Família, haja vista a prevalência dos interesses patrimoniais na antiga legislação brasileira. Buscar-se-á analisar as formas de família e a função atual da família brasileira fundamentada no paradigma Afetual. Correlacionando-o ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana, e enfatizando a contribuição da Política Jurídica na reconstrução de um novo Direito de Família.

ABSTRACT

The central focus of this work is the analysis of a new paradigma to family rights through the affectual model. The multiple possibilities of family models are due to the historical context of the patriarchal decline, economical changes, new technologies and the subjective wishes comprehension. It is in this context that the family Rights are rewriting a new reality. In other words, it is not possible to build in any thought, normative text or jurisprudence to the family Rights without the affectual conception. Through the deductive method a brief narrative of the Roman family, the protestant rebuild and the French revolution will be told, followed by the Brazilian family, since its classical formation, through marriage, up to the necessity of the new recognized family configuration nowadays. Whole analysis are supported by the teaching of the Federative Republic of Brazilian Constitution, the 1916 Civil Code and the 2002 New Civil Brazilian Code. Afection is pursued as the new paradigma of the family liason, through the socialantropological psychanalytical reflexion of afection. After that, it is seen the patrimonialist paradigma of the family rights, considering the prevalence of the patrimonial interests of the older Brazilian laws. It is analysed the family configuration and nowadays affectual bases linked to the Human Being Dignity, emphasizing the Law Politics in the new family Rights rebuild.

INTRODUÇÃO

O homem desde os primórdios da história busca sua evolução como ser humano, assim como para seus familiares, através da inserção como ser social.

Nessa longa trajetória, a Família aparece como criação capaz de suprir as necessidades materiais, psicológicas e afetivas de seus membros.

Há um entendimento geral de que a Família necessita de atenção e, de fato tem atraído os olhares de psicólogos, assistentes sociais, pedagogos, e principalmente dos profissionais da área jurídica que devem cada vez mais buscar por uma sensibilidade apurada ao lidar com as relações familiares.

O Direito de Família é um dos ramos do Direito que mais sofreu e vem sofrendo alterações no último século, em todo mundo ocidental. Essas mudanças estão associadas ao declínio do patriarcalismo que, por sua vez, tem suas raízes históricas na Revolução Francesa e na Revolução Industrial, que marcaram um novo ciclo histórico: a Idade Contemporânea. A legislação, no Brasil em particular, mal tem acompanhado esta evolução, embora o Direito de Família brasileiro esteja, hoje, entre os mais avançados do mundo.

Com todas essas mudanças, especialmente nos costumes e na “liberalização sexual”, começou-se a pensar que a família entrou em crise, em desordem. É natural que em meio a um *processo histórico*, e que ainda estamos vivenciando, tenhamos um olhar temeroso e pessimista às mudanças. É compreensível que as coisas novas amedrontem, mas o processo é de uma evolução histórica, e não de decadência. As turbulências do caminho são decorrências naturais.

Sociólogos, antropólogos, economistas ou psicanalistas não têm a fórmula certa para dizer ao Direito como legislar face a essa nova realidade. Como organizar juridicamente a família, se não há mais uma única forma de família, mas várias?

Ela deixou sua forma singular e agora é plural, como a Constituição da República de 1988 já expressou em seu art. 226.

Em meio a este pluralismo de constituição de famílias e apesar das tentativas de apreensão, sobretudo pelos códigos, como muito bem nos lembra o jurista Luiz Edson Fachin.

Os fatos acabam se impondo perante o Direito e a realidade acaba desmentindo esses mesmos *códigos*, mudanças e circunstâncias mais recentes têm contribuído para dissolver a 'névoa da hipocrisia' que encobre a negação de efeitos jurídicos. Tais transformações decorrem, dentre outras razões, da alteração da razão de ser das relações familiares, que passam agora a dar origem a um berço de afeto, solidariedade e mútua constituição de uma história em comum¹.

No Direito de Família, hoje, constatamos que a família, além de plural, está em movimento, desenvolvendo-se para a superação de valores e impasses antigos.

Assim, procurar-se-á analisar o posicionamento jurídico e doutrinário sobre a Família Brasileira, destacando, nessa pesquisa bibliográfica, a transição do modelo clássico de Família para uma nova realidade social constitucionalizada a qual recepciona a igualdade dos membros. Adotar-se-á o método² investigatório dedutivo³.

Para tanto, delimitar-se-á o tema, buscando investigar a evolução histórica da Família, partindo da sua origem Romana, passando pela influência do Cristianismo e da Igreja Católica, da Reforma Protestante e da Revolução Francesa. Para então, adentrar-se na análise sobre a Família Brasileira, abordando sua constituição e suas mudanças.

Abordar-se-á nesta dissertação, brevemente, no primeiro capítulo, além dos aspectos históricos já apontados, a previsão constitucional no que tange ao Direito

¹ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 327.

² Entende-se por método a base lógica da dinâmica da investigação científica. PASOLD, César Luiz. **Prática da pesquisa jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito. Florianópolis: OAB/SC, 2001. p. 87.

³ Entende-se por método dedutivo ao se estabelecer uma formulação geral e, em seguida, se busca as partes do fenômeno de modo a sustentar a formulação geral; este é denominado método dedutivo. PASOLD, César Luiz. **Prática da pesquisa jurídica**. Op. cit. p. 87.

de Família, e comparativamente o Código Civil de 1916 e o Novo Código Civil de 2002, demonstrando a visão patrimonialista da legislação familiar pátria, além das perspectivas atuais.

No segundo capítulo, analisar-se-á a Família através de um novo paradigma, o *afetual*, criticando o modelo patrimonial e contratualista que ainda prevalece na legislação pátria, e da necessidade de uma reflexão socioantropológica e psicanalítica a respeito do tema. Buscando-se, ainda, analisar as novas formas de família e a função atual da família brasileira.

Posteriormente, no terceiro capítulo, verificar-se-á a importância do princípio da dignidade da pessoa humana para entendimento do paradigma *afetual* nas relações de família e da necessidade de efetividade deste princípio no Direito de Família atual. Seguindo esta linha de raciocínio, analisar-se-á as relações de família com fundamento na afetividade, e da primordial contribuição da Política Jurídica na construção de um novo Direito de Família.

Por último, apresentar-se-á as considerações finais a que se chegou, após a realização da pesquisa, bem como, se indicará as referências bibliográficas do trabalho realizado.

CAPÍTULO 1

ASPECTOS HISTÓRICOS EVOLUTIVOS DA FAMÍLIA

1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A origem da família está definitivamente envolvida em um mistério, visto sua primeira existência ser de época desconhecida e não registrada documentalmente, sendo por certo um aparecimento que remonta há muitos séculos passados.

Exordialmente ressalta-se que, partindo da concepção de instituição ou organismo, percebe-se multifacetada a conceituação do que seja família, tanto por ser uma abordagem inerente a uma série de ciências humanas, quanto ao mundo jurídico, haja vista a repercussão dessa instituição, nos mais diversos ramos do Direito⁴. Do mesmo modo, como forma de agrupar o ser humano, a família passou por profundas transformações, o que levou, conseqüentemente, a uma reestruturação em seu conceito.

Para Cristina de Oliveira Zamberlam conceituar família é tarefa cada vez mais difícil, pois é preciso “de uma atualização e de um remodelamento do pensar e do entender esta entidade”,⁵ decorrente das alterações na estrutura familiar atual, com a aparição de novas formas familiares.

A Família na Antigüidade era constituída por um grupo de pessoas caracterizadas apenas por hábitos idênticos de convivência e conveniência.

Segundo Aristóteles⁶ comparando a origem e o desenvolvimento dos outros seres vivos, a união entre homem e mulher não é uma idéia preconcebida, mas tão somente “inspira-lhes a natureza como aos outros animais e até mesmo às plantas, o desejo de deixarem após si um ser que se lhes assemelhe”.

É mister salientar que a formação da família é matéria cheia de controvérsias, e dentre as teorias propostas, jurídicas, religiosas, sociológicas e

⁴ GAMA, Guilherme Camon Nogueira da. **O companheirismo: uma espécie de família**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 38.

⁵ ZAMBERLAM, Cristina de Oliveira. **Os novos paradigmas da família contemporânea: uma perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar. 2001. p. 8.

⁶ ARISTÓTELES. **A política**. Tradução: Nestor Silveira Chaves. Introdução Ivan Lins. 15.ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1988. p.13.

biológicas, subsiste a mesma interpretação fundada na idéia de que a questão da atração sexual é a origem da manutenção da espécie e sua conseqüente evolução.

Para Pontes de Miranda⁷ as principais teorias sobre a origem da família são:

a) teoria da monogamia originária, pregada por muitos zoólogos e etnólogos, entre os quais Charles Darwin, em seus trabalhos sobre a origem do Homem, H. E Ziegler, reduzindo o amor mútuo entre os casados e o amor dos pais quanto aos filhos a dos psicológicos irresistíveis, crê que esses impulsos instintivos regeneram e hão de reger, sempre, o gênero humano; b) teoria da promiscuidade primitiva, sustentada por J.J. Bachofen; c) Teoria das uniões transitórias, isto é, o homem e a mulher permaneciam juntos algum tempo após o nascimento do filho.

De todas as teorias, a proposta sociológica de Engels⁸ é a que mais repercussão científica apresenta nos meios acadêmicos. Para esse filósofo a família desde a pré-história passou por diversas fases de evolução, sendo uma das características a restrição das relações sexuais entre os grupos de pessoas.

Com as restrições sexuais oriundas da Família consangüínea⁹ e posteriormente com a Família punasluana¹⁰, o círculo das pessoas que podiam se relacionar entre si foi se restringindo. As relações entre homem e mulher

⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito de família**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Booksellers, 2001. p.62.

⁸ ENGELS, Friedrich. **A origem da Família, da propriedade privada e do Estado**. Tradução Leandro Konder. 14. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997.

⁹ “Famílias consangüíneas: a primeira etapa da Família. Nela, os grupos conjugais classificaram-se por gerações: todos os avôs e avós nos limites da Família, são maridos e mulheres entre si; o mesmo sucede com seus filhos, quer dizer, com os pais e mães; os filhos destes, por sua vez, constituem o terceiro círculo de cônjuges comuns; e seus filhos, isto é, os bisnetos dos primeiros, o quarto círculo. Nessa forma de Família, os ascendentes e descendentes, os pais e filhos, são os únicos que, reciprocamente, estão excluídos dos direitos e deveres do matrimônio. Irmãos e irmãs, primos e primas, em primeiro, segundo e restantes graus, são todos, entre si, irmãos e irmãs e por isso mesmo maridos e mulheres uns dos outros.” In: ENGELS, Friedrich. Op. cit, p. 37/38.

¹⁰ “A Família punasluana era a Família que excluiu os pais e filhos das relações sexuais recíprocas, o segundo foi a exclusão dos irmãos.” In: ENGELS, Friedrich. Op. cit, p. 39.

foram se solidificando. E destas uniões baseadas no costume, originou-se a Família sindiásmica¹¹, onde os laços eram facilmente dissolvidos.

Em todas estas formas de família por grupos, não se podia ter a certeza de quem era o pai de uma criança, mas sabia-se quem era a mãe. Assim, onde existia o matrimônio por grupos a descendência só podia ser estabelecida do lado materno.¹²

Expressa Hélio Borghi¹³ que se costumava chamar como formação de família, toda esta promiscuidade primitiva, mas “não se pode admitir que sejam realmente formas de família. Conforme o caso, de acordo com o grau a que se desça na escala social, será antes uma modalidade de prostituição do que, propriamente, forma de família”.

Por outro lado, Friedrich Engels¹⁴, respondendo as críticas da época (1891), teceu o comentário: “ultimamente, passou a ser moda negar esse período inicial na vida sexual do homem. Pretendem poupar à humanidade essa vergonha”.

Entretanto, com a preocupação da manutenção do patrimônio adquirido pelos homens, os grupos começaram a se preocupar com as suas relações sexuais, restringindo-as a relações monogâmicas¹⁵ e alterando a relação parental para a linha paterna.

Imprescindível para a iniciação do estudo da Família o entendimento das contribuições da Família Romana, do surgimento do Cristianismo e do rompimento entre a Igreja e o Estado, no sentido de observar estas conjunturas e suas conseqüências na estrutura familiar, sendo todas objeto de apreciação no presente capítulo.

¹¹ “A Família sindiásmica representava a Família oriunda das relações entre homem e mulher sem vínculo de parentesco, ou seja, não poderiam mais ter relações conjugais, pais e filhos e irmãos e irmãs”. In: ENGELS, Friedrich. Op. cit, p. 48.

¹² ENGELS, Friedrich. Op. cit. p. 43.

¹³ BORGHI, Hélio. **Casamento e união estável: formação, eficácia e dissolução**. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2001. p. 22.

¹⁴ ENGELS, Friedrich. **A origem da Família, da propriedade privada e do Estado**. p.32.

¹⁵ A Família monogâmica baseia-se no predomínio do homem, onde a sua finalidade é de ter filhos cuja paternidade seja indiscutível. ENGELS, Friedrich. Op. cit, p. 66.

1.2 A FAMÍLIA ROMANA CLÁSSICA – características evolutivas:

A Família Romana surgiu como uma entidade ampla e hierarquizada. Perpetuava-se através de cultos familiares, possuindo uma base patriarcal, sujeitando-se ao comando de um chefe.

No dizer de Miranda:

“A palavra Família, aplicada aos indivíduos, empregava-se no Direito Romano em acepções diversas. A palavra Família também se usava em relação às coisas, para designar o conjunto do patrimônio, ou a totalidade dos escravos pertencentes a um senhor [...] em sentido especial, compreende o pai, a mãe os filhos; e tomada em um sentido geral compreende todos os parentes. Às vezes exprimia a reunião das pessoas colocadas sob o poder pátrio ou a *manus* de um chefe único. A Família compreendia, portanto, o *pater familias*, que era o chefe, os filhos ou não, submetidos ao pátrio poder, e a mulher in *manu*, que se considerava em condição análoga à de uma filha.”¹⁶

Em Roma, portanto, a família centrava-se no poder do *pater familias* que era o ascendente vivo mais velho. Ele era detentor total do poder, pois nele concentrava-se o poder e autoridade política, religiosa, jurisdicional e econômica, estando seus descendentes condicionados sob o *patria potestas* dos ascendentes¹⁷.

Esse modelo de família romana¹⁸ independia da consangüinidade¹⁹, pois os filhos adotivos, ou mesmo as esposas de seus filhos, casadas com *manus*, estavam sujeitas ao poder do *pater familias*. Como afirma Cretella Jr.²⁰ “tudo

¹⁶ Miranda, Pontes de. Op. cit, p. 57/58.

¹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil**. vol. V. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

¹⁸ No direito romano havia duas espécies de parentesco, a agnação e a cognação. Pela agnação as pessoas vinculadas estavam sujeitas ao mesmo *pater*, até mesmo quando não fossem parentes por consangüinidade. Já a cognação, era o parentesco pelo sangue que existia entre as pessoas, onde as mesmas não estavam sujeitas ao mesmo *pater*. Assim, a mulher casada com *manus* era cognada e não agnada de seu irmão. In: WALD, Arnold. **Direito de Família**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 31.

¹⁹ Consangüinidade significa parentesco de sangue paterno ou materno. In. BUENO, Francisco da Silveira. **Dicionário da Língua Portuguesa**. V. I. São Paulo: Edições Fortaleza, 1972. p. 270.

²⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro**. Revisada e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 106.

gira em torno de um *paterfamilias*, ao qual, sucessivamente, se vão subordinando os descendentes – ‘*alieni juris*’ – até a morte do chefe.”

O fundamento da família romana clássica também não se encontrava no afeto natural, pois este não contava para fundamentar direitos. O pai podia amar a filha, mas não lhe podia legar bens ou lhe fazer doações.²¹

O que unia os membros da família antiga romana era a religião, como uma ordem de fundo místico²², que segundo Coulanges²³:

Toda casa de grego ou romano possuía um altar; nesse altar devia haver sempre um pouco de cinza e brasas. Era obrigação sagrada do dono de cada casa manter aceso o fogo dia e noite. Desgraçada casa aquela onde o fogo se extinguísse. Ao anoitecer de cada dia cobriam-se de cinza os carvões, para deste modo impedir-se que eles se consumissem inteiramente durante a noite; ao despertar, o primeiro cuidado do homem era avivar o fogo e alimentá-los com ramos secos. O fogo só deixava de brilhar no altar se toda a Família houvesse morrido; fogo extinto, Família extinta, eram as expressões sinônimas entre os antigos.

Além da religiosidade doméstica na Família Romana, o próprio Estado estava fortemente ligado à religião, e através das cerimônias estatais formaram praticamente todas as outras instituições que foram surgindo, sendo as organizações políticas de cunho religioso.

Assim era a Família Romana, cercada de misticismo, sob autoridade do *pater* que perpetuava o culto doméstico e a estrutura Familiar.

A sociedade conjugal romana era estritamente monogâmica e a união entre homem e mulher necessariamente deveria ocorrer através do Casamento²⁴, muito embora existisse o Concubinato, não reconhecido no início da era romana.

²¹ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. 7. ed. Rio de Janeiro: Ediouro S.A. p. 33.

²² In: MEIRA, Raphael Correa de. **Curso de direito romano**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 133.

²³ COULANGES, Fustel de. Op. cit. p. 19.

²⁴ Os romanos conheceram duas espécies de Casamento; o Casamento *cum manu* e o *sine manu* (aparece no final da República), o primeiro é aquele em que a mulher cai sob o poder do marido ou do *pater familias* do marido. O segundo é aquele em que a mulher não cai sob o poder do marido, continuando sob a *manus* do *pater* da Família de que provém. CRETELLA JR, J. p. 118/119.

O Casamento romano para Leite²⁵, “constituía-se em ‘transação privada, um negócio realizado entre dois chefes de Família, um real, o pai da moça, e o outro virtual, o futuro marido’, um negócio privado sem ligação com organização política e social”.

E quanto à dissolução do Casamento, esta se fazia através da morte de um dos cônjuges, perda do *conubium* e Divórcio²⁶. O *conubium* era a “perda da capacidade de contrair casamento e ocorria sempre que qualquer alteração no estado civil do cidadão romano implicasse perda dos favores próprios à sua situação frente ao Estado romano”²⁷.

O Divórcio no início da Era Romana²⁸ entre 753 a. C até o Alto Império era praticamente inconcebível, já que as mulheres eram totalmente submissas aos mandos do marido ou *pater familias*. Com o Alto Império as mulheres passaram a ter maior autonomia e os pedidos de divórcio aumentaram progressivamente.

Com a evolução da sociedade romana e, por conseguinte, seus hábitos e estruturas sociais, o *pater familias* perdia cada vez mais seus poderes, antes absolutos, que começavam a se restringir. Começaram a surgir os patrimônios individuais, substituindo a maneira anteriormente relacionada, onde o *pater familias* era o detentor e administrador dos patrimônios. Os parentescos que eram de duas formas, foram sendo substituídos por apenas o *cognatício*²⁹, em detrimento do *agnatício*³⁰, conferindo assim maior autonomia às mulheres e aos filhos. O *pater familias* perdeu o direito de vida e morte sobre os seus

²⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito**: origem e evolução do casamento. Curitiba: Juruá, 1991. p. 54.

²⁶ “Dissolução do Casamento válido, extinguindo o vínculo matrimonial, que se dá por meio de sentença judicial, habilitando os ex-consortes a contrair novas núpcias”. In: DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 2. p. 217.

²⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito**: origem e evolução do casamento. p. 94.

²⁸ O império romano pode ser dividido nos seguintes períodos: Fundação de Roma (753 a. C) até a Revolução Republicana (510 a. C); República (510 a. C a 27 a. C); Alto Império ou principado (27 a. C a 284 d. C); Baixo Império ou dominato (284 d. C a 565 d. C). In: MEIRA, Raphael Correa de. p. 16-132.

²⁹ Cognação provém da mãe. Parentesco quando se tratava de vínculo de sangue. Em linguagem jurídica moderna, diz-se do vínculo de parentesco, sem distinção de graus, entre os que descendem do mesmo tronco, paterno ou materno. In: FRÓES, Oswaldo. **Direito Romano**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2004. p. 124.

³⁰ Agnação provém do pai. Quando o parentesco se transmitia pelo lado masculino. Os agnados são da mesma família, pelo pai, pela descendência paterna, pois descendia de tronco comum por linha masculina. In: FRÓES, Oswaldo. p. 124.

descendentes. O direito à emancipação dos filhos, com a conservação dos direitos sucessórios, ato que era considerado pena, passava a ser um favor³¹.

Segundo Wald³²:

O Estado limita a autoridade do *pater*, a mãe pode substituir o pai em caso de abusos domésticos, [...] a mulher na época imperial goza de completa autonomia, participando da vida social e política, não se satisfazendo mais com as suas funções exclusivamente Familiares, participam de caçadas e de outros esportes, conclui o autor dizendo que, nessa fase a dissolução da Família romana, corrompida pela riqueza, só faz aumentar os adultérios e os divórcios.

Com a autonomia cada vez mais conferida à mulher que deixa de ser mera administradora das funções familiares para ser integrante da vida social, há uma quebra do modelo clássico da família romana, tendo como principal causa, a existência da *affectio*, afeição, anuência recíproca para a convivência, fator determinante à manutenção do casamento³³.

O *affectio* passou a ser elemento indispensável para a celebração do casamento, o qual era iniciado sem qualquer formalidade, como um simples acordo de vontades e que perdurava enquanto pesasse essa intenção, dissolvendo-se de imediato, sem qualquer formalismo, no momento em que, pelo menos, um dos consortes desejasse, mesmo que pudesse ser penalizado posteriormente³⁴.

A Família Romana após vários séculos vivendo dentro de uma religiosidade própria, recebeu no período republicano uma nova influência ideológica com o surgimento do Cristianismo, que rebatia as liberalidades permitidas pelo Estado, ao adotar regras mais rígidas.

³¹ WALD, Arnaldo. **Curso de direito civil brasileiro**: o novo direito de família. 12. ed. São Paulo: RT, 1999. p.30-33.

³² WALD, Arnaldo. **O novo direito de Família**. 13. ed. revisada e atualizada e ampliada pelo autor, de acordo com a jurisprudência e com referência ao projeto de Código Civil, com a colaboração do Desembargador Luiz Murillo Fábregas e da Professora Maria P. Corrêa da Fonseca. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 13.

³³ WALD, Arnaldo. **Curso de direito civil brasileiro**: o novo direito de família.

³⁴ WALD, Arnaldo. **Curso de direito civil brasileiro**: o novo direito de família.

1.3 O CRISTIANISMO E A FAMÍLIA

Com o surgimento do Cristianismo, no período Republicano, em Roma, as Famílias começaram a ter uma outra influência religiosa, deixando de adorar o seu único Deus Familiar.

O Cristianismo pregava a fé em único Deus, um ser superior, onipotente, que deveria ser amado e temido, que pregava que as pessoas deveriam amar o próximo como a si mesmas, zelando pela igualdade entre as pessoas.

Leite³⁵ afirma que:

Não foi a religião que criou a Família; essa é fruto espontâneo da evolução humana, mas, como veremos agora, seguramente foi a religião que lhe impôs as regras, os contornos legais, a forma jurídica, como hoje a entendemos e estudamos. A moral religiosa consolidou uma ética jurídica, voltada ao domínio dos atos determinando o que é lícito ou proibido, abominável ou execrável, venial ou mortal.

Diante do Cristianismo, o poder paterno ficava um pouco mais limitado. Segundo Flandrin³⁶ “desde a sua origem o Cristianismo combatera com vigor o poder paternal quando ele se opunha à vontade de Deus: ‘quem ama seu pai e mãe mais do que a mim, não é digno de mim’, ou ‘não chameis a ninguém sobre a terra de pai, porque só um é vosso pai, é aquele que está no céu’ (Mateus, 23,9 e 10,7)”.

A Família não mais fazia suas orações no lar, agora todos como cristãos participavam da mesma liturgia, invocando a proteção de um único Deus. Segundo Coulanges³⁷:

Destruídos os penates domésticos e extintos os fogos sagrados, a antiga constituição da Família desapareceu para sempre, e com esta também as regras que dela derivavam. O pai perdeu a autoridade absoluta que outrora lhe outorgara o seu sacerdócio, só conservando a autoridade pela própria natureza conferida ao pai para as necessidades do filho. A mulher que o antigo culto colocara em

³⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. p. 111.

³⁶ FLANDRIN, Jean Louis. **Famílias, parentesco, casa e sexualidade na sociedade antiga**. Tradução: M. F. Gonçalves de Azevedo. 2. ed. Lisboa: Editoria Estampa, 1991. p. 145.

³⁷ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. p. 265/266.

posição de inferioridade perante o marido, tornou-se moralmente igual.

Com o surgimento do Cristianismo, a Igreja passou a instituir normas as quais chamou de Cânones, com o objetivo de estabelecer diferenças das leis que provinham do Estado, assim sendo, ao iniciar suas atividades, a Igreja não interferiu no Direito Romano, pois este pertencia ao Estado³⁸.

A este conjunto de normas editadas pela Igreja, passou a chamar-se Direito Canônico, consistente nas leis eclesiásticas elaboradas, sendo que, no decorrer dos tempos, uma das questões mais freqüentemente abordada pela Igreja foi, exatamente, a família e o matrimônio³⁹.

Contudo, a evolução do Cristianismo foi gradativa, enfrentando perseguições dos imperadores que temiam pelo surgimento de novas doutrinas que se contrapusessem àquela imposta pelos governantes.

E foi através da fundação da Igreja Católica que o Cristianismo arrebanha para si o apoio de todas as classes (inclusive as menos favorecidas), e principalmente dos próprios governantes.

Com o apoio mútuo, Igreja e Estado, continuavam com o domínio sobre a população. Conforme Leite,⁴⁰ “vinculada a Igreja ao Estado, obtém duas fantásticas vitórias num só ato: afirma a posição da Igreja e guinda-se a nível de Instituição. Só restava um aspecto; torná-la rica, poderosa. A Idade Média se encarregará deste último detalhe”.

O Cristianismo, portanto, influenciou diretamente a família romana e conseqüentemente, todas as famílias que aceitaram ou adotaram essa religião.

Um dos pontos marcantes foi à cerimônia religiosa com a presença de um representante da Igreja Cristã para a celebração do casamento sob pena de ser ignorado pela sociedade cristã.

Para a Igreja o casamento é um sacramento, assim como o batismo, a comunhão [...]⁴¹, e não apenas um contrato. Destarte, os homens não poderiam dissolver uma união realizada por Deus: porque “o que Deus uniu o homem

³⁸ GAMA, Guilherme Camon Nogueira da. **O companheirismo**: uma espécie de família. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 33.

³⁹ GAMA, Guilherme Camon Nogueira da. **O companheirismo**: uma espécie de família. p. 33.

⁴⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. p. 128.

⁴¹ GAMA, Guilherme Camon Nogueira da. **O companheirismo**: uma espécie de família. p. 33.

não separe”⁴². Observa-se, ainda, que “nos dois Testamentos (Novo e Antigo) encontramos a idéia de que o marido e a mulher constituem uma só carne”⁴³.

O casamento tornou-se importantíssimo na vida dos cristãos, conforme Flandrin⁴⁴:

Se os laços do Casamento e da filiação estão no cerne da instituição familiar, é porque a sua função essencial é a reprodução, para o homem, os católicos apenas viam neste mundo dois estados em que ele pudesse ganhar normalmente a salvação: o estado conjugal e o estado eclesiástico. Um alcançava-se pelo Casamento e o outro pelo sacramento da ordem. Uma tinha por função a reprodução da espécie, a sua multiplicação biológica, o outro a multiplicação dos cristãos através da prédica e da instrução religiosa.

Outro aspecto importante a destacar com relação ao matrimônio é o de considerá-lo de competência eclesiástica, ou seja, só a Igreja podia dispor, “fugindo da Jurisdição do Estado”⁴⁵. Com isso, a Igreja passou a entender que todas as outras uniões, que envolvessem o homem e a mulher fora do casamento, eram precárias, apresentando-se como concubinato, portanto, passíveis de dissolução ou de não reconhecimento⁴⁶. O Direito Canônico sempre rejeitou a poligamia⁴⁷ no casamento, ou qualquer coisa que não fosse a unidade, um dos princípios advindo do Cristianismo⁴⁸.

Desta forma, os canonistas destacam dois elementos essenciais no casamento: a unidade e a indissolubilidade do vínculo⁴⁹. Este último significava inicialmente, que o vínculo matrimonial só poderia ser dissolvido pela morte de um dos cônjuges⁵⁰.

⁴² WALD, Arnaldo. **Curso de direito civil brasileiro**: o novo direito de família. p. 25.

⁴³ WALD, Arnaldo. **Curso de direito civil brasileiro**: o novo direito de família. p. 25.

⁴⁴ FLANDRIN, Jean Louis. p. 187/188.

⁴⁵ GAMA, Guilherme Camon Nogueira da. **O companheirismo**: uma espécie de família. p. 33.

⁴⁶ GAMA, Guilherme Camon Nogueira da. **O companheirismo**: uma espécie de família. p. 33.

⁴⁷ Casamento de um homem com várias mulheres.

⁴⁸ BORGHI, Hélio. **Casamento e união estável**: formação, eficácia e dissolução. p. 39.

⁴⁹ BORGHI, Hélio. **Casamento e união estável**: formação, eficácia e dissolução. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2001. p. 39.

⁵⁰ CÓDIGO DE DIREITO CANÔNICO. Tradução Oficial: Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. Notas e Comentários Padre Jesus S. Hortal, S. J. Edições Loyola. 1983. p. 501-503 (promulgado por João Paulo II, PAPA) Cân. 1.056: As propriedades essenciais do matrimônio são a unidade e a indissolubilidade que, no matrimônio cristão, recebem firmeza especial em virtude do sacramento. Cân. 1134 – Do matrimônio válido origina-se entre os cônjuges um vínculo que, por sua natureza, é perpétuo e

Considerando o casamento indissolúvel, a doutrina canônica estabeleceu um sistema de impedimentos matrimoniais, sendo que os princípios e noções relativos às nulidades do matrimônio, assim como a forma solene de celebração foram, por muito tempo, disciplinadas pelo Direito Canônico, que se opunha categoricamente ao divórcio, pois o considerava instituto contrário à índole da família e aos interesses dos filhos, cuja formação ficava seriamente prejudicada com a dissolução do casamento⁵¹.

Surgiram vários opositores ao regime religioso cristão, principalmente, contrapondo-se à idéia de indissolubilidade do Casamento.

Tem-se que, na Alemanha, surgiram às primeiras oposições contra o poder da Igreja Cristã, estas através da pessoa de Martinho Lutero⁵², fazendo este, uma das mais fortes oposições ao Império Cristão.

Nos escritos de Boisset⁵³ registram-se as primeiras críticas feitas por Lutero:

Nós protestamos por meio das presentes, diante de Deus, nosso único Criador, Conservador, Redentor e Salvador, e que será, um dia nosso juiz, assim como diante de todos os homens e de todas as criaturas, que não consentimos nem aderimos de nenhuma maneira, nem quanto a nós nem quanto aos nossos, ao decreto proposto em todas as coisas contrárias a Deus, a sua santa palavra, a nossa consciência, à salvação de nossas almas e ao último decreto de Spira.

As críticas ocorreram porque muitos clérigos e leigos denunciaram a Igreja Cristã pela sua avareza em acumular riquezas, a moralidade negligente

exclusivo; além disso, no matrimônio cristão, os cônjuges são robustecidos e como que consagrados, com sacramento especial, aos deveres e à dignidade do seu estado.

⁵¹ WALD, Arnoldo. **Curso de direito civil brasileiro**: o novo direito de família. p. 26.

⁵² Martinho Lutero (1483-1546) vai lutar em prol de uma compreensão “bíblica Bíblia: irá buscar, opondo-se às explicações humanas da palavra de Deus, uma interpretação fiel dos livros Sagrados, por mais difícil que seja, mas que há de ser libertadora, como ele bem sabe. Martinho Lutero buscava a pureza evangélica e queria que a Igreja recuperasse a pureza e se desviasse de suas concepções legalistas, materialistas, contudo a Igreja não mudou. Lutero publicou suas teses e foi excomungado pela Igreja e foi perseguido, contudo, manteve sua posição e as fortes críticas aos poderes religiosos, mesmo sendo condenado, continuou a fazer suas pregações cada vez mais fortes. Com apoio da pequena burguesia alemã e francesa. Lutero inicia um levante que irá espalhar-se em várias regiões do ocidente. Derrotado na batalha campal, opta então pela via religiosa e funda a Igreja luterana e recebe o apoio de governos insatisfeitos com o cristianismo ou adeptos de outras religiões pagãs. In: Boisset, Jean. **História do protestantismo**. Tradução de Heloysa e Lima Dantas. São Paulo. Difusão européia do livro. 1980.

⁵³ Boisset, Jean. **História do protestantismo**. p. 15.

do papa e clero, a ignorância de padres da paróquia, muitos dos quais não sabiam realizar as liturgias cristãs, corrupções de doutrina, baixos níveis de vida devota, e a venda virtual de salvação em troca de dinheiro⁵⁴.

As idéias de Lutero correram toda a Europa e segundo Lima⁵⁵, Lutero e Calvino ridicularizaram tal situação gerando conflito com a Igreja, defendiam a competência da autoridade civil nesta seara.

Acrescenta Leite que “em 1580, pleno século XVI, a Holanda estabelecia o Casamento Civil”.

Na Inglaterra, Henrique VIII, insatisfeito com o rigoroso controle da Igreja Católica sobre a Família, impondo o Casamento e proibindo o Divórcio, protagonizou a ruptura do Estado inglês com a Igreja, contando com o apoio da câmara dos Lordes, fundando uma nova religião, a qual tinha o que mais lhes interessava, o direito de divorciar-se.

No entanto, o que afetaria sobremaneira o Poder Temporal estava por vir da França no final do século XVIII.

Com essas oposições, a Igreja perdia terreno na conquista de novos adeptos à sua pregação, além de que percebeu que não conseguiria afastar os homens de seu instinto sexual e constatou, também, que os relacionamentos conjugais e extra-conjugais continuavam. Viu-se obrigada a reavaliar sua ideologia nesse aspecto.

Orlando Gomes sustenta que, em se tratando da organização jurídica da família hodierna, não há a criança e adolescente dúvida da influência do Direito Canônico, tanto com relação à determinação das condições para o casamento, quanto aos seus efeitos jurídicos e de sua dissolução⁵⁶.

Assinala, ainda, ser de origem canônica a proibição de se reconhecer os filhos incestuosos e adulterinos, assim como o abrandamento da condição dos bastardos, admitindo a sua legitimação, por posterior matrimônio se, ao tempo da concepção, os pais fossem desimpedidos. Constitui um dos traços marcantes de procedência canônica, a indissolubilidade do vínculo do

⁵⁴ Boisset, Jean. **História do protestantismo**. Op.cit.

⁵⁵ LIMA, Domingos Sávio Brandão. **A nova lei do divórcio comentada**. São Paulo: O. Dip. Editores Ltda. 1978. p. 38.

⁵⁶ GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001. p. 40.

casamento e o instituto da separação de corpos, anteriormente denominado “desquite” e hoje, entre nós, de separação judicial⁵⁷.

Ilustrando essa situação Arnoldo Wald⁵⁸ comenta:

A separação do direito canônico se distingue do divórcio romano ou judaico por não importar na dissolução do vínculo e por ser um ato judiciário da autoridade religiosa, enquanto, em Roma e para os hebreus, constituía um ato privado contra o qual a parte prejudicada podia recorrer à autoridade judiciária. No direito canônico, a separação de corpos depende da autorização do bispo ou do sínodo, só sendo admitido em casos específicos como o adultério, a heresia, as tentativas de homicídio ou as sevícias de um cônjuge em relação ao outro. Só numa fase posterior da história do direito eclesiástico, após o século XIV, é que se admite a separação no caso de acordo entre os cônjuges.

Os efeitos da separação de direito canônico são a extinção do dever de coabitação, subsistindo, todavia, entre os separados, os deveres de fornecer alimentos e de fidelidade recíproca.

Mais tarde, no fim da Idade Média, em decorrência de conflitos de competência, entre a Igreja e o Estado, ambos realizaram um acordo com a finalidade de combater os casamentos clandestinos, exigindo a publicidade e a presença de testemunhas para a realização do ato⁵⁹.

Situações, que, até então, eram alheias ao Estado passam a ter regras e normas impostas pela Igreja que, em determinados períodos, vai confundir-se com o próprio Estado no tocante ao poder, impondo regras civis às Famílias, como por exemplo, a proibição de novo Casamento para os que optaram pela separação de corpos. A liberdade de romper as uniões conjugais passa a se submeter a uma série de formalidades, dificultando o rompimento.

Segundo Leite⁶⁰:

Estas pequenas alterações, de substancial importância, invertem os papéis da hegemonia jurídica em matéria familiar, especialmente conjugal. Anula-se a prática romana, calcada no costume; surge toda

⁵⁷ GOMES, Orlando. **Direito de Família**. p. 41.

⁵⁸ WALD, Arnoldo. **Curso de direito civil brasileiro**: o novo direito de família. p. 36.

⁵⁹ WALD, Arnoldo. **Curso de direito civil brasileiro**: o novo direito de família. p. 36/37.

⁶⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Op. cit.* p. 100.

poderosa a Igreja, cercada de um aparato que garantirá a supremacia do poder espiritual em matéria humana, por quinze séculos, e que só declinará com o advento do estado moderno, no século XVIII.

Com o aparecimento do Estado Moderno no século XVI, inicia-se a separação entre Igreja e Estado.

1.4 O ROMPIMENTO ENTRE IGREJA E ESTADO E A INFLUÊNCIA DO ESTADO NA FAMÍLIA

Observa-se, portanto, que o Estado e a Igreja praticamente fundiram-se num só corpo institucional, intercalando durante toda a Idade Média o poder estatal, desde a influência religiosa até a determinação de normas.

A Igreja sempre pregou princípios morais à Família, centrando-a no Casamento cristão, estas pregações, principalmente no que tange ao monopólio cristão e às suas imposições, tiveram muitos opositores que aos poucos se fortaleciam.

Assim, na França, no século XVIII, por causa do acúmulo de riquezas pela Igreja e Aristocracia e do empobrecimento cada vez maior da população é que se deu a Revolução Francesa.

Sobre a deficiência econômica da população da época, relata Soboul⁶¹ que “as crises na França do velho regime eram essencialmente agrícolas, resultavam, de ordinário, de uma sucessão de colheitas medíocres ou nitidamente deficitárias [...] Em 1788, a crise agrícola foi a mais violenta de todo o século”.

No âmbito político as reflexões continuam, principalmente sobre o direito de liberdade das pessoas, “a liberdade é reivindicada em todos os domínios, das liberdades individuais à liberdade econômica; todas as grandes obras do século XVIII são consagradas aos problemas da liberdade⁶²”.

⁶¹ SOBOUL, Albert. **História da revolução francesa**. Tradução de Hélio Pólvora. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1974. p. 43/44.

⁶² SOBOUL, Albert. **História da revolução francesa**. p. 58.

Como o Rei era o Senhor do Estado e da Igreja sofria vários protestos:

Representante de Deus, o rei se proclama, em todas as suas cartas patentes, 'pela graça de Deus, rei da França e de Navarra'. A sagração confere-lhe o caráter divino. [...] O rei te toca, Deus te cura. Assim caracteriza-se o caráter divino da monarquia, contribuindo a sagração para envolver o rei numa espécie de veneração religiosa⁶³.

De acordo com Soboul⁶⁴ a Revolução Francesa efetiva-se:

...graças ao apoio das massas populares pelo ódio contra os privilégios e sublevadas pela fome, desejosas de se libertar da carga do feudalismo. Uma das tarefas essenciais da Revolução consistiu na destruição do regime feudal e na libertação dos camponeses e da terra. A revolução francesa foi, em verdade, uma revolução burguesa, mas com o apoio popular e, sobretudo, da massa rural.

E ainda sobre a omissão da Igreja diante do povo oprimido, diz Soboul⁶⁵:

O problema religioso foi equacionado desde o fim do ano de 1789 com não criança e adolescente acuidade: a confiscação dos bens do clero criou a necessidade de uma reorganização da Igreja da França. Problema religioso e financeiro estavam ligados. Na sociedade do século XVIII, ninguém, mesmo entre os teóricos mais ousados, concebia um regime fundado na separação da Igreja e do Estado.

A Revolução se impôs pouco a pouco pelos acontecimentos que se seguiram, gerando a separação da Igreja e do Estado.

O Papa Pio VI condenava a Declaração dos Direitos do Homem, e não poderia ser diferente, pois esta trazia sérios prejuízos à Igreja.

Contudo, em 13 de abril de 1791, após protelar por um bom tempo, o Papa condenou a Constituição Civil e, através de suas cartas pontifícias firmou

⁶³ SOBOUL, Albert. p. 93.

⁶⁴ SOBOUL, Albert. p. 93.

⁶⁵ SOBOUL, Albert. p. 145.

solenemente os princípios da Revolução e da Constituição Civil, o que dividiu o país em dois⁶⁶, nas palavras de Soboul⁶⁷:

A separação da Igreja e do Estado decorreu das peripécias da guerra civil e da descristianização. Desde os seus primórdios a Convenção mostrou-se conciliante com a Igreja Constitucional, demonstrando na moção de 30 de novembro de 1792 a intenção de privar os cidadãos dos ministros que a Constituição Civil lhes deu. O regime da separação da Igreja e do estado foi estritamente regulamentado pelo decreto de 21 de fevereiro de 1795: a República não financia culto algum, a lei não reconhece ministro algum, toda manifestação pública, todo sinal exterior de culto, estão proibidos, autorizando-se apenas o uso dos edifícios religiosos não-alienados. Assim, no fim do período, a baixa da influência e do prestígio da Igreja Católica era inegável, acentuava-se pela miséria e desorganização de um clero dividido, pelo retrocesso da prática religiosa e os progressos da descrença nas classes populares. A igreja e a revolução, inconciliáveis no plano doutrinal, continuavam inimigas.

A Religião Católica apesar da Revolução Francesa continuou sendo a preferida dos Franceses, porém com novos contornos, não mais autoritária, mas sim subordinada ao Estado Francês⁶⁸. As idéias revolucionárias francesas motivaram outros países, que aos poucos implantaram o Casamento Civil. Salienta Leite que “Hungria, Alemanha, Portugal, Suécia, Romênia, Bélgica, Dinamarca, Noruega, Suécia, Mônaco e Luxemburgo” seriam estes países.

Após a desvinculação do Estado da Igreja, o Estado determinou que o Casamento não passava de um contrato civil⁶⁹.

O primeiro Código Civil Francês⁷⁰ abordou a matéria relacionada ao casamento civil em seu bojo, observando também sobre a possibilidade de dissolução.

⁶⁶ SOBOUL, Albert. p. 172-174.

⁶⁷ SOBOUL, Albert. p. 523/524.

⁶⁸ SOBOUL, Albert. p. 525.

⁶⁹ CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. 9. ed. revista e atualizada. Revista dos Tribunais. 2000. p. 34.

⁷⁰ FRANÇA. **Código Napoleão** (código civil dos Franceses). Tradução de Souza Diniz. Rio de Janeiro: Record, 1962.

Art. 165. O casamento será celebrado publicamente ante o oficial do estado civil da comuna onde um dos cônjuges tiver seu domicílio.

Art. 227. O casamento se dissolve: 1) pela morte de um dos cônjuges e 2) pelo divórcio legalmente pronunciado.

Esclarece Solé⁷¹ que, apesar de existir o instituto do Divórcio, naquela época as Famílias se formam mais por interesses econômicos do que afetivos, assim, o instituto perdia um pouco sua finalidade.

Afirma ainda o autor, que as mulheres muito pouco adentravam com o pedido de divórcio, pois apesar da Revolução Francesa ter pregado a idéia de igualdade entre todos, a mulher ainda permanecia em situação desfavorecida, inferior ao homem.⁷²

Para a Família que até então era marcada pela submissão ao *pater familias* e pela indissolubilidade do Casamento, a Revolução Francesa representou uma grande mudança em sua estrutura com a implantação do Casamento civil e a introdução do Divórcio, caracterizando a grande divisão entre o Estado e a Igreja.

No Brasil a desvinculação do Estado com a Igreja deu-se logo após a Proclamação da República, com o estabelecimento da secularização do casamento, ou seja, o casamento passou do domínio religioso para o estado civil, ocorrendo, assim, a supremacia do casamento civil. Através do Decreto n. 181 de 24 de janeiro de 1890, foi instituído o casamento civil em nosso país, em seu artigo 108, fazendo com que nenhum valor jurídico fosse atribuído ao matrimônio religioso⁷³. “Em consequência, tornou-se costume no Brasil, o duplo casamento, civil e religioso, fato este que persiste até hoje”⁷⁴.

Contudo, até tal fato ocorrer no Brasil, as Famílias sofreram a forte influência cristã trazida pelos portugueses durante a monarquia, e mesmo após a proclamação da república, o Estado pouco se afastou do Direito Canônico,

⁷¹ SOLÉ, Jacques. **A revolução francesa em questões**. Tradução: Alda Porto e Marcos Santarita. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1989. p. 235.

⁷² SOLÉ, Jacques. **A revolução francesa em questões**. p. 239.

⁷³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 17 ed. atual de acordo com o Novo Código Civil (Lei n. 10.406/02) São Paulo: Saraiva. 2002. v. 5. p. 42.

⁷⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Direito de família. 2. ed. atual de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2002. v. 6. p. 43.

mantendo o casamento indissolúvel, a distinção legal de filiação legítima e ilegítima⁷⁵, entre outros, como analisaremos na seqüência.

1.5 A FAMÍLIA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

1.5.1 O CASAMENTO

Ensina Carvalho Neto⁷⁶ que “o primeiro Casamento foi celebrado por Deus entre Adão e Eva, depois de constar que não convinha que o homem estivesse só”.

Mesmo havendo uma negação desta origem divina, observou-se no estudo anterior que a Família precedeu ao próprio Governo Romano e que, segundo várias teorias existentes, a Família é a célula primária de toda a estrutura social, e que foi através do Casamento⁷⁷ religioso ou civil que se estruturaram as primeiras Famílias, desde os Estados antigos até os atuais.

A Família brasileira preservou as marcas de suas origens romana, canônica e germânica, com características estritamente patriarcal, na qual os personagens, uma vez definidos, apenas se substituem no decorrer das gerações, nada ameaçando sua hegemonia.

Dentro do contexto jurídico brasileiro, dever-se-á registrar que a natureza jurídica do Casamento remonta aos romanos, com estudos realizados pelos glosadores, os quais classificaram o Casamento como um contrato sem fundo patrimonial. Sob a influência dos canonistas passou-se a interpretá-lo como um ato jurídico, os pós-glosadores retomaram a tese dos romanos. Os juristas franceses o classificaram como espécie de sociedade e os jurisconsultos dos séculos XVII e XVIII consideraram o Casamento romano um contrato⁷⁸.

⁷⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Direito de família. p. 25.

⁷⁶ CARVALHO NETO, Inácio. **Separação e divórcio**. Curitiba: Juruá, 1998. p. 17.

⁷⁷ Casamento: No corpus *Iuris Ciuilis*, há duas definições de Casamento. Uma se encontra no *Digesto*, e é atribuída a Modestino; a outra, nas *Institutas*, e é provavelmente de autoria de Ulpiano “segundo Modestino, *nuptiae sunt coniunctio* (as núpcias são a união do homem e da mulher, o consórcio de toda a vida, a comunicação do direito divino e humano). Para as *Institutas*, *nuptiae autem siue matrimonium est uiri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens* (núpcias, ou matrimônio são a união do homem e da mulher, a qual encerra comunhão indivisível de vida). In: ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 5 v. p. 282.

⁷⁸ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. p. 283/284.

Os juristas brasileiros também apresentam divergências quanto à natureza jurídica do Casamento.

Para Arnaldo Wald⁷⁹ o casamento desvincula-se do contrato:

No Direito brasileiro, a natureza contratual do casamento é admitida por Pontes de Miranda, considerando Eduardo Espínola tratar-se de um contrato de natureza articular (contrato de direito de família). Entendemos que são contratos os atos jurídicos bilaterais ou plurilaterais que só criam obrigações (deveres jurídicos de natureza patrimonial). Quando um ato jurídico cria deveres sem conteúdo patrimonial não é mais contrato.

Ora vimos que o casamento não se limita a ter efeitos econômicos, criando outros deveres jurídicos sem conteúdo patrimonial para o casal. Assim sendo, conceituamos o casamento como um ato jurídico complexo e solene que não tem natureza contratual.

Assim, o casamento não deve ser visto apenas como um contrato celebrado entre os nubentes uma vez que, por tratar-se de uma relação passível de mutações e adequações, não se restringe ao contratado, ou pactuado. Conceituar o casamento como um contrato, é desprezar todas as interdependências humanas existentes.

Inversamente, o Casamento, na conceituação de Miranda⁸⁰:

É contrato solene, pelo qual duas pessoas de sexo diferente e capazes, conforme a lei, se unem com o intuito de conviver toda a existência, legalizando por ele, a título de indissolubilidade do vínculo, as suas relações sexuais, estabelecendo para seus bens, à sua escolha ou por imposição legal, um dos regimes regulados no Código Civil, e comprometendo-se a criar e a educar a prole que de ambos deve nascer.

Na busca de posições doutrinárias que melhor se coadunam aos fatos atuais, destacar-se-ão os ensinamentos feitos por Ruggiero⁸¹ que afirma que:

⁷⁹ WALD, Arnaldo. **Curso de direito civil brasileiro**: o novo direito de família. p. 66.

⁸⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito de família**. p. 96.

⁸¹ RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Tradução da 6. ed. italiana por Paolo Capitanio; atualizada por Paulo Roberto Benasse. Campinas: Bookseller, 1999. p. 113.

O Casamento não é um ato meramente privado, tampouco um simples ato administrativo, prova-se pela combinação e conjugação do acordo dos cônjuges com a declaração do funcionário público, representante do Estado. A vontade apenas dos cônjuges não é suficiente para dissolver o Casamento depende a sua irrevogabilidade da manifestação do Estado.

O casamento, nos dias atuais, pode ser conceituado como a união entre o homem e a mulher, de conformidade com a lei, a fim de se ajudarem mutuamente e de criarem os seus filhos, sejam estes concebidos naturalmente, havidos por fecundação artificial, decorrentes de concepção artificial homóloga ou inseminação artificial heteróloga, homóloga, ou adotados.⁸²

Atualmente a diferença existente é que a família constituída pelo casamento encampou todos os valores e princípios constitucionais, criando um ambiente para expansão das realizações pessoais.⁸³

Portanto, as relações familiares passaram a ser funcionalizadas em relação à dignidade de cada partícipe, fazendo com que:

A dignidade da pessoa humana, colocada no ápice do ordenamento jurídico, encontra na família o solo apropriado para o seu enraizamento e desenvolvimento, daí a ordem constitucional dirigida ao Estado no sentido de dar especial e efetiva proteção à família, independentemente da sua espécie.⁸⁴

Nesse contexto não é mais possível imaginar o Direito de Família restringindo-se a tratar de um único tipo de família, ou seja, aquela originada do casamento.

Com efeito, há poucas décadas, sob a influência do Direito Canônico, era insistente a orientação em prestigiar, como base da sociedade, somente o casamento segundo as normas vigentes, ou seja, o matrimônio era o único meio que criava a família legítima e só essa tinha a proteção do Estado.

⁸² BRITO, Fernanda de Almeida. **União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos**. São Paulo: LTr, 2000. p. 31.

⁸³ OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p. 134.

⁸⁴ GAMA, Guilherme Camon Nogueira da. **O companheirismo: uma espécie de família**. p. 57.

Destarte, uma vez identificada à família com a figura exclusiva do casamento, qualquer outra forma de agrupamento era excluída da ordem jurídica⁸⁵.

Mas, a sociedade, em sua freqüente função criadora e recriadora de princípios e normas, sempre motivando as mudanças nas relações sociais, “sensibilizando os estudiosos e operadores do Direito, não se furtou a provocar o Judiciário e o Legislativo apresentando esta realidade que, mesmo obsoleta, passou a ser cada vez mais constante, mormente em razão do casamento ser indissolúvel”.⁸⁶

1.5.2 A FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 E NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 1916

Observa-se que é dentro desse contexto de intensas e contínuas mudanças sociais que a Carta Constitucional de 1988 “deu legitimidade familiar a um modo de vida que por muito tempo recebeu tratamento dispersivo e incerto, embora nem sempre condenatório: as uniões concubinárias ou uniões livres estáveis, a partir das quais se constituem famílias sem casamento”.⁸⁷

A Constituição Federal de 1988 intensificou este entendimento na esfera jurídica. A importância dos interesses individuais e igualitários dos membros da família se sobrepõe aos aspectos de forma, viés patrimonial. Em outras palavras, a realidade social influenciou decididamente a mudança legislativa.

Relembrando o Código Civil brasileiro de 1916, o mesmo possuía características evidentemente patrimoniais nas relações familiares, pois dos 290 artigos da parte destinada ao direito de Família, 151 tratavam de relações patrimoniais e 139 de relações pessoais⁸⁸. A família, patriarcal e hierarquizada, exibia um homem como chefe da família e a mulher e filhos ocupando posições inferiores na comunidade familiar. Era matrimonializada, ou seja, a única forma de se constituir família era através do casamento e se os membros desta

⁸⁵ CAHALI, Francisco José. **Contrato de convivência**: na união estável. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 3.

⁸⁶ CAHALI, Francisco José. **Contrato de convivência**: na união estável. p. 4.

⁸⁷ CZAJKOWSKI, Rainer. **União livre**: à luz da Lei 8.971/94 e da Lei 9.278/96. 2. ed. rev e ampl. Curitiba: Juruá. 2001. p. 40/41.

⁸⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Repersonalização das relações de Família. *In: Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 6, n. 24, Jun/Jul, 2004. p. 145.

família quisessem pôr fim ao vínculo matrimonial, só poderia ser feito por meio de desquite, que punha fim à comunhão de vida sem atingir o vínculo jurídico. Família era vista não como um núcleo de amor e sim, como um núcleo de produção econômica.

Com essas características, o Código Civil brasileiro de 1916, apresenta a presença de afeto como presumida. Isto é justificável pela noção de afeto na família patriarcal ter conteúdo diverso daquele apresentado pelo afeto na família eudemonista.

Entenda-se eudemonista a “doutrina que considera a busca de uma vida feliz, seja em âmbito individual seja coletivo, o princípio e fundamento dos valores morais, julgando eticamente positivas todas as ações que conduzam o homem à felicidade”⁸⁹.

Assim, estando a Família normatizada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, acabou por produzir antinomias ou incompatibilidades com o Código Civil de 1916, culminando no surgimento do novo Código Civil de 2002.

No âmbito constitucional a Família foi inserida nos artigos 203, 226 e 227 e parágrafos, reconhecendo a Família como grupo social importante e por este motivo sendo inserida como matéria Constitucional.

O artigo 226 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é o que maior mudança trouxe à estrutura da Família, sendo abordado nos seguintes aspectos:

O caput do referido artigo trata sobre a Família da seguinte maneira: “art. 226. A Família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.⁹⁰

E como esclarece Martins⁹¹, ao mesmo tempo em que o Constituinte tutelou a Família, preocupou-se em dimensioná-la de acordo com a espécie de família tradicional. Afirma ele:

⁸⁹ HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. São Paulo: Objetiva, 2005.

⁹⁰ BRASIL. Constituição 1988: texto constitucional de 5 de outubro de 1988 com as alterações adotadas pelas emendas constitucionais n. 1/1992 a 45/2005 e emendas constitucionais de revisão n. 1 a 6/1994. ed. atual em 2005. Brasília: Senado Federal, Gabinete do 4º Secretário, 2005.

⁹¹ MARTINS apud BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à constituição do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 938.

Os homossexuais, os libertinos, os descompromissados com valores, os devassos, os gigolôs, que ganham dinheiro com a exposição da genitália feminina ou masculina, os defensores do amor livre, do sexo irresponsável, do adultério, da dissolução do Casamento, do aborto, das Famílias modulares, das limitações da natalidade, enfim todos aqueles que atacam a Família clássica, à evidência, são contrários à função familiar e, se possível, gostariam de viver totalmente irresponsável.

Sobre o casamento, os parágrafos 1º e 2º do artigo 226 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, prevêm que o casamento é civil, sendo gratuita a celebração, e que o casamento religioso tem efeito civil.

Como esclarece Ferreira Filho⁹², esta “[...] norma permanece na Constituição por força da tradição. Na verdade, ela tem caráter infraconstitucional”.

O parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição de 1988 que trouxe a mudança mais significativa na Família, “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a União estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.⁹³

O parágrafo 4º do artigo 226 da Constituição da República Federativa do Brasil dispõe que “entende-se, também, como entidade familiar à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”⁹⁴.

A idéia de entidade familiar não alcança somente a união estável entre o homem e a mulher, muito menos, somente, a união que advém do casamento. O sentido da expressão é mais amplo e inclui toda a agregação familiar por imposição biológica e até, psicológica. E hoje, com a opção do Estado moderno pelo social, a proteção da família alcança também essas formas de convivência que ultimamente têm crescido com a disseminação das famílias monoparentais.

Esse dispositivo constitucional, diz Rodrigo Cunha Pereira⁹⁵, vem refletir uma realidade social, especialmente nos grandes centros urbanos, que são as

⁹² FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 107.

⁹³ *In.* Constituição Federativa do Brasil.

⁹⁴ *In.* Constituição Federativa do Brasil.

⁹⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Da união estável. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (org.) **Direito de Família e o novo Código Civil**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 20.

peessoas solteiras ou descasadas, que vivem sozinhas com os filhos, sem a permanência do parceiro amoroso.

O parágrafo 5º do artigo 226 da Constituição de 1988 acrescenta que: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”⁹⁶.

No entendimento de Martins⁹⁷ tem-se que:

As correntes feministas impuseram o dispositivo. Considerando-se inferiorizadas por constar do direito anterior que o homem seria o chefe da sociedade conjugal, na busca de equiparação de direitos, exigiram e conseguiram que os constituintes, na sua moradia do sexo masculino, acolhessem a igualdade no exercício dos direitos inerentes à sociedade conjugal.

Trata-se o referido parágrafo de importante alteração no que diz respeito ao comando marital, que no Código Civil de 1916⁹⁸ era do marido, a chefia da sociedade conjugal, e com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o cônjuge varão acabou por perder seu status de *paterfamilia*.

Essa prerrogativa também está inserida no artigo 5º⁹⁹ da Constituição da República Federativa do Brasil, sob o título “Dos direitos fundamentais da pessoa humana”, ao equiparar homens e mulheres em seus direitos e obrigações.

O parágrafo 6º do artigo 226 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe que: “O Casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos”¹⁰⁰.

⁹⁶ *In.* Constituição Federativa do Brasil.

⁹⁷ MARTINS apud BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à constituição do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988**. p. 954.

⁹⁸ Segundo artigo 223 do Código Civil Brasileiro de 1916 – O marido é o chefe da sociedade conjugal. *In:* Código Civil. *In:* DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 244.

⁹⁹ 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 segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição (...). *In:* BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil.

¹⁰⁰ *In.* Constituição Federativa do Brasil.

Com a promulgação da Lei 6.515/77, o legislador inovou no direito brasileiro, propiciando a casais insatisfeitos com seu relacionamento conjugal que optassem pela dissolução mediante o instituto do divórcio.

Prevê o parágrafo 7º do artigo 226 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que: “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”¹⁰¹.

O legislador neste dispositivo propiciou aos casais o direito de escolha quanto ao número de filhos que pretendem ter, negando ao Estado qualquer possibilidade de envolvimento com esta decisão.

1.5.3 A FAMÍLIA NO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002

Ao refletir-se sobre o novo Código Civil Brasileiro de 2002, observar-se-á que as principais mudanças instituídas por este código estão fundamentadas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O novo Código Civil Brasileiro de 2002 traz no artigo 1511: “o Casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. E o artigo 1723 do mesmo diploma estabelece: “é reconhecida como entidade familiar a União Estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de Família”.¹⁰²

O novo Código Civil Brasileiro de 2002 apenas confirma o que já previa a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Outra característica importante relacionada à Família está prevista no artigo 1566 do novo Código Civil Brasileiro de 2002, que assim prescreve: “São deveres de ambos os cônjuges: I- fidelidade recíproca, II- vida em comum, no domicílio conjugal, III- mútua assistência, IV- sustento, guarda e educação dos filhos, V- respeito e consideração mútuos”¹⁰³.

¹⁰¹ *In.* Constituição Federativa do Brasil.

¹⁰² BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Novo Código Civil.

¹⁰³ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Novo Código Civil.

O que o novo Código Civil acrescentou nesse artigo, em relação ao Código Civil anterior, foi respeito e consideração mútuos, fazendo com que o homem não mais acredite na idéia de que ele tem maior liberdade para determinados atos, como por exemplo as relações extraconjugais, que na visão de muitas famílias ainda é aceito como “atitude de homem”¹⁰⁴.

No que tange ao Casamento para a constituição de Família, o novo Código Civil Brasileiro menciona da necessidade da diversidade de sexo para a constituição de Família. Em seu artigo 1.514 dispõe que “o Casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados”¹⁰⁵.

A Família, legalmente constituída através do Casamento, passará a ter direitos e deveres oriundos desse vínculo relacionados à pessoa e aos bens patrimoniais, assim, devem, de comum acordo, definir qual será o regime de Casamento e se haverá pacto antenupcial.

Quanto ao regime de Casamento, o novo Código Civil apresenta as seguintes opções: o da comunhão universal, o da comunhão parcial, o da separação e o da participação final dos aqüestos. Este último substituiu o antigo regime dotal¹⁰⁶. Previstos nos seguintes artigos: “artigo 1639 – É lícito aos nubentes, antes de celebrado o Casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver; e artigo 1640 – Não havendo convenção, ou sendo nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial de bens”¹⁰⁷.

Poderão, portanto, em pacto antenupcial¹⁰⁸, acordarem sobre o que lhes aprouver, apenas acrescentando que deverá ser feito por escritura pública, por determinação do artigo 1653 do Código Civil de 2002: “é nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o

¹⁰⁴ Desde o patriarcalismo, o homem sempre se definiu como um ser humano privilegiado, dotado de alguma coisa a mais, ignorada pelas mulheres: o mais forte, mais inteligente, mais corajoso, mais responsável, mais criativo ou mais racional. Sempre havia um mais para justificar a relação hierárquica com as mulheres, ou pelo menos com a sua companheira. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Repensando o direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 173.

¹⁰⁵ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Novo Código Civil.

¹⁰⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das coisas**. 17. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5. p. 18.

¹⁰⁷ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Novo Código Civil.

¹⁰⁸ Pacto antenupcial: “É o contrato solene, realizado antes do Casamento, por meio do qual as partes dispõem sobre o regime de bens que vigorará entre elas, durante o matrimônio”. In: RODRIGUES, Sílvio. **Direito de Família**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 157.

Casamento”¹⁰⁹. Esta determinação de que se faça por escritura pública já estava prevista no artigo 256 parágrafo único em seu inciso primeiro no Código Civil Brasileiro de 1916¹¹⁰.

A mudança significativa nesta matéria é sobre a possibilidade de alteração do regime de bens, prevista no artigo 1639, parágrafo segundo do novo Código Civil Brasileiro: “É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.”¹¹¹

Com relação aos direitos sucessórios, estes não estão delimitados dentro do livro que aborda o Direito de Família (livro IV), contudo certos aspectos estão intimamente ligados a este instituto e trazem profunda alteração no âmbito sucessório, e poderiam por si só ser objeto de estudo.

Estes comentários referem-se aos artigos 1829, 1830, 1832, 1836, 1837, 1845 e 1846, do novo Código Civil Brasileiro de 2002, os quais substituem os artigos 1603,1611,1606, 1607, 1608 e 1721 do Código Civil Brasileiro de 1916¹¹².

Observa-se que a mulher além de ser meeira do marido passa a ser herdeira em iguais condições com os descendentes ou com os ascendentes.

Quanto a dissolução da sociedade conjugal, segue basicamente as mesmas regras vigentes impostas pela Lei 6.515/77¹¹³. O Novo Código Civil traz em seu artigo 1571:

A sociedade conjugal termina: I – pela morte de um dos cônjuges; II- pela nulidade ou anulação do Casamento; III- pela separação judicial; IV- pelo divórcio; parágrafo 1º - O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste código quanto ao ausente. Parágrafo

¹⁰⁹ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Novo Código Civil.

¹¹⁰ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. Op. cit. p. 265.

¹¹¹ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Novo Código Civil.

¹¹² O texto comparado encontra-se na obra de Venosa. In: BRASIL. **Novo Código Civil**: texto comparado: código civil de 2002, código civil de 1916. Sílvio de Salvo Venosa, organizador. São Paulo: Atlas, 2002. p. 464-467.

¹¹³ A Lei 6.515/77 expõe em seu artigo 2º “A sociedade conjugal termina: I – pela morte de um dos cônjuges; II - pela nulidade ou anulação do Casamento; III - pela separação judicial; IV- pelo divórcio. Parágrafo único – O Casamento válido somente se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio”. In: BRASIL. Lei 6.515 de 26 de dezembro de 1977.

2º - Dissolvido o Casamento pelo divórcio, direto ou por conversão, o cônjuge poderá manter o nome de casado; salvo, no segundo caso, dispondo em contrário a sentença de separação judicial.

No que se refere à guarda dos filhos criança e adolescentes e incapazes o artigo 10 da Lei 6.515/77 previa a guarda para aquele que não tivesse dado causa à separação, ou se ambos os cônjuges fossem responsáveis, os filhos criança e adolescentes ficariam com a mãe¹¹⁴.

O Código Civil Brasileiro de 2002 determina em linhas gerais que os pais podem convencionar com quem os filhos ficarão, com o pai ou com a mãe; ou podem distribuí-los entre ambos, é o que prevêem os artigos 1583 até o 1590, sendo que o artigo 1584 enseja maiores celeumas, senão vejamos: “art. 1584 – decretada a separação judicial ou o divórcio sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la”¹¹⁵.

Este dispositivo deverá aguardar a determinação doutrinária e jurisprudencial, haja vista a dificuldade de determinação do que se entende por melhores condições, se seriam econômicas, morais, sociais, ou outros valores. É de se considerar que a grande maioria dos filhos criança e adolescentes permanece com as mães, por uma questão de afetividade, contrapondo-se à condição econômica que se sabe normalmente privilegiar mais o homem, pois muitas mulheres têm atividades apenas no âmbito familiar.

Outro dispositivo que vai além do supracitado, pois vai de encontro com o princípio da igualdade entre os pais, está salvaguardado no artigo 1.632¹¹⁶ do Novo Código Civil Brasileiro, que estabelece a possibilidade de guarda compartilhada dos filhos entre os pais, em benefício do melhor interesse da criança, garantindo-se assim, a continuidade da convivência familiar. O dever de ser pai não se rompe com o fim da conjugalidade.

No que se refere à União Estável, o novo Código Civil aborda em seus artigos 1723 a 1727 a matéria, sendo que em seu artigo 1723 manteve o

¹¹⁴ Artigo 10 da Lei 6.515/77 – “Na separação judicial fundada no caput do artigo 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a ela não houver dado causa.

¹¹⁵ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Novo Código Civil.

¹¹⁶ Artigo 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos, senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos. *In*: BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Novo Código Civil.

preceituado no artigo 1º¹¹⁷ da Lei 9.278 de 10 de maio de 1996 (regula o parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).¹¹⁸

Mister relatar que ambos os artigos deixam de determinar o lapso temporal para caracterizar a União Estável, e como explica Diniz¹¹⁹:

Há quem entenda ser desaconselhável a fixação a priori do lapso temporal da convivência, aplaudindo o novo Código Civil que não exige tempo mínimo para a configuração da estabilidade, pois o estabelecimento de qualquer prazo afastaria da tutela legal certas situações que a ela fariam jus e daria ensejo a manobras de fraude à lei com interrupção forçada da convivência às vésperas da consumação do lapso temporal para o seu reconhecimento como União Estável e para a produção de seus efeitos jurídicos.

Determina ainda o referido artigo 1723¹²⁰ em seu parágrafo 1º e 2º que: “Parágrafo 1º - A União Estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do artigo 1521; no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente. Parágrafo 2º - As causas suspensivas do artigo 1523 não impedirão a caracterização da União Estável”.

O artigo 1724¹²¹ determina: “As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”.

Está demonstrado que o legislador aproximou a União Estável à Família em suas características principais.

O Código Civil de 2002, apesar da apregoada mudança de paradigma, do individualismo para a solidariedade social, manteve forte a presença dos interesses patrimoniais sobre os pessoais, em variados institutos do Livro IV,

¹¹⁷ “Art. 1º - É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de Família”. In: BRASIL. Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996.

¹¹⁸ Artigo 1723 – É reconhecida como entidade familiar a União Estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de Família. . In: BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Novo Código Civil.

¹¹⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Op. cit. p. 319.

¹²⁰ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Novo Código Civil.

¹²¹ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Novo Código Civil.

dedicado ao direito de Família, desprezando o móvel da *affectio*, inclusive no Título I destinado ao “direito pessoal”.

Corroboram com este entendimento, as causas suspensivas do casamento, referidas no artigo 1523, que são quase todas voltadas aos interesses patrimoniais, principalmente em relação à partilha de bens. Determina o referido artigo que:

Art. 1.523. Não devem casar:

I- o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;

II- a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até 10 (dez) meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;

III- o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;

IV- o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.¹²²

Da forma como permanece no Código, a autorização do pai, tutor ou curador para que se casem os que lhes estão sujeitos não se volta à tutela da pessoa, mas ao patrimônio dos que desejam casar; a razão da viúva estar impedida de casar antes dos dez meses depois do começo da viuvez não é a proteção da pessoa humana do nascituro, ou da certeza da paternidade, mas a proteção de seus eventuais direitos sucessórios; o tutor, o curador, o juiz, o escrivão estão impedidos de casar com as pessoas sujeitas a sua autoridade, porque aqueles, segundo a presunção da lei, seriam movidos por interesses econômicos.

Observou-se, também, que no capítulo destinado à dissolução da sociedade conjugal e do casamento estão ressaltados os interesses patrimoniais, sublimados nos processos judiciais, na contramão da evolução do direito de Família. Inclusive pela afirmação contida no artigo 1.575¹²³ do novo

¹²² BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Novo Código Civil.

¹²³ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Novo Código Civil.

Código Civil, de que: “Art. 1.575. A sentença de separação judicial importa a separação de corpos e a partilha de bens”.

A confusa redação do artigo 1.601 do novo Código Civil Brasileiro, no que tange aos preceitos relativos à filiação, principalmente quanto à imprescritibilidade prevista ao final do referido artigo, estimula que a impugnação ou o reconhecimento judicial da paternidade tenham como móvel interesse econômico (primordialmente a herança), ainda que ao custo da negação da história da vida construída na convivência familiar. Assim prevê o art. 1.601¹²⁴: “Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível”.

Ao refletir sobre os regimes de bens entre os cônjuges, já apresentados, importa trazer a baila o artigo 1.641 do novo Código Civil, que complementa a forte presença dos interesses patrimoniais nas relações familiares, na afronta, inclusive, ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana do maior de sessenta anos, cuja afetividade é desconsiderada em favor de interesses de futuros herdeiros, veja-se:

Art. 1.641. É obrigatório o regime de separação de bens no casamento:

I- das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

II- da pessoa maior de 60 (sessenta) anos;

III- de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Em termos quantitativos analisou-se o Código Civil Brasileiro de 1916 que destinava a maioria dos artigos relativos ao direito de Família aos interesses patrimoniais ou econômicos. Comparativamente, o novo Código Civil Brasileiro de 2002, de um total de 273 artigos, reserva 112 aos interesses patrimoniais. Assim, ao menos em relação à proporção de artigos voltados predominantemente às pessoas humanas integrantes das situações familiares,

¹²⁴ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Novo Código Civil

o novo Código Civil Brasileiro de 2002 contemplaria mais a diretriz da repersonalização¹²⁵.

Destaca Lobo ¹²⁶, em resumo, a distribuição dos artigos predominantemente patrimonializantes do Livro IV do novo Código Civil:

- a) Casamento: 3 (de 80);
- b) Parentesco (incluindo filiação): nenhum (de 48);
- c) Regime de bens: 50 (de 50);
- d) Usufruto e administração dos bens dos filhos criança e adolescentes: 5 (de 5);
- e) Alimentos: 17 (de 17);
- f) Bem de família: 12 (de 12);
- g) União estável: 1 (de 5);
- h) Tutela e curatela: 24 (de 56).

Na perspectiva qualitativa, todavia, o quadro altera-se, pois muitos dispositivos do novo Código Civil Brasileiro de 2002, que formalmente tutelam direitos pessoais, marcaram os interesses patrimoniais prevaletentes. Na visão de Lobo¹²⁷:

Tomam-se quatro exemplos: o casamento, a culpa, a contestação da paternidade e a natureza da filiação: a) o Código mantém a primazia do casamento (dos 273 artigos, 80 são relativos ao casamento), sem referência às demais entidades familiares, em seus múltiplos arranjos, na parte destinada aos direitos pessoais. A organização da família em torno do casamento resulta ainda da concepção individualista liberal da unidade política e econômica de preservação do patrimônio familiar, mas que não corresponde aos princípios da liberdade, igualdade e, acima de tudo, de ampla garantia da dignidade de seus membros; b) a impressionante revalorização do papel da culpa, promovida pelo Código Civil de 2002, desconsidera as tendências doutrinárias, legislativas e de sentimento popular, no Brasil e nos países ocidentais, com forte impacto nas separações

¹²⁵ Repersonalização: “A excessiva preocupação com os interesses patrimoniais que matizaram o direito de família tradicional não encontra eco na família atual, vincada por outros interesses de cunho pessoal ou humano, tipificados por um elemento aglutinador e nuclear distinto; a afetividade. Esse elemento nuclear define o suporte fático da família tutelada pela Constituição, conduzindo ao fenômeno que denominamos repersonalização”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A Repersonalização das relações de Família*. Op. cit. p. 147.

¹²⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A Repersonalização das relações de Família*. p. 147/148.

¹²⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A Repersonalização das relações de Família*. p. 148.

judiciais, nos alimentos e nas sucessões. Por trás da imputação da culpa estão os interesses patrimoniais (a culpa está disseminada no Código de 2002, especialmente nos artigos 1.564, 1.572, 1.573, 1.577, 1.578, 1.580, 1.694, 1.702, 1.704, 1.830); outro exemplo, não menos impressionante, é o da imprescritibilidade da contestação da paternidade (art. 1.601), cuja interpretação literal conduz à negação do estado de paternidade e de filiação que se tenha constituído na convivência familiar, desestruturando laços afetivos, quando os interesses patrimoniais se fizerem determinantes; d) do mesmo modo, a primazia da origem biológica, estimulada pelo Código de 2002, contrariando o estado de filiação socioafetiva, favorece a prevalência dos interesses patrimoniais, como se estes fossem a finalidade do direito de família. É, portanto, resistente o paradigma patrimonializante individualista-liberal em nossa legislação infraconstitucional, indiferente ao postulado fundamental da dignidade da pessoa humana proclamado na Constituição de 1988.

E, portanto, acaba por se observar à permanência de certos interesses patrimoniais nas Relações de Família na Legislação Brasileira.

1.6 A PERMANÊNCIA DOS INTERESSES PATRIMONIAIS NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA, CONFORME A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O direito de família disciplina direitos de três ordens, a saber, pessoais, patrimoniais e assistenciais, ou ainda, matrimoniais, parentais e protectivos. Firma-se, igualmente, que esses direitos e situações são de carácter eminentemente pessoais, não sendo os interesses patrimoniais predominantes. Seria o direito de família o mais pessoal dos direitos civis. As normas de direito das coisas e de direitos das obrigações não seriam subsidiárias do direito de família.

Entretanto, os códigos civis da maioria dos povos ocidentais desmentem essa recorrente afirmação. Editados sob inspiração do individualismo liberal, alçaram a propriedade e os interesses patrimoniais a pressuposto nuclear de todos os direitos privados, inclusive o direito de família.

Lembra Pontes de Miranda¹²⁸ que a palavra família, aplicada aos indivíduos, empregava-se no direito romano, em acepções diversas. Era também usada em relação às coisas, para designar o conjunto do patrimônio, ou a totalidade dos escravos pertencentes a um senhor.

Engels¹²⁹ esclarece que a palavra família não pode mesmo ser aplicada, em princípio, aos próprios romanos, ao casal e aos filhos, mas somente aos escravos. *Famulus* quer dizer escravo, e família era o conjunto de escravos pertencentes a um homem.

É na origem e evolução histórica patriarcal e no predomínio da concepção do homem livre proprietário que foram assentadas as bases da legislação sobre a família, inclusive no Brasil.

Como já dito no item anterior, dos 290 artigos da parte destinada ao direito de família, 151 tratavam de relações patrimoniais, enquanto 139 relatavam sobre as relações pessoais. A partir da década de setenta do século XX essas bases começaram a ser abaladas com o advento de nova legislação emancipadora das relações familiares (divórcio, união estável, entre outras), que abalaram as estruturas centenárias ou milenares do patriarcalismo.

No que se refere à filiação, a assimetria do tratamento legal aos filhos, em razão da origem e do pesado discrimine causado pelo princípio da legitimidade, não era inspirada na proteção da família, mas na proteção do patrimônio familiar. A caminhada progressiva da legislação rumo à completa equalização do filho dito legítimo foi delimitada ou contida pelos interesses patrimoniais em jogo, sendo obtida a conta-gotas: primeiro, o direito a alimentos; depois, a participação em $\frac{1}{4}$ da herança; mais adiante, a participação em 50% da herança.

O Código Civil de 2002, apesar da apregoada mudança de paradigma, do individualismo para a solidariedade social, manteve forte a presença dos interesses patrimoniais sobre os pessoais, em variados institutos do Livro IV, dedicado ao direito de Família, desprezando o móvel da *affectio*, inclusive no Título I destinado ao “direito pessoal”.

¹²⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, v. 7, 1971. p. 172.

¹²⁹ ENGELS, Friedrich. **A origem da Família, da propriedade privada e do Estado**. p.80-5.

Observou-se, também, que no capítulo destinado à dissolução da sociedade conjugal e do casamento estão ressaltados os interesses patrimoniais, sublimados nos processos judiciais, na contramão da evolução do direito de Família.

Em termos quantitativos analisou-se o Código Civil Brasileiro de 1916 que destinava a maioria dos artigos relativos ao direito de Família aos interesses patrimoniais ou econômicos. Comparativamente, o novo Código Civil Brasileiro de 2002, de um total de 273 artigos, reserva 112 aos interesses patrimoniais. Assim, ao menos em relação à proporção de artigos voltados predominantemente às pessoas humanas integrantes das situações familiares, o novo Código Civil Brasileiro de 2002 contemplaria mais a diretriz da repersonalização¹³⁰.

O censo demográfico relativo à última década do século XX, organizado pelo IBGE, demonstra que a pirâmide da perversa distribuição de renda no Brasil exclui a grande maioria da população da incidência das normas da legislação civil voltadas à tutela do patrimônio¹³¹. A realidade palpável é a de o Código Civil permanecer impermeável, inclusive no que concerne às relações de família, aos interesses da maioria da população brasileira que não tem acesso às riquezas materiais.

Evidentemente, as relações de Família também têm natureza patrimonial, Sempre terão. Todavia, quando os interesses patrimoniais passam a ser determinantes, desnaturam a função da Família como espaço de realização da dignidade da pessoa humana na convivência e na solidariedade afetiva.

Cabe a proteção do patrimônio desde que não seja o fundamento principal ou exclusivo da relação de família.

¹³⁰ Repersonalização: “A excessiva preocupação com os interesses patrimoniais que matizaram o direito de família tradicional não encontra eco na família atual, vincada por outros interesses de cunho pessoal ou humano, tipificados por um elemento aglutinador e nuclear distinto; a afetividade. Esse elemento nuclear define o suporte fático da família tutelada pela Constituição, conduzindo ao fenômeno que denominamos repersonalização”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A Repersonalização das relações de Família*. p. 147.

¹³¹ O Censo de 2000 confirma a nação de desiguais: em 1960, os 10% mais ricos detinham renda 34 vezes maior que os 10% mais pobres; em 2000, a concentração de renda tinha aumentado; os 10% mais ricos detinham renda equivalente a 47 vezes a dos 10 mais pobres. De um total de 46.306.278 famílias brasileiras, apenas 2.754.437 (5,9%) ganhavam mais de 20 salários mínimos. *In: LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Repersonalização das relações de Família*. p. 149.

Neste sentido é necessário estabelecer uma reflexão no próximo capítulo acerca do paradigma afetual na constituição das relações familiares.

CAPÍTULO 2

A CRÍTICA AO PARADIGMA PATRIMONIAL E CONTRATUALISTA DA FAMÍLIA A PARTIR DO REFERENTE DA AFETIVIDADE

2.1. O AFETO: ELEMENTO FUNDANTE DAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA

Com as consideráveis mudanças no seio familiar, e na sua estrutura organizacional, as entidades familiares mudaram seus costumes, como por exemplo, a drástica redução no número de filhos, dando margem, assim, a um relacionamento mais próximo entre os seus membros, permitindo uma maior abertura para o afeto, mostrando um indício de mudança do modelo tradicional: a família deixou de ser apenas um centro de produção¹³².

Entende Carbonera¹³³ que “somente podem ser **dignas e iguais** as pessoas que respeitam as outras, e isto acontece de forma voluntária quando se unem em virtude do **afeto**”

O afeto para Maffesoli¹³⁴ está em toda a relação fundada no prazer de ser e de estar junto com o outro.

Novas famílias passaram a ser constituídas à margem do direito, sendo um exemplo clássico o caso da união estável, que, apesar de não ser reconhecida pelo Estado anteriormente à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, não deixaram de existir. Desta forma, o sentimento ganhou força onde antes havia o predomínio da lógica contratual.

Discursar sobre o afeto nas relações familiares pode parecer, inicialmente, desnecessário, devido a este sentimento ser considerado um elemento fundamental das relações de família, e de interesse das próprias

¹³² CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 296.

¹³³ CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. p. 296.

¹³⁴ MAFFESOLI, Michel. **O tempo das tribos: o declínio do individualismo nas sociedades pós-modernas**. Tradução Maria de Lourdes Menezes; tradução do anexo e do prefácio Débora de Castro Barros. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2006. p. 137/138.

peças envolvidas na situação, independentemente de intervenções de outrem.

O afeto, no entanto, deixa de ser de interesse exclusivamente privado e entra na seara jurídica, confirmando sua importância como um relevante valor jurídico. Maria Berenice Dias¹³⁵ escreve: “[...] amplo é o espectro do afeto, mola propulsora do mundo e que fatalmente acaba por gerar consequências que necessitam se integrar ao sistema normativo legal”.

As atuais tendências do Direito de Família indicam o afeto como um elemento relevante a ser considerado pela esfera jurídica, estando os julgadores cientes do valor do afeto nas relações familiares, conforme jurisprudências, tais como as relacionadas:

APELAÇÃO. UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA. Embora reconhecida na parte dispositiva da sentença a existência de sociedade de fato, os elementos probatórios dos autos indicam a existência de união estável. PARTILHA. **A união homossexual merece proteção jurídica, porquanto traz em sua essência o afeto entre dois seres humanos com o intuito relacional.** Caracterizada a união estável, impõe-se a partilha igualitária dos bens adquiridos na Constância da união, prescindindo da demonstração de colaboração efetiva de um dos conviventes, somente exigidos nas hipóteses de sociedade de fato. NEGARAM PROVIMENTO.¹³⁶

O Judiciário não pode se esquivar de tutelar às relações baseadas no afeto, inobstante as formalidades muitas vezes impingidas pela sociedade para que uma união seja digna de reconhecimento judicial.

¹³⁷

UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. DIREITO SUCESSÓRIO. ANALOGIA.

¹³⁵ DIAS, Maria Berenice. **Efeitos patrimoniais das relações de afeto.** Repertório IOB de Jurisprudência, 15/ 97, caderno 3, p. 301.

¹³⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação cível n° 70.006.542.377, da 8ª Câmara Cível de Porto Alegre**, rel. Des. Rui Portanova, julgado em 11 de setembro de 2003.

¹³⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n° 70.010.787.398, da 7ª Câmara Cível de Porto Alegre**, rel. Des. Maria Berenice Dias, julgado em 27 de abril de 2005.

Incontrovertida a convivência duradoura, pública e contínua entre parceiros do mesmo sexo, impositivo que seja reconhecida a existência de uma união estável, assegurando ao companheiro sobrevivente a totalidade do acervo hereditário, afastada a declaração de vacância da herança.

A omissão do constituinte e do legislador em reconhecer efeitos jurídicos às uniões homoafetivas impõe que a Justiça colmate a lacuna legal fazendo uso da analogia. O elo afetivo que identifica as entidades familiares impõe seja feita analogia com a união estável, que se encontra devidamente regulamentada. Embargos infringentes acolhidos, por maioria.¹³⁸

Silvana Maria Carbonara¹³⁹ fala sobre o afeto como um novo elemento a ser considerado juridicamente, que:

ganhou dimensões significativas um elemento que anteriormente estava à sombra: o sentimento. E, com ele, a noção de afeto, tomada como um elemento propulsor da relação familiar, revelador do desejo de estar junto à outra pessoa ou pessoas, se fez presente.

Carbonara¹⁴⁰ complementa: “embora continuem existindo famílias nos moldes patriarcais, a recepção de outras formas abriu espaço para famílias fundadas no afeto e no desejo de estar junto, formando uma comunhão de vida e fazendo com que este seja seu elemento central”.

A afetividade nas entidades familiares foi juriscizada quando leva em conta “os desejos de seus membros em satisfazer seus interesses de realização afetiva e crescimento pessoal”.¹⁴¹ Foi valorizada, assim, cada pessoa integrante da família, assim como, seus interesses e sentimentos.

Perlingieri¹⁴² complementa: “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”.

¹³⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Embargos Infringentes n° 70.003.967.676, do 4° Grupo de Câmaras Cíveis de Porto Alegre**, rel. Des. Maria Berenice Dias, julgado em 09 de maio de 2003.

¹³⁹ CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. p. 286.

¹⁴⁰ CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. p. 295.

¹⁴¹ CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. p. 290.

¹⁴² PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 2° ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 244.

2.2 UMA REFLEXÃO SOCIOANTROPOLÓGICA SOBRE O AFETO

No atual estágio da humanidade se faz necessário analisar o homem, suas transformações, seu meio social, seus contratos sociais a partir de um elemento novo, mas de fundamental importância, o *afeto*.

Os absolutistas¹⁴³ entenderam que tal análise seria inútil, já que o afeto faz parte do abstrato; aquilo de criança e adolescente importância e, ainda, o que contraria a explicação de que todas as questões humanas partiriam da análise de macro estruturas econômicas. O pós-modernismo traz em seu bojo um novo viés, o individualismo perde espaço para uma identificação grupal, ou seja, uma sociedade transformada por uma nova cultura, através do surgimento de grupos musicais, esportivos, de moda, etc...

Segundo Maffesoli¹⁴⁴, cada época traz em si um tipo de sensibilidade e de estilo que estabelece as relações que temos com os outros. Assim, enquanto a ordem política privilegia os indivíduos e suas associações contratuais racionais, uma nova ordem, a ordem da fusão, acentua a dimensão afetiva e sensível.

Afirma que “de um lado está o social, com uma consistência própria, uma estratégia e uma finalidade. Do outro, a massa em que se cristalizam as agregações de toda a ordem, tênues, efêmeras, de contornos indefinidos”.¹⁴⁵

Assim, uma certa inquietação pode marcar as análises sociológicas modernas, pois precisam levar em conta elementos que até então não eram passíveis de entendimento. A sociedade até o momento se moveu em relação ao concreto, ao político e atualmente notamos que as interações se estabelecem através do que Maffesoli chama de relação tátil, e que encontra, conforme o autor, correspondência com o que Walter Benjamin diz em Novo

¹⁴³ Pensamento político do século XIX – tese marxiana – compreende na sociedade civil exclusivamente as relações materiais ou econômicas. In: BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Organizado por Michelangelo Bovero. Tradução de Daniela B. Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 226.

¹⁴⁴ MAFFESOLI, Michel. **O tempo das tribos: o declínio do individualismo nas sociedades pós-modernas**. Op. cit. p. 126.

¹⁴⁵ MAFFESOLI, Michel. **O tempo das tribos: o declínio do individualismo nas sociedades pós-modernas**. Op. cit. p. 127.

Mundo Amoroso de Fourier, um “mundo onde a moralidade não tem mais nada a ver”, um mundo onde as paixões se engendram e se mecanizam entre si.”¹⁴⁶

A sociedade que emerge ante nossos olhos nos revela a queda de grandes certezas ideológicas e valores culturais, pois nada é absoluto. Todavia Maffesoli¹⁴⁷ pontua, em sua obra *Elogio da Razão Sensível* que:

(...) por mais relativista que seja, a lição das coisas não implica de modo algum uma abdicação do intelecto. Trata-se simplesmente de um desafio ao qual é preciso responder. E, em seu sentido mais restrito, ela remete para uma deontologia, a saber, para uma consideração das situações (da deonta) naquilo que elas tem de efêmero, de sombrio, de equívoco, mas também de grandioso. É assim que à moral do “dever ser” poderia suceder uma ética das situações. Esta, ou melhor seria dizer, estas últimas são atenciosas à paixão, à emoção, numa palavra, aos afetos de que estão impregnados os fenômenos humanos.

Esse *afeto*, no entanto, não pode ser entendido apenas a partir de definições como afeição, amizade, paixão. É tudo isso, somado a responsabilidade e ao reconhecimento de nossa individualidade frente à diversidade do outro, ante o respeito daquilo que o outro traz dentro de si para o coletivo. Esses sentimentos norteiam o nascimento e o crescimento dos grupos, das agregações, de uma família, de uma comunidade e sob esta ótica observa-se uma força que transcende as trajetórias individuais. É no sentimento partilhado que se fundamentam os grupos e a partir dessa característica a comunidade de idéias e as particularidades dos indivíduos.

Segundo G. Simmel¹⁴⁸:

A dimensão afetiva e sensível das relações sociais e seu desenvolvimento nos pequenos grupos contemporâneos trazem um fato cultural que pode ser de maior interesse para a compreensão do devir comunicacional de nossas sociedades.

¹⁴⁶ Benjamim, Walter apud. MAFFESOLI, Michel. **O tempo das tribos: o declínio do individualismo nas sociedades pós-modernas.** p. 128.

¹⁴⁷ MAFFESOLI, Michel. **Elogio da razão sensível.** Tradução de Albert Christophe Migueis Stuckenbruck. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005. p. 12.

¹⁴⁸ SIMMEL, G. apud MAFFESOLI, Michel. **O tempo das tribos: o declínio do individualismo nas sociedades pós-modernas.** p. 139.

Observamos, então, que o indivíduo está ligado pela cultura, pela comunicação, pelo lazer e pela moda, entre outros, a uma comunidade. É o que Maffesoli¹⁴⁹ chama de *Laço de Reciprocidade* que se tece entre os indivíduos. Trata-se de algum modo, de um entrecruzamento das ações, das situações e dos afetos que formam um todo.

Daí a metáfora: dinâmica da tecelagem, e estática do tecido social. Assim, tal como a forma artística se cria a partir da multiplicidade dos fenômenos reais ou fantasmáticos, também a força societal poderia ser uma criação específica, partindo dos minúsculos fatos que são da vida cotidiana. Esse processo faz, portanto, da vida comum uma forma pura, um valor em si.

Para o autor, não se pode negar que exista uma sociedade política, uma sociedade econômica, mas existe também uma realidade que dispensa qualitativos que é a coexistência social que ele chama de Socialidade e que poderia ser uma forma lúdica da socialização. Segundo Maffesoli, o *lúdico* não está ligado ao paradigma estético que tem a ver com utilidade, finalidade, praticidade ou o que se costuma chamar de realidades, mas aquilo que se estiliza na existência e o que se faz à característica essencial desta, o estar-junto.¹⁵⁰

Observou-se que durante muitos séculos a Família e o Estado seguiram padrões rígidos e altamente autoritários de relações e, a partir de seus preceitos e escalas morais se movia á sociedade. Atualmente tais preceitos se tornaram quase que obsoletos ante a constatação do elemento sensível do ser humano. Alguns pensadores clássicos já davam pistas de como a sociedade se moveria. Segundo Maffesoli¹⁵¹, o próprio Durkheim já reconhecia o papel do *afeto* na questão da *Divisão do Trabalho* e fez prognósticos de que as *efusões de sentimento* teriam, também, seu lugar nas corporações do futuro.

¹⁴⁹ MAFFESOLI, Michel. **O tempo das tribos: o declínio do individualismo nas sociedades pós-modernas**. p. 140.

¹⁵⁰ MAFFESOLI, Michel. **O tempo das tribos: o declínio do individualismo nas sociedades pós-modernas**. p. 141.

¹⁵¹ DURKHEIM, Ronald apud. MAFFESOLI, Michel. **O tempo das tribos: o declínio do individualismo nas sociedades pós-modernas**. p. 150.

A este respeito Maffesoli¹⁵² comenta que:

A sociedade não se resume em uma mecanicidade racional qualquer. Ela vive e se organiza, no sentido estrito do termo, através dos reencontros, das situações, das experiências no seio de diversos grupos a que pertence cada indivíduo. Esses grupos se entrecruzam uns com os outros e constituem ao mesmo tempo, uma massa indiferenciada e polaridades muito diversificadas.

Até mesmo em Hegel, na interpretação de Maffesoli¹⁵³, o Estado poderia ser considerado um conjunto vazio sem uma perspectiva de grupos e suas relações e construções, ou seja, não são os indivíduos que têm primazia, mas suas relações. O autor cita que “essa idéia de interconexão é notável, pois privilegia o papel de cimento que o afetivo, o ombro a ombro, pode representar”.¹⁵⁴

Pensar agrupamentos (familiares, religiosos, musicais) é pensar uma nova perspectiva de sociedade x indivíduo e suas relações. Tais grupos trazem uma cultura reforçada pelos meios de comunicação de massa e novas tecnologias (televisão a cabo, computadores, etc..) o que caracteriza também uma nova sociedade. Analisar a sociedade é analisar os grupos, o caráter afetivo é o que permitirá destacar a densidade da vida quotidiana e das forças impessoais atuantes.

Ocorre que a Modernidade ao mesmo tempo em que facilitou as relações sociais, acabou por contribuir para o esvaziamento destas, levando, inclusive, à “solidão gregária”, e ao fechamento no interior do próprio grupo em que está inserido o indivíduo.¹⁵⁵

Este fechamento poderia num primeiro momento significar aprofundamento das relações humanas, ocorre que nem sempre o caminho é

¹⁵² MAFFESOLI, Michel. **O tempo das tribos: o declínio do individualismo nas sociedades pós-modernas**. p. 151.

¹⁵³ MAFFESOLI, Michel. **O tempo das tribos: o declínio do individualismo nas sociedades pós-modernas**. p. 152.

¹⁵⁴ MAFFESOLI, Michel. **O tempo das tribos: o declínio do individualismo nas sociedades pós-modernas**. p. 152.

¹⁵⁵ MAFFESOLI, Michel. **O tempo das tribos: o declínio do individualismo nas sociedades pós-modernas**. p. 153.

este, pois no entendimento de Maffesoli ¹⁵⁶, “fica entendido que esse aprofundamento não é sinônimo de unanimismo, e tanto é assim que o conflito desempenha aí o seu papel. Aliás, não é essa a questão. Basta reter que a atração e a repulsa são causas e efeito do *relacionismo*”.

Isto porque as famílias vêm constituindo uma ética específica, onde se observa possuir um sentimento de pertença que não é absoluto, podendo, portanto, ser efêmero.

Realçando a ética da estética, uma das tonalidades da pós-modernidade ¹⁵⁷, pode-se ilustrá-la com o que Vaistman ¹⁵⁸ nos traz, ao dizer que a “manutenção da família subordinou-se ao emocional, princípio que passou a orientar comportamentos e estimular as pessoas a recusar relações íntimas sentidas como insatisfatórias”.

Pode-se dizer que a pós-modernidade afasta-se da servidão e envolve os homens através dos recursos da paixão. Em vez da obrigação da solidariedade mecânica; o bem-estar da comunhão, traduzida na solidariedade orgânica e socialidade. Em substituição à frieza da norma, o calor da exaltação. Deste modo, muitas famílias não pensam mais em convenções, mas sim em ser feliz ¹⁵⁹.

Para Humberto Maturana ¹⁶⁰ o “amor é fonte da socialização humana, e não o resultado dela”, e ainda que, “qualquer coisa que destrói o amor, qualquer coisa que destrói a congruência que ele implica, destrói a socialização. O que nos faz seres humanos é a nossa maneira de viver juntos como seres sociais na linguagem”.

¹⁵⁶ MAFFESOLI, Michel. **O tempo das tribos: o declínio do individualismo nas sociedades pós-modernas**. p. 153.

¹⁵⁷ Pós-modernidade para Maffesoli é um termo provisório, mas que não deve ser usado como um encantamento; pós-moderno significa apenas aquilo que está após a cultura moderna. *In*: ROUANET, Sérgio Paulo. & MAFFESOLI, Michel. **Moderno X Pós-Moderno**. Rio de Janeiro: UERJ, Departamento Cultural, 1994. p. 21.

¹⁵⁸ VAISTMAN, Jeni. **Flexíveis e plurais: casamento e família em circunstâncias pós-modernas**. Rio de Janeiro: Rocco, 1994. p. 14.

¹⁵⁹ SILVA, Juremir Machado da. **Anjos da perdição: futuro e presente na cultura brasileira**. Porto Alegre: Sulina, 1996.

¹⁶⁰ MATURANA, Humberto. **Reflexões sobre o amor: A ontologia da realidade**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002. p. 185.

Em outro norte, para Maffesoli¹⁶¹ “a vida cotidiana, em sua frivolidade e superficialidade é o que certamente tornará possível qualquer forma de agregação”.

Uma efervescência torna-se evidente neste jeito de ser Família, deixando-a mais livre para afirmá-la também como uma tribo, tomando-se a concepção maffesoliana do termo. Assim, tendo uma rede de comunicação que lhe é peculiar, apresenta necessidade de rituais e enfatiza aquilo que está próximo.

Tudo isto nos reporta à família na sua unicidade, e não na sua unidade. Isto porque a unidade nos traz a idéia de uniformidade, ou seja, de formas autoritárias e totalizantes de atuar no mundo¹⁶². Enquanto que a unicidade, como diz Maffesoli¹⁶³, pressupõe uma *união em pontilhado*, ou seja, a família se mostra num constante intercâmbio, com outras *tribos*, inclusive, e, sendo assim, também expressando a ambigüidade que o afeto traz consigo: de amabilidade e agressividade; querer estar junto e afastar-se; amar-se e odiar-se; sendo que “tudo isso não ocorre sem dilaceramentos e conflitos de toda ordem”.

O que importa, tendo como quadro de referência à sociologia compreensiva, é descortinar os atores prosseguindo na vida de todos os dias mais do que reduzir a variação dos fenômenos a estruturas rígidas. “Não se tratando, portanto, de julgar em nome de uma norma concebida de uma vez por todas, mas de compreender o sentido que os atores atribuem às relações sociais em que estão envolvidos”.¹⁶⁴

Todas as áreas de conhecimento humano precisam acompanhar a evolução da sociedade e se organizar a partir de seus novos paradigmas. A Filosofia, a Sociologia, a Antropologia, a Psicologia, o Direito, entre outros, precisam adequar suas ações para melhor responder à visão de homem e de mundo vigentes, e que traga em seu bojo a perspectiva de uma razão sensível, afetual.

¹⁶¹ MAFFESOLI, Michel. **O tempo das tribos: o declínio do individualismo nas sociedades pós-modernas**. Op. cit. p. 154.

¹⁶² REZENDE, Ana Lúcia Magela. **Pós-modernidade: o vitalismo no “chãos”**. Florianópolis. 1993. Plural, v. 3, n. 4, jan-jul. p. 10.

¹⁶³ MAFFESOLI, Michel. **O tempo das tribos: o declínio do individualismo nas sociedades pós-modernas**. Op. cit. p. 176.

¹⁶⁴ MAFFESOLI, Michel. **O conhecimento do cotidiano: para uma sociologia da compreensão**. Lisboa: Vega, s/d. 198 p.

O Direito, por exemplo, ainda traz em si forte influência daquilo que alguns teóricos chamam de *razão lógica* que inviolabiliza a constituição do desejado *Estado de Direitos*. Questões de cidadania, patrimônio, opção sexual, ainda são julgados à luz de paradigmas superados, não levam em consideração a sociedade atual.

Para Habermas¹⁶⁵, um Estado Democrático de Direitos pode ser entendido como aquele em que o cidadão passa a ser membro integrante do Estado e onde a soberania estatal não é mais do príncipe, mas do povo, onde se possibilita um novo modelo onde os direitos dos súditos transformam-se em direitos do homem, do cidadão.

Pasold¹⁶⁶ destaca a participação cada vez maior do Estado na vida da Sociedade, que historicamente evoluiu de uma fase de tolerância crescente até a exigência de participação, de modo que, hoje, são poucos os que admitem um comportamento omissivo do Estado frente ao encaminhamento e à solução dos grandes problemas sociais. No século XXI que se inicia, a necessária relação entre Estado e Sociedade é, sem dúvida, a de um instrumento que deve ser utilizado para servir a sua mantenedora, ou seja, a própria Sociedade.

Evidentemente que anterior ao asseguramento do Estado Democrático de Direitos é preciso fortalecer a idéia de Justiça.

Para Maria da Graça dos Santos Dias¹⁶⁷ “a justiça está relacionada à vida social, à vivência comunitária, ao modo de ser e estar-junto-com-o-outro-no-mundo”.

E ainda, acrescenta Dias¹⁶⁸:

Pode-se dizer que muito mais que um conteúdo teórico, a Justiça constitui um estilo ético de vida. Somente quando se está aberto à alteridade, ao compromisso e à responsabilidade pelo bem comum, se é ético e por isso justo. A Justiça do Direito e do Estado vincula-se a sua capacidade de asseguramento das condições de vida materiais, afetivas, sociais e espirituais, enfim, existenciais, de seus cidadãos. Justiça quer significar saúde, educação, moradia, trabalho,

¹⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. p. 129.

¹⁶⁶ PASOLD, César Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003. p. 43/44.

¹⁶⁷ DIAS, Maria da Graça dos Santos. **Justiça: referente ético do direito**. In: Encontro Nacional do CONPEDI. *Anais do XIII Encontro Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2005. p. 182/183.

¹⁶⁸ DIAS, Maria da Graça dos Santos. **Justiça: referente ético do direito**. p. 182/183.

segurança, participação, identidade, amor, solidariedade. Uma tal responsabilidade não pode ser prerrogativa apenas do Estado. Através de uma educação para a cidadania, o Estado deve também atuar como mediador, motivando e organizando os demais atores sociais para que se comprometam com a construção da Justiça. A Justiça fundamenta-se, portanto, no princípio da vida justa, onde os direitos fundamentais são respeitados.

E para que o Estado Social e Democrático de Direitos possa assegurar a Justiça é necessário à positivação de seus princípios, através da construção de políticas públicas eficazes, e da viabilização da democracia política e econômica.¹⁶⁹

Ocorre que a crise econômica e social pela qual passa nossa sociedade ameaça a vida democrática. Vivencia-se, portanto, uma crise do Estado, pois não há mais garantias nem mesmo em relação aos direitos fundamentais democraticamente conquistados.

Necessário, portanto, utilizar o Direito como realizador da harmonia de convívio, a defesa de uma convivialidade.

Na pós-modernidade, o rigor fracassa. As regras não param de se multiplicar. Cada grupo vai formando a sua ética de convívio, portanto, convivemos com diferentes éticas.

Conforme Maffesoli, “existe indícios de que os grandes valores da modernidade chegaram a sua saturação, sendo que um deles está no fato de que na vida cotidiana, não há mais aquela crença exacerbada no futuro, o interesse no presente é o outro elemento mais importante da pós-modernidade”.¹⁷⁰

A pós-modernidade tem reforçado, cada vez mais, um trabalho interdisciplinar, onde um profissional híbrido possa responder um pouco mais da complexidade deste mundo, observar que o Direito não caminha sozinho, senão ao lado da sociedade.

Para Maria da Graça¹⁷¹:

¹⁶⁹ DIAS, Maria da Graça dos Santos. **Justiça: referente ético do direito**. p. 183.

¹⁷⁰ ROUANET, Sérgio Paulo. & MAFFESOLI, Michel. **Moderno X Pós-Moderno**. p. 21

¹⁷¹ DIAS, Maria da Graça dos Santos. **A Justiça e o Imaginário Social**. Florianópolis: Momento Atual, 2003. p. 116.

O racionalismo abstrato da modernidade negou a importância do senso comum e da vivência. Já a racionalidade pós-moderna, ou transmoderna, recupera a temática do sensível e da experiência vivida. Busca-se o desvelamento das coisas como são em si mesmas. Admite-se a precariedade, provisoriedade e incompletude do conhecimento, porque a vida é insólita e o mundo imperfeito, incompleto e com um sentido plural. Daí a necessidade de o conhecimento sintonizar o vitalismo próprio do mundo da vida.

A filosofia e a ciência na pós-modernidade buscam a compreensão do mundo tal como é, como se mostra, como se dá em realidade, com todas as suas complexidades e paradoxos. O conhecimento pós-moderno articula razão e sensibilidade, não despreza o sensível por reconhecê-lo parte integrante da natureza humana e, em decorrência, do mundo social.

As Relações Contratuais predominantes nos séculos XVII e XVIII objetivavam a transferência pacífica e perfeitamente possível dos direitos do homem ao Estado, sendo tais direitos restituídos e garantidos pela tutela soberana, num processo simbiótico de concessões e salvaguardas de direitos e deveres. Entretanto, na pós-modernidade, com o aparecimento das Relações afetuais, que não significa aniquilamento daquelas, vê-se, no que tange principalmente aos agrupamentos familiares que é neles que nos perdemos, e até nos dissolvemos, em favor do grupo. Na família é que se realiza a entrega voluntária da nossa individualidade. Nela é que se processa a dádiva espontânea do poder evidenciado da nossa prescindível singularidade, em favor da valorização afetiva do grupo familiar e do que dela decorre.¹⁷²

Trata-se aqui do Estado social como uma ordenação e regulação das vontades de indivíduos conscientes, organizados numa sociedade humana, num estado-de-ser-humano, ou seja, como um exercício de poder para a sonhável implementação da justiça entre os homens.

¹⁷² LONGO, Adão. **O direito de ser humano**. Rio de Janeiro: Forense, Universitária, 2004. p. 151.

2.3 UMA REFLEXÃO DA PSICANÁLISE SOBRE O AFETUAL

Rodrigo da Cunha Pereira¹⁷³ afirma que “quando o ordenamento jurídico não for suficiente para dar uma resposta, essa deve ser procurada em outros campos do saber, entre eles a psicanálise”.

Philippe Julien traz à tona que a época contemporânea valoriza o bem-estar. O bem estar seria o que é útil, ou o que interessa¹⁷⁴.

Até o século XIX, o pai, chefe da sociedade conjugal, autoridade máxima dentro da Família, era quem determinava o que era melhor para seus filhos e para a sua esposa.

Segundo Julien¹⁷⁵, a função do pai, nas famílias tradicionais, fundadas na autoridade paterna, é transmitir ao filho a lei do dever. A modernidade viu a destituição do pai como autor da lei do dever. Reflete:

Parece que nos dias de hoje, com a desapareção do limite que evocávamos, o que constitui autoridade vem, simultaneamente, faltar. No que era nossa cultura, a conjunção entre lugar da autoridade e lugar do sagrado parecia natural. O lugar de autoridade era simultaneamente o lugar do esconderijo da divindade e justamente o lugar de onde os mandamentos podiam se autorizar. A conjunção não era o problema para ninguém; é por isso, aliás, que durante séculos o poder foi teológico-político. A política era fundamentalmente teológica, pois o poder, por delegação, vinha de Deus.

Para o autor¹⁷⁶ o esvaziamento da figura da autoridade do pai implica também o fim do político:

A vida política está desértica, não há a criança e adolescente concepção ideológica ou mesmo utópica, nem palavra de ordem, nem projeto. Não há mais programa político. Nossos homens políticos se transformam em gestores, a ponto de, muito logicamente,

¹⁷³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: IBDFAM: Síntese, v. 4, n. 16, p. 8, jan-mar. 2003.

¹⁷⁴ JULIEN, Philippe. **Abandonarás teu pai e tua mãe**. Tradução Procópio Abreu. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2000. p. 23.

¹⁷⁵ JULIEN, Philippe. **Abandonarás teu pai e tua mãe**. p. 25.

¹⁷⁶ JULIEN, Philippe. **Abandonarás teu pai e tua mãe**. p. 26.

um grande povo como o povo italiano colocar no poder aquele que é apresentado como homem de negócios. Tudo isso parece muito razoável: se ele soube gerir bem seus negócios, por que não saberia gerir os de seu país?

Ocorre que a partir de então, o filho não deve obedecer às ordens do pai porque este é a autoridade suprema na Família, mas deve obedecer porque “a lei moral se impõe por si mesma, e não em razão daquele que a enuncia”.¹⁷⁷

A lei do dever é transmitida ao filho para que o filho aprenda a respeitar a autoridade do pai e conseqüentemente, aprenda a respeitar as leis da Sociedade, o que permitirá uma boa interação com os outros membros dessa.

Adentrando nesta seara, Philippe Julien¹⁷⁸ diz que a relação entre o privado e o público na Modernidade toma a forma de uma disjunção entre conjugalidade e parentalidade, sendo um dos elementos que levam ao declínio da autoridade paterna. Acrescenta:

O século XX pensa antes que essa relação não pode ser deixada ao arbítrio da mãe, nem ao do pai. Em nome do bem do filho, vem então tomar lugar, sob figuras diversas, um terceiro social: o professor, a pediatra, a psicóloga, a assistente social, o juiz de criança e adolescentes, o juiz de varas de família. (...) quanto mais a conjugalidade é privada, mais a parentalidade é pública.¹⁷⁹

Para Julien¹⁸⁰, “assim que nasce um filho, o casal cruza a fronteira entre o privado e o público ao reconhecê-lo legalmente e obtém, em troca uma autoridade parental”.

Há ainda, a lei do interdito do incesto, que permite ao filho abandonar a Família de origem para formar a sua Família. Essa lei corresponde à lei do desejo, segundo Julien.¹⁸¹

A lei do desejo somente pode ser transmitida ao filho pela relação de conjugalidade que existe ou existiu entre a mãe e o pai. O filho, pouco após o

¹⁷⁷ JULIEN, Philippe. **Abandonarás teu pai e tua mãe**. p. 27.

¹⁷⁸ JULIEN, Philippe. **Abandonarás teu pai e tua mãe**. p. 15.

¹⁷⁹ JULIEN, Philippe. **Abandonarás teu pai e tua mãe**. p. 15/16.

¹⁸⁰ JULIEN, Philippe. **Abandonarás teu pai e tua mãe**. p. 18.

¹⁸¹ JULIEN, Philippe. **Abandonarás teu pai e tua mãe**. p. 31/45.

nascimento, experimenta a angústia em relação ao desejo da mãe: que quer ela então... de mim?¹⁸²

Segundo o próprio autor, a pessoa só se torna sujeito desejante a partir do desejo do outro. Ao perceber o desejo da mãe-mulher pelo homem-pai e o do pai-homem que se dirige à mulher-mãe, é que nasce o desejo do filho. Sendo este desejo do filho em relação à mãe, limitado por ela, que diz ao filho que o desejo dela não é ele, mas uma terceira pessoa. Para o filho ou filha, um homem é pai na medida em que recebe este lugar do desejo de sua mulher.¹⁸³

É essa estruturação psíquica, a Família, que é essencial para a formação do filho, tornando-o sujeito e capacitando-o para relacionar-se com os demais membros da sociedade, não importando se quem exerceu a função de pai e de mãe foram os ascendentes biológicos ou não.

Entretanto, o homem está diante de uma *crise de referências*, de identidades, de organizações e isso muitas vezes causa interrogação ante as situações que se apresentam. Lebrun¹⁸⁴ comenta que:

As transformações de nossas sociedades, subseqüentes à conjunção do desenvolvimento das tecnociências, da evolução da democracia e do crescimento do liberalismo econômico, nos obrigam a voltar a interrogar a maioria das nossas certezas de ontem. Pelo menos, se não quisermos nos satisfazer com simplesmente registrar as modificações consideráveis de nossos comportamentos que elas provocam.

Lebrun¹⁸⁵ continua dizendo que é difícil analisar este mundo transformado que se anuncia com novas demandas e temas como violência, transexualismo, alienação virtual, peso do midiático, enfim, e que apenas o confronto com tais questões seriam suficientes para a produção de novos conhecimentos. É necessário analisar o homem individual, seus desejos, seus sentimentos e o seu papel social.

¹⁸² JULIEN, Philippe. **Abandonarás teu pai e tua mãe**. p. 46.

¹⁸³ JULIEN, Philippe. **Abandonarás teu pai e tua mãe**. p. 47/48.

¹⁸⁴ MELMAN, Charles. **O homem sem gravidade**: gozar a qualquer preço. Entrevistas por Jean-Pierre Lebrun; Tradução: Sandra Regina Felgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2003. p. 10.

¹⁸⁵ MELMAN, Charles. **O homem sem gravidade**: gozar a qualquer preço. Op. cit. p. 10.

A psicanálise entende que o homem está um tanto perdido diante desta chamada crise de referência e se propõe a intervir no sentido de fazê-lo compreender esta mutação e ajudá-lo a reencontrar-se com ele próprio e a coletividade. Ao analisar o enunciado da nova economia psíquica trazida por Melman, Lebrun¹⁸⁶ diz que:

Não se tratava mais de evocar simples modificações do social e suas incidências na subjetividade de cada um, mas de examinar uma mutação inédita que estava produzindo seus efeitos. Efeitos que poderiam ser maiores e englobar tanto o indivíduo quanto a vida coletiva.

Importa identificar que desde o nascimento espelhamo-nos no olhar de um outro. Nascermos seres dependentes não só física, mas psicologicamente. O amadurecimento modifica a qualidade da dependência, a qual mantemos sob todas as formas por toda a vida.

Os pressupostos que formavam o que acreditávamos ser as bases de nosso conhecimento têm se modificado. Outros pressupostos surgem em um horizonte em que a crise é palavra corrente; crise da autoridade, inclusive política, crise do cuidado com o outro, crise de nossas referências.

Obrigatoriamente esta crise geral alcança a Família, que tem aberto espaço para novas constituições familiares, que levam em consideração as variações nas constituições individuais.

A Família chega a ser vista, por alguns, como em via de extinção, como se crise significasse extinção. É verdade que nos sentimos ameaçados pelas mudanças, mas a crise é um estado familiar à família, é da natureza humana, como o é o conflito.

Da mesma forma, ocorrem às crises evolutivas nas instituições e no conhecimento, levando-nos a mudanças de paradigmas. Segundo Edgar Morin¹⁸⁷:

¹⁸⁶ MELMAN, Charles. **O homem sem gravidade**: gozar a qualquer preço. p. 12.

¹⁸⁷ MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. São Paulo: Cortez; Brasília: Unesco. p. 21.

O paradigma desempenha um papel ao mesmo tempo subterrâneo e soberano em qualquer teoria, doutrina ou ideologia. O paradigma é inconsciente, mas irriga o pensamento consciente, controlando-o. Ainda segundo este e outros autores, o 'grande paradigma do Ocidente foi formulado por Descartes e imposto pelo desdobramento da história européia a partir do século XVII. O paradigma cartesiano separa o sujeito e o objeto, cada qual na esfera própria: separa a filosofia e a pesquisa reflexiva, de um lado, a ciência e a pesquisa objetiva de outro. Esta dissociação nos atravessa: Sujeito/Objeto, Alma/Corpo, Espírito/Qualidade/Quantidade, Finalidade/Causalidade, Sentimento/Razão, Liberdade/Determinismo, Existência/Essência'. O paradigma da modernidade prescreve como relação lógica: a disjunção.

Passamos por um período de descrença nos afetos, como se fôssemos seres divididos entre razão e emoção, e como se o pensamento se construísse independentemente do que lhe dá sentido, o sentimento.

Em comum entre o Direito e a Psicanálise temos a necessidade do entendimento do conflito. Para o direito uma pretensão resistida, o conflito, traz um barulho que deve ser silenciado. Para a Psicanálise deve haver uma escuta do conflito, a busca de suas razões para que se transforme em música¹⁸⁸.

Para pensar o ser humano e as suas relações, é preciso identificar que o desenvolvimento se dará através da vivência da ambivalência afetiva originária, ou seja, o amor¹⁸⁹ e o ódio. E é na Família que aprendemos e elaboramos esses sentimentos em maior ou criança e adolescente sintonia.

Para Giselle Groeninga¹⁹⁰:

Se existe o direito é porque existe o esquerdo, o torto; se existe a lei é porque existe o desejo; para a Psicanálise, o sujeito está assujeitado a outra lógica, às leis regidas pelo inconsciente e pelo desejo, pelos nossos impulsos, impulsos da sexualidade e, friso,

¹⁸⁸ GROENINGA, Giselle Câmara. Direito e Psicanálise – um novo horizonte epistemológico. In: **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil**. Coordenação: Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 255.

¹⁸⁹ Amar é constituir um Todo de que o outro e si mesmo fazem parte. Não é apenas a união que importa, mas a unidade de uma única Totalidade de que “tu” e “eu” são os elementos. In: JULIEN, Philippe. **Abandonarás teu pai e tua mãe**. p. 33.

¹⁹⁰ GROENINGA, Giselle Câmara. Direito e Psicanálise – um novo horizonte epistemológico. p. 256.

também da agressividade. Impulsos que desordenam e que tentamos, até certo ponto, em vão ordenar.

E continua a autora¹⁹¹:

Para o Direito, a proposta é que a subjetividade possa encontrar uma via de reinscrição na compreensão da relação entre os indivíduos, sujeitos e operadores do Direito, com a lei, e, por sua vez, resgatar o significado simbólico desta e a origem de sua legitimidade psíquica, que lhe conferem subjetiva e objetivamente, o poder e a autoridade. Os caminhos passam pela minoração da distância não só entre o Direito e a Psicanálise, mas em relação a outras disciplinas e à coletividade.

A Família é sistema de relações que se traduz em conceitos e preconceitos, idéias e ideais, sonhos e realizações.

A finalidade ética de cada disciplina está no respeito à família, aos grupos, à socialidade, e suas diversas formas de constituição. As disciplinas devem utilizar-se de seus conhecimentos em prol da Família, da sociedade, e não o inverso, como se tivesse o intuito de dominar e não de compreender.

Interessante que o afeto fez sua entrada no Direito por meio do que lhe era excluído, as relações de filiação, a adoção abrindo o caminho (adoção à brasileira)¹⁹², e as relações, como denomina a Desembargadora Maria Berenice Dias, homoafetivas. O que não se enquadrava na moldura legal, o que estava excluído, reprimido, inconsciente para o ordenamento legal, foi exercendo pressão.

A busca da humanização do sujeito dirigi-se cada vez mais para a ampliação da compreensão das relações entre o sentimento, o pensamento e a ação. Para Giselle Groeninga¹⁹³:

¹⁹¹ GROENINGA, Giselle Câmara. **Direito e Psicanálise – um novo horizonte epistemológico**. p. 256.

¹⁹² São quatro as espécies de filiação sociológica: a adoção judicial; o filho de criação; a adoção à brasileira e o reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade e/ou maternidade. Nesses casos, é edificado o estado de filho afetivo (posse de estado de filho), na forma dos arts. 226, §§4º e 7º, 227, caput e § 6º, da Constituição Federal de 1988, e 1.593, 1.596, 1.597, V, 1.603 e 1.605, II, do Código Civil, cuja declaração de vontade torna-se irrevogável, salvo erro ou falsidade do registro de nascimento (art. 1.604 do CC).

¹⁹³ GROENINGA, Giselle Câmara. **Direito e Psicanálise – um novo horizonte epistemológico**. p. 259.

Somos seres complexos que, quando confusos, buscamos na simplificação um alívio para a angústia em ser humano. E a parte mais complexa está justamente nos nossos afetos, tão ricos e indefiníveis, responsáveis pelas imprecisões da linguagem. Na tentativa de simplificar e mesmo de nos afastar dos afetos, buscamos a objetividade e um ideal de neutralidade, que mesmo nas ciências exatas não mais se mantém. (...) Muitas vezes idealizando a família como reduto só de amor. Idealização que se quebra quando nos defrontamos com a violência dos conflitos familiares. A função da família está mais além do amor, está em possibilitar as vivências afetivas de forma segura, balizando amor e agressividade, inclusive para que as utilizemos como matéria-prima da empatia, capital social por excelência.

Assim, mister analisar as novas formas de família fundadas no afeto.

2.4 DAS NOVAS FORMAS DE FAMÍLIA FUNDADAS NO AFETO

A pluralidade das formas de família têm seu marco histórico na Constituição da República de 1988, que trouxe inovações ao romper com o modelo familiar fundado unicamente no casamento, e dispor sobre outras formas de família: união estável e família monoparental.

Alguns doutrinadores defendem que o art. 226¹⁹⁴ da Constituição é uma “norma de clausura”, na medida em que elenca as entidades familiares que são objeto da proteção do Estado.

Mister comentar que independentemente de não estarem previstas no texto constitucional, subsistem outras entidades familiares além daquelas elencadas.

A família passou a ser, predominantemente, *locus* de afeto, de comunhão do amor, em que toda forma de discriminação afronta o princípio basilar do Direito de Família. Com a personalização dos membros da família eles passaram a ser respeitados em sua esfera mais íntima, na medida em que

¹⁹⁴ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

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

§ 4º. Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. *In*. Constituição Federativa do Brasil.

disto depende a própria sobrevivência da família, que é um “meio para a realização pessoal de seus membros. Um ideal em construção”, conforme salienta Rosana Fachin¹⁹⁵. É na busca da felicidade que o indivíduo viu-se livre dos padrões estáticos para constituir sua família.

Torna-se dispensável tratar das famílias já tipificadas no texto constitucional – casamento, união estável e entidade monoparental. A elas já foi dispensado tratamento legislativo, doutrinário e jurisprudencial e, portanto, já têm o selo de legitimidade concedido ideologicamente pelo Estado.

A proposta é, então, colocar como figuras centrais outras formas de famílias, cujo tratamento e proteção passa pela consideração do critério da afetividade, partindo-se da premissa da sua inegável existência e da tutela que a ela deve ser dispensada pelo Estado, em decorrência do que prevê o *caput* do art. 226 da Constituição Federal.

Mesmo quando a legislação brasileira disciplinava apenas a família fundada no casamento, essas outras famílias já existiam, e continuarão existindo independentemente de sua positivação pelo Estado. E, da mesma forma que as famílias positivadas possibilitam a seus membros estabelecerem-se como sujeitos e desenvolverem relações na *polis*, a estas outras deve ser dada legitimidade como um imperativo da noção de cidadania.

Como se vê, a família no Brasil como instituição perdeu muito de sua força. Segundo, Marlise Matos¹⁹⁶, cinco grandes fatores macrossociais contribuíram para a transformação dessa realidade. O *primeiro* refere-se às transformações no próprio sistema capitalista e a expansão do mercado que acaba inserindo a todos na dinâmica do trabalho e principalmente incorporando as mulheres ao trabalho remunerado. O *segundo* fator, cuja origem vem da França, Inglaterra, ganhando força nos EUA e chegando também ao Brasil, é a luta pelos direitos civis e pelas minorias, que traduzem, em síntese, o direito à vida, igualdade, liberdade, segurança, etc, acima e independentemente de cor, sexo e religião. O *terceiro* advém do crescente e contínuo movimento de individualização das mulheres, o que se traduz em seu maior acesso ao

¹⁹⁵ FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família no novo milênio**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 147.

¹⁹⁶ MATOS, Marlise. **Reinvenções do vínculo amoroso: cultura e identidade de gênero na modernidade tardia**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2000, p. 18-19.

mercado de trabalho e à escolarização. O *quarto* é a consequência do feminismo associada ao controle tecnológico de reprodução humana, separando reprodução do exercício da sexualidade. O *quinto* é uma maior visibilidade das alternativas identitárias de gênero, especialmente homossexuais, bissexuais ou transexuais.

Para melhor compreensão, classifica-se essas entidades familiares em três grupos: família conjugal, família parental e família unipessoal ou *single*. Indaga-se, qualquer tipo de família possível estará necessariamente em uma dessas três categorias?

Família conjugal é aquela que se estabelece a partir de uma relação amorosa, na qual estão presentes, além do afeto, o desejo e o amor sexual. O amor conjugal assenta-se também na sexualidade, que não está necessariamente na genitalidade. Isto ajuda o Direito a ampliar a noção de amor conjugal. Pode haver, por exemplo, um casal que, em decorrência de fatores como impotência ou frigidez causadas pela idade, doença ou por outras razões, o exercício de sua sexualidade não necessariamente está nos atos sexuais genitalizados tradicionais. Mas isto não anula ou invalida o amor conjugal. A sexualidade é da ordem do desejo¹⁹⁷.

Essas outras famílias podem ser recompostas, reconstituídas e/ou binucleares, casais com filhos de casamentos anteriores e seus novos filhos, casais sem filhos, casais homossexuais... A lista dos diversos arranjos familiares é grande. Fundamental é verificar se os sujeitos que se dispuseram a unir-se o fazem pelos laços afetivos e se constituíram uma entidade familiar que está além de um convívio superficial e desprezioso. Se assim for, devem ser tomados e protegidos como família.

Pouco relevante é a obediência a uma padronização, mesmo porque, quando se trata de afeto, isso é impensável. Necessário é compreender que a sociedade comporta a pluralidade de família.

Um dos assuntos mais polêmicos é a caracterização da entidade familiar derivada de uma união de pessoas do mesmo sexo, notadamente em razão do crescente contingente de situações que são levadas ao crivo do Estado –

¹⁹⁷ CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. **A sexualidade vista pelos tribunais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 62.

através do Poder Legislativo e, principalmente, do Judiciário, no clamor de uma solução. Mister trazer a baila uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que está dando um outro rumo à história das famílias plurais:

Em se tratando de situações que envolvem relações de afeto, mostra-se competente para o julgamento da causa uma das varas de família, à semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais. (TJRS, Ag. 599075496, Ac. 8ª Câmara Cível, rel. Des. Breno Moreira Mussi, RTDC2/155)

Se a família encontra-se dissociada do casamento e da procriação, se a união homoafetiva contém respeito, consideração mútua, assistência moral e material recíprocas, não se justifica deixar ao desabrigo essa entidade familiar sob as normas de ordem moral ou por não se tratar de diversidade de sexos, sobretudo diante da liberdade de opção sexual consubstanciada no direito à privacidade. De acordo com Maria Berenice Dias pacifica a discussão:

Abstraindo-se o sexo dos conviventes, nenhuma diferença entre as relações homo e heterossexuais, pois existe uma semelhança no essencial, a identidade de motivos entre os dois casos. Ambos são vínculos que têm sua origem no afeto, havendo identidade de propósitos, qual seja a concretização do ideal de felicidade de cada um... A omissão legal não pode ensejar negativa de direitos a vínculos afetivos que não tenham a diferença do sexo como pressuposto. A dimensão metajurídica de respeito à dignidade humana impõe que se tem como protegidos pela Constituição relacionamentos afetivos independentemente da identificação do sexo do par: se formados por homens e mulheres ou só por mulheres ou só por homens¹⁹⁸.

A importância da aplicação do princípio constitucional da pluralidade de formas de família às uniões de pessoas do mesmo sexo, assim como a qualquer outro vínculo amoroso que tenha estruturação psico-social de família, vai muito além da simples salvaguarda de direitos patrimoniais, pessoais ou previdenciários. Esta importância está, principalmente, na legitimação e

¹⁹⁸ DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito & a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 86.

desmarginalização das relações familiares, o que significa, em última análise, o cumprimento da palavra de ordem da contemporaneidade, cidadania, fazer cumprir também princípio da dignidade da pessoa humana.

Uma outra categoria de família, que pode conter ou estar contida na família conjugal, é a parental. Podemos designar por família parental a entidade familiar que se forma por um grupamento de pessoas unidas pelos laços de parentesco biológico ou “socioafetivo”.

Neste sentido, situa-se a família monoparental, que teve sua positivação a partir da Constituição Federal de 1988, então designada por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, ou seja, pelo homem ou pela mulher, sem o par conjugal, e sua prole.

Também são famílias parentais as comunidades compostas por irmãos que não convivem com os pais e também aquelas compostas por avós e respectivos netos. Em razão da aplicação do princípio da pluralidade de família, o STJ já definiu tais comunidades como família:

EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. LEI N. 8.009/90. IMPENHORABILIDADE. MORADIA DA FAMÍLIA. IRMÃOS SOLTEIROS. Os irmãos solteiros que residem no imóvel comum constituem uma entidade familiar e por isso o apartamento onde moram goza de proteção de impenhorabilidade, prevista na Lei n.8.009/90, não podendo ser penhorado na execução de dívida assumida por um deles. (STJ, REsp. n.159.851-SP, DJ 22/6/1998)

Outra espécie de família parental que merece destaque é a socioafetiva, cuja nomenclatura advém da expansão da já difundida “filiação socioafetiva”. Inclui a família substituta, cuja gênese é a adoção, tutela ou guarda, conforme já preceituava, desde 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente. A família parental constituída pela socioafetividade vem sendo amplamente protegida pela jurisprudência, em manifesta aplicação do princípio da pluralidade das formas de família, conforme demonstram as decisões abaixo:

Negatória de paternidade. ‘Adoção à brasileira’. Confronto entre a verdade biológica e a socioafetiva. Tutela da dignidade da pessoa humana. Procedência. Decisão reformada. A paternidade

socioafetiva, estando baseada na tendência de personificação do direito civil, vê a família como instrumento de realização do ser humano; aniquilar a pessoa do apelante, apagando-lhe todo o histórico de vida e condição social, em razão de aspectos formais inerentes à irregular 'adoção à brasileira', não tutelaria a dignidade da pessoa humana, nem faria justiça ao caso concreto, mas, ao contrário, por critérios meramente formais, proteger-se-ia as artimanhas, os ilícitos e as negligências utilizadas em benefício do próprio apelado. (TJPR, Ac. 108.417-9, rel. Des. Accácio Cambi, j. 12/12/2001, *DJPR* 4/2/2002).

Também se inclui nesta categoria de família aquelas chamadas *reconstruídas*, *reconstituídas*, *binucleares* e *famílias "mosaico"*, usualmente formada pelo par e os filhos advindos de relações conjugais anteriores, que busca substituir a mãe e/ou o pai. Havendo descendentes de famílias anteriores de ambos os lados, estes passarão a desenvolver uma convivência familiar sem elo de consangüinidade, mas serão, sim, *filhos do coração*, conforme denomina Rolf Madaleno¹⁹⁹, ou seja, *irmãos de afeto*. Esses vínculos parentais estão cada vez mais comuns em razão da nova realidade das famílias, embora não haja previsão legal e nem nomenclatura para os filhos nesta *família mosaico*. Entretanto, não considerá-los como membros de uma família é negar-lhes, inclusive, a norma de inclusão contida no art. 226 da Constituição Federal e artigo 1.593²⁰⁰ do Novo Código Civil Brasileiro.

Não pode passar despercebida ao ordenamento jurídico a enorme propagação de indivíduos que optam ou são levados a viverem sozinhos, aqueles deslocados fisicamente dos demais entes consangüíneos e afetivos. São solteiros por convicção, viúvos ou separados/divorciados sem filhos, ou os que já constituíram outras famílias, celibatários, etc. A característica principal dos *singles* não é morar sozinho, pois há muitos casais, sem filhos, que vivem cada um em uma casa. A característica principal dos *singles* é não estarem vinculados maritalmente.

Se o argumento contrário ao "ser família" é o próprio unitarismo de sua formação, conquanto que o elo de afeto pressupõe pelo menos *um outro*, deve-

¹⁹⁹ MADALENO, Rolf. Filhos do coração. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 23, p. 22-36.

²⁰⁰ "Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade *ou outra origem*". In: BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Novo Código Civil.

se usar, como defesa, a ponderação no sentido de que deve ser, na hipótese, também resguardada a dignidade da pessoa humana e autonomia do sujeito que se identifica como família, ainda que seja apenas para reconhecimento e proteção de determinados direitos. Neste sentido, é que os tribunais reconheceram dita entidade familiar para fins da aplicação da proteção contida na Lei n. 8.009/90, por conjugar com o princípio da dignidade humana:

A Lei n.8.009/90 precisa ser interpretada consoante o sentido social do texto. Estabelece a limitação à regra draconiana de o patrimônio do devedor responder por suas obrigações patrimoniais. O incentivo a casa

própria busca proteger as pessoas, garantindo-lhes o lugar para morar. Família, no contexto, significa instituição social de pessoas que se agrupam, normalmente por laço de casamento, união estável ou descendência. Não se olvidem os ascendentes. Seja o parentesco civil, ou natural. Compreende ainda a família substituta. Nessa linha, conservada a teleologia da norma, o solteiro deve receber o mesmo tratamento. Também o celibatário é digno dessa proteção. E mais. Também o viúvo, ainda que seus descendentes hajam constituído outras famílias e, como, normalmente acontece, passam a residir em outras casas. *Data vênia*, a Lei n.8.009/ 90 não está dirigida a número de pessoas. Ao contrário – à pessoa. Solteira, casada, viúva, desquitada, divorciada, pouco importa. O sentido social da norma busca garantir um teto para cada pessoa. Só essa finalidade, *data vênia*, põe sobre a mesa a exata extensão da lei. Caso contrário, sacrificar-se-á a interpretação teleológica para prevalecer a insuficiente interpretação literal. (STJ, 6ª Turma, REsp. n.182.223/SP, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU 10/5/1999)

Observa-se que o conceito de Família, tendo em vista suas alterações de estrutura no decorrer dos tempos, necessita constantemente de atualização e remodelamento, para que acompanhe o desenvolvimento natural da sociedade.

2.5 A FUNÇÃO ATUAL DA FAMÍLIA

A família brasileira transformou-se intensamente no final do século XX, não apenas quanto aos valores, mas à sua composição, como revelam os dados do censo demográfico do IBGE de 2000²⁰¹, e bem assim da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio divulgada anualmente. Dados estes, necessários e preciosos para a análise dos juristas. Constata-se a existência de uma população avassaladoramente urbana (81,25% vivendo em menos de 5% do território brasileiro)²⁰², completamente diferente do predomínio rural, cuja família serviu de modelo para o Código Civil de 1916.²⁰³

Este é o quadro espelhado no censo de 2000, por Lôbo²⁰⁴:

- a) a média de membros por família caiu para 3,5;
- b) o padrão de casal com filhos (incluindo as uniões estáveis) caiu de 60%, no início da década de noventa, para 55%;
- c) em contrapartida, o percentual de entidades monoparentais compostas por mulheres e seus filhos ampliou de 22%, no início da década de noventa, para 26%.
- d) 45% dos domicílios organizam-se de forma na qual, no mínimo, um dos pais ou ambos estão ausentes, incluindo-se os que vivem sós, ou avós ou tios criando netos ou sobrinhos, irmãos ou grupo de amigos que vivem juntos;
- e) os casais sem filhos constituíram 13,8%;
- f) os solitários (solteiros ou remanescentes de entidades familiares) subiram de 7,3% para 8,6%;
- g) o decréscimo da taxa de fecundidade por mãe é notável, passando de 5,8 filhos na década de setenta para 2,3 filhos;
- h) os mais velhos estão vivendo mais, demandando atenção das famílias, atingindo a média de 64,6 anos. A população brasileira era constituída de 13% de aposentados (23 milhões);
- i) a população é mais feminina, havendo 97,2 homens para cada grupo de 100 mulheres;

²⁰¹ BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Anuário Estatístico do Brasil*. Rio de Janeiro: IBGE, v. 61, 2003.

²⁰² O IBGE entende por urbana toda a população residente na sede dos municípios e demais áreas definidas pela legislação municipal.

²⁰³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Repersonalização das relações de Família. Op. cit. p. 149.

²⁰⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Repersonalização das relações de Família. Op. cit. p. 149.

j) o brasileiro está casando menos e mais tarde; dados do PNDA de 2002 indicam que a idade média do homem ao casar subiu para 30,3 anos e a da mulher para 26,7 anos. Mas a taxa de conjugalidade tem caído: foram 743,4 mil em 1991 e 715,1 mil em 2002. A taxa de divórcio em 2002 foi de 1,2 por mil habitantes, tendo crescido 59,6% em relação a 1991.

Esses dados da realidade estão a demonstrar que o anterior paradigma da família, radicado na estrutura patrimonial e biológica, está desaparecendo. A família está se adaptando às novas circunstâncias, assumindo um papel diferenciado na sociedade, com maior qualidade nas relações entre as pessoas, como também no desejo de cada uma, de forma particular.

O Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente tem suas raízes na mudança havida na estrutura familiar nos últimos tempos, através da qual ela despojou-se de sua função econômica para ser um núcleo de companheirismo e afetividade ²⁰⁵ “*locus* do amor, sonho, afeto e companheirismo”.²⁰⁶

A família, enquanto instituição, transforma-se. A falsa paz doméstica não tinha mais que ser preservada. A família passou a valer somente enquanto fosse veiculadora da valorização do sujeito e a dignidade de todos os seus membros. Diante deste quadro, a criança e adolescente ganha destaque especial no ambiente familiar, em razão de ainda não ter alcançado maturidade suficiente para conduzir a própria vida sozinho. Precisa dos pais – ou de alguém que exerça a função materna e paterna²⁰⁷ – para lhe conduzir ao exercício de sua autonomia.

Em face deste novo perfil da família contemporânea, a ordem jurídica não ficou alheia a tantas transformações definidoras. A arquitetura familiar transitou para um contexto maior, em que a pessoa humana, passou a ser

²⁰⁵ De acordo com João Baptista Villela, a família passou a ser “um núcleo de companheirismo e serviço das próprias pessoas que o constituem, um espaço em que cada um busca a realização de si mesmo, através do outro ou de outros, onde reina a camaradagem”. (VILLELA, João Baptista. *A família hoje*. In: BARRETO, Vicente (Coord). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 71)

²⁰⁶ VILLELA, João Baptista. Repensando o direito de família. In: CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. (Coord.). *Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 18.

²⁰⁷ CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. **Direito de família**: uma abordagem psicanalítica. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

valorizada como a figura central da ordem jurídica, efeito dos grandes acontecimentos mundiais, tais como a 2ª Guerra Mundial.

Diante disto, a ordem social e jurídica não poderia ser mantida da forma até então estabelecida. Os critérios jurídicos eram insuficientes para alavancar a pessoa humana ao seu verdadeiro valor. Por isso, a Constituição Federal de 1988 captou os valores estabelecidos pela sociedade, inaugurando uma nova era no Direito brasileiro. A primazia da Dignidade Humana perante todos os institutos jurídicos provocou uma releitura das situações jurídicas.

Em face da valorização da pessoa humana em seus mais diversos ambientes, inclusive no núcleo familiar, o objetivo era promover sua realização enquanto tal. Por isso, deve-se preservar, ao máximo, aqueles que se encontram em situação de fragilidade. A criança e o adolescente encontram-se nesta posição por estarem em processo de amadurecimento e formação da personalidade. Assim, têm posição privilegiada na família, de modo que o Direito viu-se compelido a criar formas viabilizadoras deste intento.

Cita-se o artigo 227 da Constituição Federal de 1988²⁰⁸, que contém a síntese dos direitos fundamentais, além de registrar que eles são a prioridade absoluta para a ordem jurídica:

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.

Seguindo as diretrizes constitucionais, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceu normas protetivas à criança e ao adolescente, em seus arts. 3º e 4º:

Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes

²⁰⁸ *In.* Constituição Federativa do Brasil. Op. Cit.

facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Diante disso, o atendimento ao princípio em comento deve ser feito não somente na tomada de decisões jurisdicionais, mas também, quando da sua efetivação, como lembra Flávio Guimarães Lauria²⁰⁹:

O princípio do melhor interesse não tem apenas a função de estabelecer uma diretriz vinculativa para se encontrar as soluções dos conflitos, mas, também, implica a busca de mecanismos eficazes para fazer valer, na prática, essas mesmas soluções. Trata-se do aspecto “adjetivo” do princípio do melhor interesse.¹⁴⁶

É comum que os filhos se tornem “moeda de troca” dos pais no processo judicial. A ordem jurídica começou a perceber a necessidade de separar a figura conjugal da figura parental. Tanto que dissociou a culpa da guarda de filhos, ou seja, mesmo o cônjuge “declarado culpado” pode ser quem se encontra mais apto para cuidar dos filhos. O critério definidor da guarda é unicamente o bem-estar da criança ou do adolescente ou, em última análise, o Princípio do Melhor Interesse do Criança e adolescente, conforme pacífica jurisprudência:

Não são inflexíveis as disposições legais sobre a guarda dos filhos, devendo o problema ser solucionado, caso a caso, com prevalência dos interesses da criança e adolescentes e de todo modo a minimizar as conseqüências da separação dos pais no que afeta à felicidade dos filhos. (TJMG, 4ª CC, AC 68.506, Rel. Des. Humberto Theodoro Júnior, J. 12/12/85.)

²⁰⁹ LAURIA, Flávio Guimarães. **A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 37.

Em caso de disputa entre cônjuges separados, não se atende à vontade dos pais, mas à conveniência e bem-estar dos filhos, de modo a deferir a guarda a quem, realmente, tenha melhores condições de exercê-la. (TJMG, AC 68.891, Rel. Des. Vaz de Melo. J. 17/4/1986.)

Por isso, mister a discussão acerca do cabimento da guarda compartilhada no ordenamento jurídico pátrio, que procura principalmente a garantia da continuidade da convivência familiar, que é um direito fundamental da criança e, por seu turno, um dever fundamental dos pais. Estes deveres não se rompem com o fim da conjugalidade, por força do art. 1.632 do Código Civil de 2002, por ser atributo inerente ao poder familiar, que apenas se extingue com a maioridade ou a emancipação do filho.

Garantir o melhor interesse da criança é, também, romper todas as barreiras de preconceitos que possam, porventura, existir, evitando que um julgamento moral pejorativo possa interferir quando se trata do destino de uma criança ou de um adolescente.

Um caso paradigmático que colocou o assunto em discussão e os operadores do Direito a refletir na forma em que se concretiza o Melhor Interesse da Criança, ocorreu com o falecimento de cantora brasileira conhecida pelo grande público, no qual se discutiu qual seria o futuro de seu filho. Tal discussão originou-se da condição de homossexual da cantora, que vivia com sua companheira. Com a morte da cantora, foi iniciada uma disputa pela tutela da criança, entre o avô materno da criança e a companheira da cantora, já que o pai era também falecido. O que era melhor para esta criança: ficar sob os cuidados da companheira da mãe, com quem convivia diariamente e tinha com ela um vínculo familiar ou com seu distante avô?²¹⁰

²¹⁰ No caso em debate, a disputa era da tutela porque o genitor do menor também já tinha falecido, antes mesmo da morte de cantora. Na falta de alguém para exercer o poder familiar, o instituto jurídico aplicável é a tutela, por força do que dispõe o art. 1.728, I, Novo Código Civil Brasileiro de 2002, que repetiu os artigos do Código Civil de 1916, que vigorava à época daquela discussão, cuja dicção é a seguinte:

“Art. 1.728. Os filhos menores são postos em tutela:

I – com o falecimento dos pais, ou sendo estes julgados ausentes.”

Pela ordem de prelação do então Código Civil de 1916 e depois repetido no artigo 1.731 do Novo Código Civil de 2002 os avós, por indicação legal, seriam os tutores do menor.

Em decisão inédita, o juiz da 1ª Vara da Infância e Juventude do Rio de Janeiro, Leonardo Castro Gomes, concedeu a guarda provisória da criança a companheira da cantora. No trâmite do processo, ouviu a criança em primeiro lugar e, após, as partes e as testemunhas. Posteriormente, fizeram um acordo, na qual o avô concordou que a companheira da cantora fosse a tutora do menor, o que se pode considerar uma vitória da afetividade:

Teria sido acertada esta decisão judicial homologatória? Estaria preservado o bem-estar da criança? Não há dúvidas que sim. Foram considerados os vínculos afetivos e familiares existentes entre eles. Afinal, era ela a mãe socioafetiva da criança, pois a mãe biológica sempre viajava pelo país a trabalho. Era a companheira da cantora quem cuidava da sua educação, quem estava ao seu lado no dia-a-dia, acompanhando seu desenvolvimento e crescimento. O avô, por seu turno, tinha pouco contato com o neto e não havia nenhum laço relevante entre eles.

O que deveria ter sido verificado era se a cantora, sua companheira e a criança formavam, verdadeiramente, uma família. Afinal, família não é um agrupamento natural, mas cultural. O que importa é a existência de pessoas que cumpram na vida uma das outras o papel paterno e materno, inexistindo vinculação destes com os genitores biológicos. Neste caso, portanto, não há dúvidas de que foi atendido o Princípio do Melhor Interesse da Criança.

As partes souberam despir-se de preconceitos, para buscar o bem-estar

de Chicão, pois é claro que ele se sentiria muito melhor dando continuidade à sua vida, no seu ambiente social, com a pessoa que lhe nutre grande afetividade, e lhe é fundamental para sua estruturação psíquica, do que estar em companhia de alguém que, embora 'tenha seu sangue', não tivesse com ele ligações afetivas²¹¹.

Zelar pelo interesse da criança e adolescente é cuidar da sua boa formação moral, social e psíquica. É à busca da saúde mental, a preservação

“Art. 1731. Em falta de tutor nomeado pelos pais incumbe a tutela aos parentes consangüíneos do menor, por esta ordem:

I – aos ascendentes, preferindo o de grau mais próximo ao mais remoto;

II – aos colaterais até o terceiro grau, preferindo os mais próximos aos mais remotos, e, no mesmo grau, os mais velhos aos mais moços; em qualquer dos casos, o juiz escolherá entre eles o mais apto a exercer a tutela em benefício do menor.”

²¹¹ DOLTO, François *apud* BAPTISTA, Silvio Neves. Guarda e direito de visita. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 5. abr./maio/jun. 2000.

da sua estrutura emocional e de seu convívio social. Para se atender ao Princípio do Melhor Interesse da Criança, devemos abandonar o preconceito e livrarmo-nos de concepções moralistas e estigmatizantes. O direito da criança e do adolescente de ter uma família, como anota Pietro Perlingieri:

Afirma-se, depois de tantas incertezas, o direito do criança e adolescente à família e, ainda mais em geral, o direito de qualquer pessoa de ter uma família. A importância desse reconhecimento assume o papel de pressuposto jurídico-cultural para a solução do problema da família e dos direitos fundamentais.²¹²

A família tradicional aparecia através do direito patrimonial e, após as codificações liberais, pela multiplicidade de laços individuais. Agora é fundada na solidariedade, na cooperação, no respeito à dignidade de cada um dos seus membros, que se obrigam mutuamente em uma comunidade de vida. A família atual é apenas compreensível como espaço de realização pessoal afetiva, no qual os interesses patrimoniais perderam seu papel de principal protagonista. Para tanto, mister aprofundar o que vem a ser a Dignidade de cada ser Humano na estrutura atual familiar.

²¹² PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 246.

CAPÍTULO 3

O PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUA EFETIVIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA

3.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O princípio da dignidade humana é hoje uma das bases de sustentação dos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Não é mais possível pensar em direitos desatrelados da idéia e conceito de dignidade. Embora essa noção esteja vinculada à evolução histórica do Direito Privado, ela tornou-se também um dos pilares do Direito Público, na medida em que é o fundamento primeiro da ordem constitucional e, portanto, o vértice do Estado de Direito.²¹³

A dignidade é um macroprincípio sob o qual se irradiam e estão contidos outros princípios e valores essenciais como a liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade, alteridade e solidariedade. Isto significa que é contrário a todo nosso direito qualquer ato que não tenha como fundamento a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político²¹⁴.

Essas inscrições constitucionais são resultado e consequência de lutas e conquistas políticas associadas à evolução do pensamento, desenvolvimento das ciências e das novas tecnologias. É a noção de dignidade e indignidade que possibilitou pensar, organizar e desenvolver os direitos humanos.

Uma das primeiras doutrinadoras brasileiras a destacar a dignidade como um superprincípio constitucional foi Carmem Lúcia Antunes Rocha²¹⁵, realçando que este princípio entranhou-se de tal forma no constitucionalismo

²¹³ CUNHA, Alexandre do Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 260.

²¹⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. Curitiba, UFPR, 2004, 157p. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) Universidade Federal do Paraná, 2004. p. 68.

²¹⁵ ANTUNES ROCHA, Carmem Lúcia. O princípio da dignidade humana e a exclusão social. In: *Anais do XXVII Conferência Nacional dos Advogados – Justiça: realidade e utopia*. Brasília: OAB, Conselho Federal, p. 72, v. I, 2000.

contemporâneo, que ele estabeleceu uma nova forma de pensar o sistema jurídico, e com isto a dignidade passou a ser princípio e fim do Direito:

Dignidade é o pressuposto da idéia de justiça humana, porque ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. Por isso é que a dignidade humana independe de merecimento pessoal ou social. Não é mister ter de fazer por merecê-la, pois ela é inerente à vida e, nessa contingência, é um direito pré-estatal.

Mas o que é dignidade e qual a importância deste conceito e como ele interfere como uma fonte principiológica na doutrina, jurisprudência, enfim, na aplicação prática do Direito de Família?

3.2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO DE FAMÍLIA

Servindo-nos do fato de que a dignidade está incluída na Constituição Federal e, portanto, no nosso direito positivo, podemos partir de uma consideração do seu significado na própria lei. Na letra da lei, a dignidade é apresentada sem uma auto-definição, ou seja, o art. 1º, III da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não diz o que é dignidade, mas unicamente traz a indicação de que ela é um dos princípios constitucionais, por isso, uma das finalidades a ser sempre buscada ou preservada pelo Estado brasileiro.

Como saber, então, que essa Dignidade mencionada na lei significa um valor universal; atributo presente em todo ser humano. Por causa da origem da expressão “Dignidade da Pessoa Humana”, que tem uma fonte muito precisa, tanto na nossa legislação quanto na de outros países: a filosofia de Immanuel Kant.

A expressão “Dignidade da Pessoa Humana” é uma criação da tradição kantiana no começo do século XIX. Não é, diretamente, uma criação de Kant. *Em sua Fundamentação da metafísica dos costumes* (1785), ao argumentar

que havia em cada homem um mesmo valor por causa da sua razão, empregou a expressão “Dignidade da natureza Humana”, mais apropriada para indicar o que está em questão quando se busca uma compreensão ética, da natureza, do ser humano²¹⁶.

Kant²¹⁷ afirma de forma inovadora que o homem não deve jamais ser transformado num instrumento para a ação de outrem. Embora o mundo da prática permita que certas coisas ou certos seres sejam utilizados como meios para a obtenção de determinados fins ou determinadas ações, e embora também não seja incomum historicamente que os próprios seres humanos sejam utilizados como tais meios, a natureza humana é de tal ordem que exige que o homem não se torne instrumento da ação ou da vontade de quem quer que seja. Em outras palavras, embora os homens tendam a fazer dos outros homens instrumento ou meios para suas próprias vontades ou fins, isso constitui uma afronta ao próprio homem. É que o homem, sendo dotado de consciência moral, tem um valor que o torna sem preço, que o põe acima de qualquer especulação material, isto é, coloca-o acima da condição de coisa.

Ao tratar disso, na *Fundamentação da Metafísica dos costumes*, Kant é explícito em seus termos. O valor intrínseco que faz do homem um ser superior às coisas (que podem receber preço) é a dignidade; e considerar o homem um ser que não pode ser tratado ou avaliado como coisa implica conceber uma denominação mais específica ao próprio homem: pessoa. Assim, o homem, em Kant, é decididamente um ser superior na ordem da natureza e das coisas. Por conter essa dignidade, esse valor intrínseco, sem preço e acima de qualquer preço, que faz dele pessoa, ou seja, um ser dotado de consciência racional e moral, e por isso mesmo capaz de responsabilidade e liberdade²¹⁸.

As coisas têm preço e as pessoas, dignidade. Isto significa dizer que no reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, podemos substituí-la por qualquer outra como equivalente; mas o homem, superior à coisa, está acima de todo preço, portanto não permite equivalente, pois ele tem dignidade.

²¹⁶ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Abril Cultural, 1980, v. 1, p. 139-140. (Coleção Os Pensadores).

²¹⁷ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. p. 139.

²¹⁸ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. p. 139.

O que se relaciona com as inclinações e necessidades gerais do homem tem um preço venal; aquilo que, mesmo sem pressupor uma necessidade, é conforme a um certo gosto, ou seja, a uma satisfação no jogo livre e sem finalidade das nossas faculdades anímicas, tem um preço de afeição ou de sentimento; aquilo, porém, que constitui a condição, graças a qual qualquer coisa, pode ser um fim em si mesmo, não tem somente um valor relativo, isto é, um preço, mas um valor íntimo, ou seja, a dignidade²¹⁹.

Kant demonstrou que a Dignidade Humana decorre da natureza humana e não de variáveis externas.

Quando a expressão “Dignidade da Pessoa Humana” passou a ser empregada pelo Direito, ela tinha a missão de designar uma personalidade, que em Direito também envolvia a imagem pública de alguém. A personalidade de alguém, em função de sua imagem pública passa a dar ao termo dignidade um caráter de relatividade que, de maneira nenhuma, seria permitido pela Ética.

Mas foi o significado vulgarizado que fez fortuna, e desde então a expressão “Dignidade da natureza Humana” foi substituída pela expressão mais adequada “Dignidade da Pessoa Humana”, que, dependendo do significado que se dê tanto à “Dignidade” quanto à “pessoa”, permite concepções variadas e distantes do índice original da natureza humana.

Independente disso, a expressão “Dignidade da Pessoa Humana” foi cunhada como versão da expressão “Dignidade da natureza Humana”, mas trata-se, em essência, da mesma coisa.

É certo que uma vulgarização dessa expressão prejudica em muito a sua compreensão, e por causa disso necessário se faz esclarecer seu significado. E a Dignidade da Pessoa Humana é, e sempre será um valor idêntico que todo ser humano tem porque é racional e afetual (sensível). Não há relatividade da capacidade que permita eliminar a razão de um ser humano; é por isso que, do ponto de vista ético, no Direito todo ser humano tem o mesmo valor. Se a dignidade é hoje um princípio constitucional, isso é resultado de uma conquista histórica. É o reconhecimento de que não importa quais sejam as circunstâncias ou qual o regime político, todo ser humano deve ter reconhecido pelo Estado o seu valor como pessoa, e a garantia, na prática,

²¹⁹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. p. 140.

de uma personalidade que não deve ser menosprezada ou desdenhada por nenhum poder. Exigir, por meio de preceito constitucional que o Estado reconheça a Dignidade da Pessoa Humana, é exigir que ele garanta a todos direitos que podem ser considerados válidos para um ser humano capaz de compreender o que é o bem.

Como se disse, a noção de Direitos Humanos só pôde ser desenvolvida porque em sua base de sustentação está a dignidade de todo e qualquer ser humano, ou seja, na idéia dos Direitos Humanos está a certeza de que determinados direitos devem ser atribuídos às pessoas por uma mesma causa universal e acima de qualquer arbítrio humano. Trata-se de necessidades humanas determinadas pela sua natureza, e que nenhum Estado tem o poder de modificar. Nenhum Estado é capaz, por exemplo, de modificar a necessidade que todo ser humano, vivendo em uma sociedade, tem de moradia, educação, saúde e liberdade. Os Direitos Humanos são, portanto, fruto do reconhecimento da existência da dignidade da pessoa humana.

Assim, não é por acaso que a dignidade da pessoa humana é um princípio constitucional.

A Dignidade Humana é acima de tudo um princípio ético, que a história mostrou ser necessário incluir entre os princípios do Estado. Na verdade, a dignidade da pessoa humana é mais que um direito, pois ela é a prova de que deve haver certos direitos de atribuição universal, por isso é também um princípio geral do direito. Uma Carta de Direitos que não reconheça essa idéia ou que seja incompatível com ela é incompleta ou ilegítima, pois ela se tornou um valor e uma necessidade da própria democracia.

Afeto, igualdade e alteridade, pluralidade de famílias, melhor interesse da criança/adolescente, autonomia de vontade e intervenção estatal mínima são os princípios fundamentais e norteadores do Direito de Família contemporâneo, e sob os quais está o macroprincípio da dignidade da pessoa humana. Esses são os ingredientes essenciais e necessários que nos guiarão para distinguir e recusar os juízos particularizados, como são os juízos morais, a moral do poder, a serviço dos bens²²⁰.

²²⁰ ANDRADE, Fernando Dias. Sobre ética e ética jurídica. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, v. 8, p. 99-129.

A expressão “dignidade da pessoa humana”, com o sentido que ela tem hoje, é de uso recente no mundo jurídico. Podemos dizer que seu marco inaugural para os ordenamentos jurídicos está na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, embora a Constituição da República italiana, um ano antes (1947), em seu art. 3º, já tivesse se utilizado de tal expressão: “Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, língua, religião, opinião política e condições pessoais e sociais”.²²¹

A inscrição da Dignidade Humana nos ordenamentos jurídicos é o resultado e consequência de uma reflexão filosófica acumulada nos séculos anteriores, cuja grande contribuição, como se disse, foi dada por Kant com sua *Metafísica dos costumes*, colocando o homem como fim e não meio de todas as coisas. Além disso, esse ideal de dignidade só foi positivado nos ordenamentos jurídicos contemporâneos porque significou também a consequência de um processo de lutas políticas, ideais de liberdade, igualdade e exigência de organizações políticas econômicas e sociais do pós-guerra²²².

E, assim, a Dignidade da Pessoa Humana tornou-se indissociável das constituições democráticas, que por sua vez são também indissociáveis dos preceitos basilares dos Direitos Humanos. Ao Direito de Família só estará de acordo e em consonância com a dignidade e com os Direitos Humanos a partir do momento em que essas relações interprivadas não estiverem mais à margem, fora do laço social. Os exemplos históricos de desrespeito à Dignidade da Pessoa Humana no Direito de Família são muitos: a exclusão da mulher do princípio da igualdade, colocando-a em posição inferior ao homem; a proibição de registrar o nome do pai nos filhos havidos fora do casamento se o pai fosse casado; e o não-reconhecimento de outras formas de família que não fosse através do casamento.

Como se vê, o Direito de Família deverá ser avaliado a partir de sua ligação aos “Direitos Humanos” e ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. A compreensão dessas noções, que nos remetem ao conceito

²²¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. p. 71.

²²² CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, n. 16, p. 5-11, jan./fev./mar. 2003.

contemporâneo de cidadania, é que tem impulsionado a evolução do Direito de Família. Cidadania pressupõe não exclusão. Isto deve significar a legitimação e a inclusão no laço social de todas as formas de família, respeito a todos os vínculos afetivos e a todas as diferenças. Portanto, o princípio da dignidade humana significa para o Direito de Família a consideração e o respeito à autonomia dos sujeitos e à sua liberdade. Significa, em primeira e última análise, uma igual dignidade para todas as entidades familiares. Neste sentido, podemos dizer que é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família.

Como se vê, a verdade sobre o valor da dignidade é relativa e é construída ideologicamente na medida em que as concepções subjetivas e intersubjetivas (sociais) vão mudando. Como bem disse o jurista Antônio Junqueira, no III Congresso Brasileiro de Direito de Família, em Ouro Preto/MG, “a confusão é geral”:

É preciso, pois, aprofundar o conceito de dignidade da pessoa humana. A pessoa é um bem e dignidade, o seu valor. O direito do século XXI não se contenta com os conceitos axiológicos formais, que podem ser usados retoricamente para qualquer tese. Mal o século XX se livrou do vazio do ‘bando dos quatro’ – os quatro conceitos jurídicos indeterminados: função social, ordem pública, boa fé, interesse público – preenchendo-os pela lei, doutrina e jurisprudência, com alguma diretriz material, surge agora, no século XXI problema idêntico com a expressão dignidade da pessoa humana²²³.

Por mais que se aceite como absoluta a intangibilidade da vida humana, na aplicação dos princípios ao caso concreto, haverá sempre uma relativização, pois independentemente das estruturas do Estado de Direito, o que se encontrará numa interpretação jurídica “é um sujeito singular diante de um conflito humano igualmente singular”.²²⁴

²²³ AZEVEDO, Antônio Junqueira. Réquiem para uma certa dignidade da pessoa humana. *In*: CUNHA PEREIRA, Rodrigo da (Coord.). **Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família – Família e cidadania. O novo CCB e a vacatio legis**. Belo Horizonte: Del Rey, IBDFAM, 2002, p. 329-351.

²²⁴ RODRIGUEZ, José Rodrigo. Controlar a profusão de sentidos: a hermenêutica jurídica como negação ao subjetivo. *In*: BOUCAULT, Carlos A.; RODRIGUEZ, J. R. (Org.). **Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 292.

Compatibilizar a dignidade de uma pessoa com a de outra não é tarefa nada fácil.

É que o ângulo pelo qual se vê e se atribui o valor à dignidade é um ângulo do sujeito singular com toda a sua carga de subjetividade, isto é, sua particularidade, seus motivos e registros inconscientes que produziram aqueles determinados valores do sujeito desejante, inclusive com o seu conteúdo ideológico. As decisões abaixo ilustram e nos ajudam a refletir sobre a complexidade da interpretação do Princípio da Dignidade Humana, tais como as decisões abaixo podem demonstrar:

a) Anulação de Casamento - Erro Essencial - Interpretação Constitucional - Estado Civil - Atributo da Personalidade - Predicado da Dignidade da Pessoa Humana - Casamento Não Consumado - Cônjuge Abandonado logo após o Casamento - Recurso Provido.

O estado civil revela atributo da personalidade e predicado da **dignidade**

da pessoa humana, consubstanciando um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, III). A não-consumação do matrimônio, ante a recusa do cônjuge à convivência, à coabitação e ao consórcio carnal, abandonando a esposa logo após a cerimônia, enseja a anulação do casamento, porquanto configurado o erro essencial sobre a pessoa do outro, apresentando-se a inação conjugal hábil ao acolhimento da pretensão deduzida em juízo.

(...) Sob todos os pontos de vista - ético, moral e legal - reprovável a conduta do ora apelado em abandonar a ora apelante exatamente no dia

em que convolveram núpcias, fazendo configurar respectiva conduta recusa de coabitação em seu sentido amplo. Ora, a interpretação constitucional do dispositivo que envolve a matéria não comporta essa premissa. O raciocínio hermenêutico e jurídico-social não admite essa conclusão. O estado civil revela atributo da personalidade e integra a **dignidade da pessoa humana**, consubstanciando um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, III). Exigir que a apelante - mesmo com o reconhecimento judicial sobre a não consumação do casamento - ostente o estado civil de 'separada judicialmente' (seria esse o caminho?!) seria afrontar a sua dignidade, mediante forma

sem conteúdo, literalidade sem sentido e formalismo desatrelado da realidade. (TJMG Apel. Cível n.1.0694.01.002065-9/001, Rel. Des. Nepomuceno Silva, pub. 20/8/2004) (grifos nossos).

b) A Execução. Impenhorabilidade. Aparelho de som e antena parabólica.

Bens excluídos da proteção da Lei n.8009/90, instituída para garantia da **dignidade** da família. Aparelho de som e antena parabólica não são considerados indispensáveis a garantia da **dignidade da pessoa humana**, e, portanto, estão excluídos da Impenhorabilidade Absoluta, conferida na Lei n.8009/90. Sentença Reformada. (Apel. Cível n.70000768119, 9ª CC, TJRS, Rel. Mara Larsen Chechi, julgado em 26/4/2000). (grifos nossos).

c) Execução. Agravo de Instrumento. Penhora de Bens de Residência. Impenhorabilidade dos Bens Móveis Essenciais ao Convívio Familiar. Televisão e Aparelho de Som. Nulidade. Art. 659 § 20, do CPC e Lei n.8009/90. Exegese. A penhora de bens móveis que guarnecem a residência não pode incidir sobre aqueles essenciais ao convívio familiar.

A Lei n.8009/90 é de ordem pública e visa garantir um mínimo de existência digna. Um único televisor e um único aparelho de som, bens móveis que guarnecem o imóvel não podem ser objeto de constrição porque essenciais ao lazer, direito individual garantido pelo artigo 60, da Carta Magna. A proteção da Lei 8009/90 excepciona os veículos 75 de transporte, obras de arte e adornos suntuosos (artigo 2º, caput), que não se confundem com os bens constritos nos autos. O artigo 659, § 2º. do CPC, decorre do princípio da economia processual, enquanto a Lei n.8009/90 decorre do **princípio da dignidade da pessoa humana** (artigo 1º, da CF/88). (TJRJ, AI n. 2003.002.21211, 1ª CC, Rel. Des. Maria Augusta Vaz, julgado em 17/2/2004). (grifos nossos).

Essa concepção inovadora não invalida o falado anteriormente, somente contextualiza que é necessário refletir sobre a Dignidade da Pessoa Humana, e de como se perfaz o ser exercício. Desse modo, a construção do conteúdo da dignidade varia de caso a caso, como verificamos através das jurisprudências aqui transcritas exemplificativamente.

É importante salientar que este uso indiscriminado da Dignidade Humana, embora possa acarretar uma banalização deste fundamental princípio, tem relevância ímpar, por colocar em pauta a proteção e a promoção da

pessoa humana. A Dignidade Humana obteve *status* de fundamento da República, através do art. 1º, III, da Constituição, deve informar todo o sistema jurídico. Por ser princípio jurídico, tem, também, inevitável aplicação direta a todas as relações, ou seja, passou a informar todas as relações jurídicas, tendo em vista que toda e qualquer aplicação normativa deve atender preponderantemente à pessoa, antes de atentar-se a qualquer outro valor.

No Direito de Família ao descurar-se da Dignidade Humana estar-se-á desatendendo o preceito constitucional, privilegiando a ordem jurídica pré-Constituição de 1988, que tinha como valor principal o patrimônio. A dignidade, portanto, é o atual paradigma do Estado Democrático de Direito, a determinar a funcionalização de todos os institutos jurídicos à pessoa humana. Está em seu bojo a ordem imperativa a todos os operadores do Direito de despir-se de preconceitos, de modo a se evitar tratar de forma indigna toda e qualquer pessoa humana, principalmente na seara do Direito de Família, que tem a intimidade, a afetividade e a felicidade como seus principais valores.

3.3 AS RELAÇÕES DE FAMÍLIA COM FUNDAMENTO NA AFETIVIDADE

A família, no século XIX, era marcadamente patriarcal, e estruturava-se em torno do patrimônio familiar, visto que sua finalidade era, principalmente, econômica. O vínculo familiar tinha fundamentos formais. A família era, praticamente, um núcleo econômico e, tinha também grande representatividade religiosa e política. O *pater familias* era o grande homem, o grande chefe, que acumulava em suas mãos uma imensa gama de poderes.

A mulher, por seu turno, limitava-se à execução das tarefas domésticas e à criação dos filhos, de modo a garantir o normal andamento das diretrizes familiares. Com o passar do tempo, a estrutura familiar foi sofrendo paulatinas modificações. Com o movimento feminista e a inserção da mulher no mercado de trabalho, esta estrutura hierárquica e tradicional sofreu transformações importantes.

A família deixou de ter muitos membros, a mulher rompeu as barreiras do lar e assumiu uma carreira profissional. Sua contribuição financeira tornou-se essencial para a subsistência familiar. Diante da sua saída dos limites

domésticos, fez-se necessária à efetivação da presença masculina compartilhando as tarefas familiares.

Diante dessa nova estrutura, a família passou a se vincular e a se manter preponderantemente por elos afetivos, em detrimento de motivações econômicas, que adquiriram uma importância secundária. A mulher deixou de ficar “presa” ao marido por questões econômicas e de sobrevivência, e seu vínculo passou a ser preponderantemente por motivações afetivas, vez que adquiriu possibilidade de se manter por seu próprio trabalho. De fato, uma família não deve estar sustentada em razões de dependência econômica mútua, mas exclusivamente, por se constituir em núcleo afetivo, que se justifica, principalmente, pela solidariedade mútua. Detectando esta reversão no escopo da família, Paulo Luiz Netto Lôbo assim se pronunciou:

A realização pessoal da afetividade e da dignidade humana, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época. Suas antigas funções econômica, política religiosa e procracional feneceram, desapareceram, ou desempenham papel secundário. Até mesmo a função procracional, com a secularização crescente do direito de família e a primazia atribuída ao afeto, deixou de ser sua finalidade precípua²²⁵.

Para que haja uma entidade familiar, é necessário um afeto especial ou, mais precisamente, um afeto familiar, que pode ser conjugal ou parental. O constitucionalista Sérgio Resende de Barros define afeto familiar como:

um afeto que enlaça e comunica as pessoas, mesmo quando estejam distantes no tempo e no espaço, por uma solidariedade íntima e fundamental de suas vidas – de vivência, convivência e sobrevivência – quanto aos fins e meios de existência, subsistência e persistência de cada um e do todo que formam²²⁶.

²²⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 6, n. 24, p. 155, jun./jul. 2004.

²²⁶ BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 4, n. 14, p. 9, jul./set. 2002.

Conclui-se que o afeto é o elemento essencial de todo e qualquer núcleo familiar, inerente a todo e qualquer relacionamento conjugal ou parental. Mas nem sempre onde existe afetividade estará presente uma entidade familiar. Segundo Sérgio Resende de Barros:

não é qualquer afeto que compõem um núcleo familiar. Se assim fosse, uma amizade seria elo formador de família, o que ratifica a sua posição de ser necessário o afeto familiar, como garantia à existência de uma família²²⁷.

E continua o autor²²⁸:

Da família, o lar é o teto, cuja base é o afeto. O lar sem afeto desmorona e nele a família se decompõe. Por isso, o direito ao afeto constitui – na escala da fundamentalidade – o primeiro dos direitos humanos operacionais da família, seguido pelo direito ao lar, cuja essência é o afeto. Assim, mesmo sendo subsidiários do direito à família, o direito ao afeto e o direito ao lar são tão fundamentais quanto ele para os demais direitos operacionais da família.

O direito ao afeto torna-se imprescindível ao desenvolvimento da saúde física e psíquica, à estabilidade econômica e social, e ao desenvolvimento material e cultural da família²²⁹.

Complementa ainda que:

No senso comum, amor e afeto são vice-versa. Ou mais ainda: o amor é a origem e a plenitude, a substância e a culminância do afeto. Não há – não se desenvolve – um sem o outro. Entre os humanos, o mais puro afeto – a mais irrestrita afeição – é o amor. O amor deve prevalecer, porque ele faz do indivíduo humano um ser humano. Identifica-nos e, assim, gera em todos nós a solidariedade entre todos nós, que é a única força capaz de construir – dignamente - a

²²⁷ BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. p. 9.

²²⁸ BARROS, Sérgio Resende de. Direitos Humanos da Família: Dos Fundamentais aos operacionais. *In: Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil*. Coordenação: Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p 613.

²²⁹ BARROS, Sérgio Resende de. Direitos Humanos da Família: Dos Fundamentais aos operacionais. p. 614.

humanidade em todo o agrupamento humano, a partir de sua grei inicial: a família.²³⁰

Eis aí como o afeto é o laço maior, aquele que agrega não apenas os familiares, internamente, mas também de forma externa, entre as famílias. É por esse enlaçamento maior, visando a construir a humanidade pela solidariedade humana, tendo como base a solidariedade familiar, que o direito se perpetua.

Mas, além da afetividade, subsistem outros elementos necessários para que haja uma família.

Paulo Luiz Netto Lôbo identifica como elementos definidores de um núcleo familiar, além da afetividade, a ostensibilidade e a estabilidade. Ele define tais requisitos da seguinte forma: a afetividade é o fundamento e finalidade da família, com desconsideração do “móvel econômico”; a estabilidade implica em comunhão de vida e, simultaneamente, exclui relacionamentos casuais, sem compromisso; já a ostensibilidade pressupõe uma entidade familiar reconhecida pela sociedade enquanto tal, que assim se apresente publicamente²³¹.

Os pressupostos apontados pelo autor como essenciais são requisitos que devem estar presentes em um relacionamento para que se conclua pela existência de uma entidade familiar. Em suma: não obstante a relevância do afeto como vínculo formador de família, ele, por si só, não é o único elemento para se verificar a existência de um núcleo familiar. Ele deve co-existir com outros, embora sua presença seja decisiva e justificadora para a constituição e subsistência de uma família.

Na era da despatrimonialização do Direito Civil, que elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da República Federativa do Brasil, toda a ordem jurídica focou-se na pessoa, em detrimento do patrimônio, que comandava todas as relações jurídicas interprivadas. Sem dúvida, a família é o lugar privilegiado de realização da pessoa, pois é o *locus* onde ela inicia seu desenvolvimento pessoal, seu processo de socialização, onde vive as primeiras

²³⁰ BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos Humanos da Família: Dos Fundamentais aos operacionais** Op. cit. p. 614.

²³¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: CUNHA PEREIRA, Rodrigo da (Coord.). **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. 91.

lições de cidadania e uma experiência pioneira de inclusão no laço familiar, a qual se reportará, mais tarde, para os laços sociais²³².

A partir do momento em que para o Direito de família passa a ser observado pela Dignidade Humana, valoriza-se cada membro da família e não a entidade familiar como instituição. Isto porque passou a vigorar a ampla liberdade de constituir ou de desfazer os laços conjugais, visto o valor supremo da relação ser o alcance da felicidade.

Constata-se este valor, por exemplo, no que preceitua o art. 1.511 do novo Código Civil Brasileiro que prevê que “o casamento estabelece uma comunhão plena de vida entre os cônjuges”. Assim, a vida em comum apenas se justifica enquanto proporcionar a comunhão afetiva da vida do casal, não se mantendo se a vida em comum acabou.

Ademais, o art. 226, § 8º da Constituição Brasileira de 1988, diz que “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”, demonstra a situação da nova família, com contornos diferenciados, pois prioriza a necessidade da realização da personalidade dos seus membros, ou seja, a família que possui a função de criar afetividade, que, por sua vez, justifica a permanência da entidade familiar.

Por isso, insista-se, a família só faz sentido para o Direito a partir do momento em que ela é mediação e motivação à promoção da dignidade de seus membros²³³.

Em face, portanto, da mudança ocorrida no bojo da família, a ordem jurídica assimilou tal transformação, passando a considerar o afeto como um valor jurídico de suma relevância para o Direito de Família. Seus reflexos crescentes vêm permeando todo o Direito, como é exemplo a valorização dos laços de afetividade e da convivência familiar oriundas da filiação, em detrimento, por vezes, dos vínculos de consangüinidade. Além disso, todos os filhos receberam o mesmo tratamento constitucional, independente da sua origem e se são biológicos ou não.

²³² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. Op. cit. p. 129.

²³³ TEPEDINO, Gustavo. Novas Formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 372-373.

Uma das mais relevantes conseqüências do Princípio da Afetividade encontra-se na juridicização da paternidade socioafetiva, que abrange os filhos “de criação”. Isso porque o que garante o cumprimento das funções parentais não é a similitude genética ou a derivação sanguínea, mas sim, o cuidado e o desvelo dedicados aos filhos. Como anotou João Baptista Villela, “a paternidade reside antes no serviço e no amor que na procriação”.²³⁴

Essa é a atual verdade da filiação, muito mais relevante do que os vínculos biológicos, pois é capaz de contribuir de forma efetiva para a estruturação e o pleno desenvolvimento da Pessoa Humana.

Para que um filho verdadeiramente se torne filho, ele deve ser adotado pelos pais, tendo ou não vínculos de sangue que os vinculem. A filiação biológica não é nenhuma garantia da experiência da paternidade, da maternidade ou da verdadeira filiação. Portanto é insuficiente a verdade biológica, pois a filiação é uma construção, que abrange muito mais do que uma semelhança entre os DNAs. Afinal, o que é essencial para a formação de alguém, para que possa tornar-se sujeito e capaz de estabelecer laço social, é que uma pessoa tenha, em seu imaginário, o lugar simbólico de pai e de mãe.²³⁵ A presença do pai ou da mãe biológicos não é nenhuma garantia de que a pessoa se estruturará como sujeito. O cumprimento de funções paternas e maternas, por outro lado, é o que pode garantir uma estruturação saudável de alguém. Por isso, a família não é um dado natural, genético ou biológico, mas uma construção cultural, ou seja, sócio-afetiva.

Por isso, também a paternidade tem a liberdade como um dos elementos intrínsecos, como registrou João Baptista Villela:

(...) a lei e a justiça desrespeitam gravemente uma criança, quando lhe dão por quem, em ação de investigação de paternidade, resiste a tal condição. Um ser com todos os vícios e crimes, mas que aceite verdadeiramente a paternidade, é preferível àquele que a recuse, orgando embora de todos os méritos e virtudes, se tomar como critério o bem da criança. Imagine-se cada um tendo como pai ou mãe quem só o é por imposição da força: ninguém experimentará

²³⁴ VILLELA, João Baptista. A desbiologização de paternidade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 71, p. 45. jul./set.1980.

²³⁵ CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 62-63.

mais viva respulsa, nem mais forte constrangimento. Todo o direito de família tende a se organizar, de resto, sob o princípio basilar da liberdade, tão certo é que as prestações familiares, seja entre os cônjuges, seja entre pais e filhos, só proporcionam plena satisfação quando gratuitamente assumidas e realizadas²³⁶.

Não é mais possível ao Direito ignorar a existência da paternidade socioafetiva, embora ela ainda não esteja em regramento legislativo expresso, não obstante a incidência do art. 1.593 do novo Código Civil Brasileiro ao dizer que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem”. Daí a importância e suma relevância da aplicação do critério da afetividade, que não significa a exclusão dos laços biológicos.

Um outro exemplo de que o ordenamento jurídico assimilou o afeto como valor jurídico é o art. 1597, V, do novo Código Civil Brasileiro, que prevê:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

(...)

V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.)

A partir do momento em que foi admitida a presunção de paternidade de filho advindo de reprodução artificial heteróloga – cujo material genético é de terceiro – desprezou-se o vínculo biológico, privilegiando-se, por conseguinte, o afetivo, pois é a autorização do pai que garante a filiação e todas as responsabilidades a ela inerentes, inclusive, advindas do poder familiar. Pois:

A paternidade envolve a função de pai, que vai muito além do dimensionamento do vínculo biológico. O aspecto da paternidade não se limita meramente à concepção; mais importante é o acompanhamento de todo o desenvolvimento após o nascimento,

²³⁶ VILLELA, João Baptista. A desbiologização de paternidade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 71, p. 46, jul./set. 1980.

tomando para si a responsabilidade na criação, manutenção e educação do filho.²³⁷

A inclusão da reprodução humana heteróloga como causa de presunção de paternidade gera conseqüências relevantes. Aduz Guilherme Calmon Nogueira da Gama que esta presunção é absoluta, ou seja, não admite prova em contrário, o que acarretaria a impossibilidade do marido impugnar a paternidade relativamente à criança concebida através das técnicas médicas, previamente consentidas²³⁸.

Entretanto é de fundamental importância a regulamentação legislativa dos aspectos civis da reprodução humana assistida, como acentua Diniz²³⁹: “dever-se-á, em nosso entender, coibir a inseminação artificial heteróloga, a fertilização *in vitro* e a gestação por conta de terceiro, ante os possíveis riscos de origem física e psíquica para a descendência e a incerteza sobre a identidade”.

Uma demonstração jurisprudencial de que a afetividade está sendo considerada no mundo jurídico como elemento fundante, encontra-se num julgado recentemente prolatado pelo Tribunal de Alçada de Minas Gerais, que determinou a responsabilização civil de um pai que abandonou seu filho. Embora este filho tenha buscado pelo pai – tanto na infância, quanto na adolescência e agora, na fase adulta –, este rejeitou e não arcou com sua responsabilidade paterna, inerente ao poder familiar. Tal responsabilidade está em estreita consonância com o dever de criar e educar, constitucionalmente previsto no art. 229.

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da

²³⁷ QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade: aspectos jurídicos e técnicos de inseminação artificial*. Doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 128.

²³⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Efeitos civis da reprodução assistida heteróloga de acordo com o novo Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente. *In: CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. (Coord.). Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 275.

²³⁹ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 454.

dignidade da pessoa humana. (TAMG, AC nº 408550-5, 7ª CC, Rel. Unias Silva. J. 1/4/04)

Não menos relevante foi o voto do acórdão, com expresse reconhecimento do afeto como valor jurídico.

No seio da família da contemporaneidade desenvolveu-se uma relação que se encontra deslocada para a *afetividade*. Nas concepções mais recentes de família, os pais de família têm certos deveres que independem do seu arbítrio, porque agora quem os determina é o Estado.

Assim, a família não deve mais ser entendida como uma relação de poder, ou de dominação, mas como uma relação afetiva, o que significa dar a devida atenção às necessidades manifestas pelos filhos em termos, justamente, de afeto e proteção.

Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não somente do sangue.

(...)

O princípio da efetividade especializa, no campo das relações familiares, o macroprincípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal), que preside todas as relações jurídicas e submete o ordenamento jurídico nacional.

No estágio atual, o equilíbrio do privado e do público pauta-se exatamente na garantia do pleno desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que integram a comunidade familiar.

No que respeita à dignidade da pessoa da criança, o artigo 227 da Constituição expressa essa concepção, ao estabelecer que é dever da família assegurar-lhe “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-la “à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. Não é um direito oponível apenas ao Estado, à sociedade ou a estranhos, mas a cada membro da própria família.

Assim, depreende-se que a responsabilidade não se pauta tão somente no dever alimentar, mas se insere no dever de possibilitar o desenvolvimento humano dos filhos, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana.

(...)

Assim, ao meu entendimento, encontra-se configurado nos autos o dano sofrido pelo autor, em relação à sua dignidade, a conduta ilícita praticada pelo réu, ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio e educação, a fim de, através da afetividade, formar laço paternal com seu filho, e o nexos causal entre ambos. (grifos do original).

Não se trata, aqui, de uma imposição jurídica de amar, mas de um imperativo judicial de criação da possibilidade da construção do afeto, em um relacionamento em que o amor, a afetividade lhes seriam inerentes. Essa edificação torna-se apenas possível na convivência, na proximidade, no ato de educar, no qual são estruturados e instalados a referência paterna.

A fundamentação do acórdão fala por si só, tendo em vista a utilização da Afetividade atrelada ao Princípio da Dignidade Humana. Afinal, no âmbito da família eudemonista, que visa à liberdade plena do sujeito em busca da felicidade, o núcleo familiar não se justificaria sem o afeto.

Apesar da clareza da essência da família contemporânea, ainda subsistem intérpretes do direito que se recusam a reconhecer a afetividade como um dos elementos mais relevantes do Direito de Família, como se nota no julgado abaixo:

SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. CONDUTA DESONROSA. AUSÊNCIA DE PROVA DE CULPA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. Cada parte deve comprovar suas alegações, sendo ainda do autor o ônus da prova do fato constitutivo do alegado direito. Se não demonstrada a culpa da ré, o pedido não pode ser julgado procedente.

(...)

Dessa forma, segundo princípios processuais, a prova da conduta desonrosa ou da infração grave dos deveres conjugais deve ser feita pelo demandante, eis que é interesse na prova do fato constitutivo do direito reclamado.

E compulsando os autos, entende-se que as provas testemunhais encontram-se insuficientes para provar a culpa da Apelada, no que diz respeito à sua conduta desonrosa.

Neste sentido, ressaltam-se Jurisprudências:

“O pedido unilateral de separação judicial formulado por um dos cônjuges não pode fundamentar-se em simples alegação de quebra da afetividade conjugal ou na violação dos deveres do matrimônio. É necessário que haja prova segura de que essa violação seja de tal gravidade que torne impossível a vida comum”. (RT 545/177)

“Não basta a simples alegação de insuportabilidade da vida conjugal para justificar a separação judicial, devendo as injúrias imputadas ao cônjuge ser cumpridamente provadas”. (Ap 441//86, 11/12/89, DJPE 22/12/89. p. 2, e Resp. IOB Jurispr. 3/3780) (Divórcio e Separação, Yussef Said Cahali, tomo 1, 8ª ed., p. 468, 1995)

E assim, decidiu-se neste Eg. TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

“SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. FALTA DE PROVA A RESPEITO DA CONDUTA DESONROSA ATRIBUÍDA A RÉ (ART. 5º, DA LEI 6.515/770, RECONVENÇÃO. Tratando-se de ação de separação judicial litigiosa, incumbe à parte demonstrar o fato constitutivo do seu direito, nos termos do art. 333, I, do Código de Processo Civil, razão pela qual, não provando a culpa da ré, o pedido não pode ser julgado procedente, com fulcro no artigo 5º, caput, da Lei de Divórcio.

Por outro lado, na ação de separação judicial litigiosa, a culpa do autor pode ser reconhecida se houver reconvenção”. (TJMG, Apelação Cível n.189.299-1/00. Rel. Des. Côrrea de Marins. Public. 14/12/2000)

“SEPARAÇÃO JUDICIAL. CULPA MANTIDA AO CÔNJUGE. VARÃO. FRACA PROVA TESTEMUNHAL. CONFIRMAÇÃO DA IMPROCEDÊNCIA SENTENCIADA”. (TJMG, Apelação Cível n.178.609-4/00. Rel. Des. Aluízio Quintão, Public. 20/10/2000)

SEPARAÇÃO JUDICIAL. FALTA DE PROVA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. Na separação judicial litigiosa, cabe ao autor o ônus da prova. Não provada a culpa da ré, dá-se pela improcedência do pedido.

Na separação judicial litigiosa, cabe ao autor o ônus da prova. Não provada a culpa da ré, dá-se pela improcedência do pedido. (TJMG, Apelação Cível n.201407400, Rel. Des. Campos Oliveira, Public. 10/04/2001)

Portanto, o autor ficou com o dever de comprovar suas alegações. E não o fazendo, o Juízo fez bem em julgar improcedente o pedido, segundo a regra que dispõe que impõe o ônus da prova a quem alega. (CPC, art. 333, I e II)

Com estas considerações, nega-se provimento à apelação. Custas, pelo Apelante, cuja exigibilidade será suspensa de seu pagamento, enquanto fizer jus ao benefício da assistência judiciária. (TJMG, AC n. 1.0000.00.301323-2/000, em conexão com a de n. 1.0000.00.301353- 9/000, 8ª CC, Des. Rel. Pedro Henriques. J. 11/12/2003, *DJMG* 5/5/2004.)

Independentemente do embate entre velhas e novas concepções, assim caminha a família. Em outras palavras, a afetividade ascendeu a um novo patamar no Direito de Família, de valor e princípio. Isso porque a família atual só faz sentido se for alicerçada no afeto, razão pela qual perdeu suas antigas características: matrimonializada, hierarquizada, que valorizava a linhagem masculina. A verdadeira família só se justifica na liberdade e na experiência da afetividade, como diz Giselda Hironaka:

Vale dizer, a verdade jurídica cedeu vez à imperiosa passagem e instalação da verdade da vida. E a verdade da vida está a desnudar aos olhos de todos, homens ou mulheres, jovens ou velhos, conservadores ou arrojados, a mais esplêndida de todas as verdades: neste tempo em que até o milênio muda, muda a família, muda o seu cerne fundamental, muda a razão de sua constituição, existência e sobrevivência, mudam as pessoas que a compõem, pessoas estas que passam a ter a coragem de admitir que se casam principalmente por amor, pelo amor e enquanto houver amor.

Porque só a família assim constituída – independente da diversidade de sua gênese – pode ser mesmo aquele remanso de paz, ternura e respeito, lugar em que haverá, mais que em qualquer outro, para todos e para cada um de seus componentes, a enorme chance da realização de seus projetos de felicidade²⁴⁰.

²⁴⁰ HIRONAKA, Giselda Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 1, n. 1, p. 17, abr./jun. 1999.

Assim de acordo com esta nova realidade que busca cada vez mais por legitimidade, compreende-se a relevância da contribuição da Política Jurídica na estrutura familiar atual e no porvir do Direito de Família.

3.4 A CONTRIBUIÇÃO DA POLÍTICA JURÍDICA NA CONSTRUÇÃO DE UM NOVO DIREITO

O Direito é gerador de diversas teorias que buscam entendê-lo, fazendo com que a finalidade da consciência humana obtenha meios racionais de sobrevivência, evolução para a prevenção e solução de conflitos. Com o objetivo de contribuir com novos paradigmas jurídicos, e na intenção de proporcionar decisões mais justas na resolução de casos concretos, a Política Jurídica vem demonstrar sua importância.

A história da sociedade, como reconhece José Lois Estévez²⁴¹, está estreitamente ligada ao progresso das idéias jurídicas, assim:

Se reconhecêssemos o direito que se deve viver amanhã, estaríamos capacitados para descrever, minuciosamente, a configuração social do futuro. Por sorte, o direito que começa germinar já é bastante previsível. As idéias jurídicas hoje difundidas contêm potencialmente as formas de vida que se realizarão no porvir.

Bem se compreende, por isso, que atualmente a política do direito assume uma relevância extraordinária para a construção do futuro, pois dela dependerá em larga escala o almejado ambiente de paz e do aperfeiçoamento dos homens em qualquer Sociedade. Seu estudo vem ao encontro com os ajustamentos que se fazem necessários nos corpos legislativos para se situarem com a realidade mais profunda da vida social²⁴².

A Política Jurídica visa estudar o direito que deve ser ou como deva ser²⁴³.

²⁴¹ ESTÉVEZ, José Lois. La Lucha por la Objetivación Del Derecho. Vigo, ed. do autor, 1965, p. 39. *Apud.* OLIVEIRA, Gilberto Callado de. **Filosofia da política jurídica**: propostas epistemológicas para a política do direito. Itajaí: UNIVALI, 2001. p. 18.

²⁴² OLIVEIRA, Gilberto Callado de. **Filosofia da política jurídica**. p. 19.

²⁴³ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. Porto Alegre: Fabris. 1994. p. 35.

O Direito tem como objetivo o homem, e a ele é inerente o aperfeiçoamento da idéia de justiça. A Política Jurídica objetiva atingir esse objetivo; ela abrange todos os problemas práticos que surgem dos hábitos, costumes, para alcançar os objetivos sociais; seu domínio e abrangência vão além do campo de ação do jurista²⁴⁴.

A Política Jurídica cabe buscar o Direito adequado a cada época, tendo como marco de suas proposições os padrões éticos vigentes, e a história cultural do respectivo povo²⁴⁵.

Seu fundamento, sobretudo é o humanismo que tem por base as possibilidades e interesses do homem e da sociedade, neste sentido:

Para os humanistas dos séculos XIX e XX há em comum a constatação de que o direito é um fenômeno Humano e, portanto, o fundamento do Direito há que ser buscado no interior e no exterior da norma. O humanismo jurídico ultrapassa, assim, tanto o normativismo lógico quanto o positivismo sociológico e o jusnaturalismo na valorização do homem como sujeito e objeto do Direito, obtendo uma reordenação filosófica onde, por certo, a Política do Direito encontra ambiente adequado para sua ação.²⁴⁶

O objetivo a ser alcançado pela Política Jurídica, na obtenção da norma adequada constitui-se em ricas variações humanistas, ou seja, nos conduzem à busca de um futuro sem alienações, violências e preconceitos, em que predominem a ética e a justiça²⁴⁷.

A Política Jurídica tem sua preocupação básica não com o direito vigente, mas com o direito desejado. Sendo o conteúdo de uma norma um pressuposto para o juízo do justo. Como diz Höffe²⁴⁸:

(...) a justiça é, portanto, uma obrigação social cuja realização os homens não apenas sugerem e recomendam, mas muito antes exigem uns dos outros, atribuem reciprocamente e talvez até se

²⁴⁴ ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Trad. Edson Bini. rev. Téc. Alysso Leandro Mascao. São Paulo: Edipro, 2000. p. 375/376.

²⁴⁵ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: Fabris. 1988. p. 80.

²⁴⁶ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. p. 65.

²⁴⁷ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. p. 20.

²⁴⁸ HÖFFE, Otfried. **Justiça Política**. Petrópolis: Vozes, 1991. p. 49.

devem uns aos outros. Nesta medida, a justiça merece uma hegemonia para uma ordem social resultante do mandato para coerção.

O objetivo maior da Política Jurídica é construir uma ordem social justa, de maneira a dar plena realização ao bem comum. Para alcançar esse objetivo buscam-se os meios convenientes e úteis da precaução política do Direito, enraizada nos domínios mais profundos do conhecimento. As propostas de representação de novas normas terão sempre por base o sistema jurídico vigente, consistente num complexo de normas e de relações jurídicas que vão formar a estrutura jurídica da sociedade ou simplesmente a ordem jurídica²⁴⁹.

O professor Osvaldo Ferreira de Mello expõe com propriedade:

A Política Jurídica se interessa pela norma desde a sua forma embrionária no útero social. Os valores, fundamentos e conseqüências sociais da norma são suas principais preocupações. Para ela, dentro dessa dimensão prática e imediata, importante é alcançar a norma que responda tão bem quanto possível às necessidades gerais, garantindo o bem estar social pelo justo, pelo verdadeiro e pelo útil, sem descuidar da necessária segurança jurídica e sem por em risco o Estado de Direito²⁵⁰.

A Política Jurídica deve permanentemente demonstrar seu compromisso com as necessidades sociais para atingir o Bem-Comum:

(...) O Direito necessita da Política para renovar-se continuamente na fonte das mediações, e esta necessita daquele para objetivar em realidades e em valores a sua atividade quase sempre dispersiva e pragmática, ou seja, objetivá-la em sistemas de princípios e normas, formal e materialmente válidos. Assim, o “bem-comum”, expressão que se usa geralmente com forte apelo retórico, para representar um objetivo coincidente da Política e do Direito, poderá significar algo conseqüente, como sendo mais justas relações econômicas e

²⁴⁹ OLIVEIRA, Gilberto Callado de. **Filosofia da política jurídica**. p. 275.

²⁵⁰ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. p. 19/20.

alcance de ambiente social tolerante, ético e estimulador de práticas solidárias²⁵¹.

O comprometimento da Política Jurídica com ações corretivas, no sentido de adequar as mudanças de cada época para a obtenção do justo, vem favorecer um ambiente político jurídico para a sociedade, que permita às pessoas viverem num ambiente mais ético e social, dando a elas autonomia para decidirem de que forma pretendem buscar sua paz, segurança, seu bem-estar, dentro do que prega sua cultura.

A Política Jurídica possui como obrigação e compromisso o agir, que é sua dimensão operacional, pois se define ação como operação do fazer, ou seja, o conjunto de procedimentos que levam o agente à realização de uma idéia, de um querer. Seus elementos básicos para o desenvolver de uma ação dotada de eficácia se apresenta na existência de um agente capaz e determinado, regado de meios hábeis e de um fim desejado. Os objetivos da ação político-jurídica visarão quebrar os paradigmas que negam ou impedem a criatividade como um constante agir. Buscarão assegurar a valorização do ser humano e a dignidade de tratamento nas relações entre os homens e destes com a natureza²⁵².

O papel da Política Jurídica conforme o que foi enunciado no decorrer da pesquisa demonstra sua preocupação com o Direito futuro, pois de acordo com os avanços da cultura da sociedade, tudo nos leva a pensar que num futuro não muito distante, não serão exigidas apenas leis reformadas ou corrigidas, mas o próprio direito reconstruído, não se resumindo apenas em permitir, impedir ou sancionar condutas do dia-a-dia, mas que seja capaz de reordenar, em novas bases éticas, toda a convivência social, redefinindo o papel do Estado e dos cidadãos perante as reais necessidades da vida, historicamente furtadas pelo conjunto de regras do Poder que pretendeu sempre justificar formas injustas de dominações e privilégios²⁵³.

Portanto, a Política Jurídica tem muito a participar proficuamente na construção de um Direito de Família adequado à realidade das novas relações familiares, pois o *motus* precípua destas relações é o sentimento de afetividade

²⁵¹ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. p. 21.

²⁵² MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. p. 132.

²⁵³ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. p. 133.

que une os membros integrantes, a fim de se obter, a final, uma norma justa e eticamente útil na harmonização social, colaborando na felicidade dos Cidadãos e obtenção do Bem Comum.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente dissertação buscou apresentar um panorama histórico e jurídico da Família Brasileira, partindo da Família Romana, procurando relatar sua evolução e as várias modificações que a própria Família Romana passou.

Posteriormente, a Família sofreu influências do Cristianismo que, aos poucos, foi se tornando fonte de adoração por algumas Famílias, as quais foram abandonando os antigos cultos religiosos domésticos. Com a estruturação da Igreja Cristã, as Famílias passaram a sofrer uma nova forma de controle.

A Igreja Católica ao pregar a indissolubilidade do Casamento gerou descontentamentos, que propiciaram revoluções sociais e políticas, entre elas a Reforma Luterana. Outra revolução que influenciou a Família, foi a Revolução Francesa, a qual propiciou ao Casamento validade civil, e não somente religiosa.

Em um segundo momento, objetivou-se analisar a Família Brasileira constituída pelo Casamento Civil e Religioso, retratando a forte influência do Direito Canônico. Lembrando que as primeiras Famílias Brasileiras apresentavam-se estritamente patriarcais, preocupadas com a estrutura patrimonial, desconsiderando fatores pessoais importantíssimos.

Sem dúvida, mostrou-se que até o advento da Constituição Federal de 1988, os pilares do Direito Civil eram centrados na propriedade e no contrato. Porém, com a nova Carta Magna fez-se presente a crise nas categorias jurídicas pré-constitucionais, que entraram em choque com as recém-criadas, cuja tônica e preocupação era com a preservação da dignidade da pessoa humana. Isto fez com que fossem revistas às regras e os institutos do Direito Civil, a partir de uma despatrimonialização e de uma ênfase na pessoa humana, isto é, na compreensão da dignidade como cerne do sujeito e conseqüentemente das relações jurídicas. Neste sentido, ampliou-se o campo de aplicação da autonomia privada, que também se curva, sobretudo, no âmbito das relações familiares.

No seio da família, são os seus integrantes que devem ditar o regramento próprio da convivência. Desta órbita interna exsurtem disposições

que farão com que a sociedade e o Estado respeitem e reconheçam tanto a família, enquanto unidade, como os seus membros individualizadamente.

Nos aspectos históricos da família ficou demonstrado que a família antiga era numerosa, edificada no casamento, tendo o pai o poder de vida e de morte sobre a mulher, filhos e escravos.

Observou-se que o Código Civil Brasileiro de 1916 entendia a Família como patriarcal, sustentada na suposta hegemonia de poder do pai, na hierarquização das funções, na desigualdade de direitos entre marido e mulher, na discriminação dos filhos, na desconsideração das entidades familiares e no predomínio dos interesses patrimoniais em detrimento do aspecto afetivo. E, com o advento do Novo Código Civil Brasileiro de 2002, mostrou-se que ocorre ainda a permanência dos interesses patrimoniais nas relações de Família.

Posteriormente, diante da dificuldade de desprendimento do legislador pátrio em equilibrar os interesses patrimoniais e afetivos no Direito de Família, analisou-se a necessidade de um novo paradigma nas relações de família, através do referente afeto. Fez-se necessário, portanto, uma reflexão socioantropológica e psicanalítica do tema para que houvesse esclarecimento desta necessidade atual e iminente. Em contrapartida, enfaticamente, trouxe-se à discussão exemplos práticos das novas formas de família que se baseiam na afetividade e que merecem respaldo jurídico, e ainda, da função atual da Família que pouco se assemelha àquela da Antiguidade.

Por fim, abordou-se o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, norteador deste novo enfoque Afetual, o qual fundamenta a Família na atualidade com vistas à efetividade do respeito e consideração mútuos, entre os membros da Família. Lembrando, ainda, da necessidade de aplicação da Política Jurídica no Direito de Família, propiciando um novo direito aos novos anseios sociais, ao bem comum.

Conclui-se, portanto, através da presente pesquisa que era interesse do Estado que a família, como unidade produtiva e esteio econômico da nação, fosse regulada ostensivamente. Mas, a partir das modificações políticas, sociais e econômicas, foi inevitável o declínio do caráter patriarcal e hierarquizado da família, uma unidade até então baseada no casamento, surgindo uma nova família, que valoriza o afeto, a solidariedade e a cooperação entre seus membros. Vê-se o fim da hierarquização de seus

componentes, que se igualam em direitos e deveres, em que se encontra presente uma autonomia de vontade que deve ser respeitada, sobretudo, pelo Estado.

O indivíduo passou a ser o centro da família e, por conseguinte, da sociedade e não mais apenas um elemento de força produtiva. Em outras palavras, passou-se a valorizar o sujeito das relações e não mais o seu objeto. Ocorreram, pois, a personificação e a despatrimonialização da Família e, a partir dessas vertentes, surgiu a necessidade de uma nova concepção pública, impondo limites à atuação do Estado nesta esfera relacional. A recolocação de valores na relação de Família, isto é, uma valorização maior do sujeito em detrimento das relações patrimoniais, não significa a não-consideração dessas relações, mas tão-somente uma retificação em direção ao princípio da dignidade humana.

O Estado abandonou sua figura de *protetor-repressor*, para assumir postura de Estado *protetor-provedor-assistencialista*, cuja tônica não é de uma total ingerência, mas, em algumas vezes, até mesmo de substituição a eventual lacuna deixada pela própria Família.

A intervenção do Estado deve apenas e tão-somente ter o condão de tutelar a família e dar-lhe garantias, inclusive de ampla manifestação de vontade e de que seus membros vivam em condições propícias à manutenção do núcleo afetivo.

A Constituição Federal de 1988 definiu e não deixou margem para dúvidas quanto à concepção da intervenção do Estado e assunção deste papel de “Estado-protetor” e não um “Estado-interventor”, ao dispor no art. 226: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Ficou muito claro que a Constituição Federal procurou unir a liberdade do indivíduo à importância que a Família representa para a sociedade e para o Estado. Ao garantir ao indivíduo a liberdade através do rol de direitos e garantias contidos no art. 5º, bem como de outros princípios, conferiu-lhe a autonomia e o respeito dentro da família e, por conseguinte, assegurou a sua existência como célula mantenedora de uma sociedade democrática. Isto, sim, é que deve interessar ao Estado.

No texto constitucional está prevista também a liberdade do casal, no que concerne ao planejamento familiar, com fundamento nos princípios da

Dignidade da Pessoa Humana e da paternidade responsável. Do Código Civil atual pode-se extrair o fundamento legal para recepcionar a autonomia privada como princípio fundamental do Direito de Família: “Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

A excessiva preocupação com os interesses patrimoniais que matizaram o direito de família tradicional não encontra suporte na família atual, pois está balizada por outros interesses de cunho pessoal, humano, aglutinados por um elemento novo: a afetividade.

A restauração da primazia da pessoa, nas relações de família, na garantia da realização da Afetividade e de sua Dignidade, é a condição primeira de adequação do direito à realidade.

As relações de consangüinidade, na prática social, são menos importantes que as oriundas de laços de afetividade e de convivência familiar, constituintes do estado de filiação, devendo, portanto, prevalecer.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 5 v. 510 p.

ANDRADE, Fernando Dias. Sobre ética e ética jurídica. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, v. 8.

ANTUNES ROCHA, Carmem Lúcia. O princípio da dignidade humana e a exclusão social. *In: Anais do XXVI Conferência Nacional dos Advogados – Justiça: realidade e utopia*. Brasília: OAB, Conselho Federal, p. 69-92, v. I, 2000.

ARISTÓTELES. **A política**. Tradução: Nestor Silveira Chaves. Introdução Ivan Lins. 15.ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1988. 187 p.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. Réquiem para uma certa dignidade da pessoa humana. *In: CUNHA PEREIRA, Rodrigo da (Coord.). Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família – Família e cidadania. O novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, IBDFAM, 2002, p. 329-351.

BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 4, n. 14, p. 9, jul./set. 2002.

BARROS, Sérgio Resende de. Direitos Humanos da Família: Dos Fundamentais aos operacionais. *In: Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil*. Coordenação: Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à constituição do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1998. 1.071 p.

BOBBIO, Norberto. Teoria Geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos. Organizado por Michelangelo Bovero. Tradução de Daniela B. Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

Boisset, Jean. **História do protestantismo**. Tradução de Heloysa e Lima Dantas. São Paulo. Difusão Européia do Livro. 1980. 136 p.

BORGHI, Hélio. **Casamento e união estável: formação, eficácia e dissolução**. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2001. 331 p.

BORGHI, Hélio. **Casamento e união estável: formação, eficácia e dissolução**. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2001. 331 p.

BRASIL. Constituição 1988: texto constitucional de 5 de outubro de 1988 com as alterações adotadas pelas emendas constitucionais n. 1/1992 a 45/2005 e emendas constitucionais de revisão n. 1 a 6/1994. ed. atual em 2005. Brasília: Senado Federal, Gabinete do 4º Secretário, 2005. 516 p.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Anuário Estatístico do Brasil*. Rio de Janeiro: IBGE, v. 61, 2003.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Anuário Estatístico do Brasil*. Rio de Janeiro: IBGE, v. 61, 2003.

BRASIL. Lei 6.515 de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do Casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. **Senado**. Disponível em: <http://wwwt.senado.gov.br/servlets/NJUR.Filtro?tipo=LEI&secao=NJUILEGBRAS&numLei=006515&data19771226&seq=000&pathServer=www1/netacgi/nph-brs.exe>. Acesso em: 20 mar. 2006.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Novo Código Civil. <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 19.10.2005.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação cível n° 70.006.542.377, da 8ª Câmara Cível de Porto Alegre**, rel. Des. Rui Portanova, julgado em 11 de setembro de 2003.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n° 70.010.787.398, da 7ª Câmara Cível de Porto Alegre**, rel. Des. Maria Berenice Dias, julgado em 27 de abril de 2005.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Embargos Infringentes n° 70.003.967.676, do 4º Grupo de Câmaras Cíveis de Porto Alegre**, rel. Des. Maria Berenice Dias, julgado em 09 de maio de 2003.

BRITO, Fernanda de Almeida. **União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos**. São Paulo: LTr, 2000. 120 p.

BUENO, Francisco da Silveira. Dicionário da Língua Portuguesa. V. I. São Paulo: Edições Fortaleza, 1972. 1.368 p.

CAHALI, Francisco José. **Contrato de convivência: na união estável**. São Paulo: Saraiva. 2002. 331 p.

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. 9. ed. revista e atualizada. Revista dos Tribunais. 2000. 1392 p.

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

CARVALHO NETO, Inácio. Separação e divórcio. Curitiba: Juruá, 1998. 556 p.
CÓDIGO DE DIREITO CANÔNICO. Tradução Oficial: Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. Notas e Comentários Padre Jesus S. Hortal, S. J. Edições Loyola. 1983. 763 p. (promulgado por João Paulo II, PAPA)

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. 7. ed. Rio de Janeiro: Ediouro S.A. 266 p.

CRETELLA JÚNIOR, J. **Curso de direito romano**: o direito romano e o direito civil brasileiro. Revisada e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 486 p.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. **A sexualidade vista pelos tribunais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *Direito de família*: uma abordagem psicanalítica. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, n. 16, p. 5-11, jan./fev./mar. 2003.

CUNHA, Alexandre do Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil. *In*: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CZAJKOWSKI, Rainer. **União livre**: à luz da Lei 8.971/94 e da Lei 9.278/96. 2. ed. rev e ampl. Curitiba: Juruá. 2001. 263 p.

DIAS, Maria Berenice. **Efeitos patrimoniais das relações de afeto**. Repertório IOB de Jurisprudência, 15/ 97, caderno 3.

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

DIAS, Maria Berenice. **União homossexual**: o preconceito e a justiça. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 304 p.

DIAS, Maria da Graça dos Santos. **A Justiça e o Imaginário Social**. Florianópolis: Momento Atual, 2003. p. 116.

DIAS, Maria da Graça dos Santos. **Justiça: referente ético do direito**. In: Encontro Nacional do CONPEDI. *Anais do XIII Encontro Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2005. p. 179-190.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. 1259 p.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 17 ed. atual de acordo com o Novo Código Civil (Lei n. 10.406/02) São Paulo: Saraiva. 2002. v. 5. 562 p.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das coisas**. 17. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5. 562 p.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 2.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 454.

DOLTO, François *apud* BAPTISTA, Silvio Neves. Guarda e direito de visita. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 5. abr./maio/jun. 2000.

ENGELS, Friedrich. **A origem da Família, da propriedade privada e do Estado**. Tradução Leandro Konder. 14. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997. 215 p.

ESTÉVEZ, José Lois. La Lucha por la Objetivación Del Derecho. Vigo, ed. do autor, 1965, p. 39. *Apud*. OLIVEIRA, Gilberto Callado de. **Filosofia da política jurídica: propostas epistemológicas para a política do direito**. Itajaí: UNIVALI, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família no novo milênio*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, 314 p.

FLANDRIN, Jean Louis. **Famílias, parentesco, casa e sexualidade na sociedade antiga**. Tradução: M. F. Gonçalves de Azevedo. 2. ed. Lisboa: Editoria Estampa, 1991. 291 p.

FRANÇA. **Código Napoleão** (código civil dos Franceses). Tradução de Souza Diniz. Rio de Janeiro: Record, 1962.

FREUD, Sigmund. Conference XVIII – Fixation – The unconscious. *In: The standart edition of the complete psychological works of Sigmund Freud*. Londres: Hogarth Press, 1974. v. XVI.

FRÓES, Oswaldo. **Direito Romano**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2004. 231 p.
GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Efeitos civis da reprodução assistida heteróloga de acordo com o novo Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente. *In: CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. (Coord.). Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GAMA, Guilherme Camon Nogueira da. **O companheirismo**: uma espécie de família. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 630 p.
GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001. 362p.

GROENINGA, Giselle Câmara. Direito e Psicanálise – um novo horizonte epistemológico. *In: Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil*. Coordenação: Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 249- 263p.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

HIRONAKA, Giselda Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 1, n. 1, p. 17, abr./jun. 1999.

HÖFFE, Otfried. **Justiça Política**. Petrópolis: Vozes, 1991. 403 p.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. São Paulo: Objetiva, 2005.

JULIEN, Philippe. **Abandonarás teu pai e tua mãe**. Tradução Procópio Abreu. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2000. 93 p.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Abril Cultural, 1980, v. 1. (Coleção Os Pensadores).

LAURIA, Flávio Guimarães. **A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito**: origem e evolução do casamento. Curitiba: Juruá, 1991. 420 p.

LIMA, Domingos Sávio Brandão. **A nova lei do divórcio comentada**. São Paulo: O. Dip. Editores Ltda. 1978. 458 p.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Repersonalização das relações de Família. *In: Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 6, n. 24, Jun/Jul, 2004. p. 136-158.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *In: CUNHA PEREIRA, Rodrigo da (Coord.). Anais do III*

Congresso Brasileiro de Direito de Família - Família e cidadania – O novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

LONGO, Adão. **O direito de ser humano.** Rio de Janeiro: Forense, Universitária, 2004. 262 p.

MADALENO, Rolf. Filhos do coração. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 23.

MAFFESOLI, Michel. **Elogio da razão sensível.** Tradução de Albert Christophe Migueis Stuckenbruck. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005. 208 p.

MAFFESOLI, Michel. **O tempo das tribos: o declínio do individualismo nas sociedades pós-modernas.** Tradução Maria de Lourdes Menezes; tradução do anexo e do prefácio Débora de Castro Barros. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2006. p. 297.

MATOS, Marlise. *Reinvenções do vínculo amoroso: cultura e identidade de gênero na modernidade tardia.* Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2000.

MATURANA, Humberto. **Reflexões sobre o amor: A ontologia da realidade.** Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

MEIRA, Raphael Correa de. **Curso de direito romano.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. 285 p.

MELMAN, Charles. **O homem sem gravidade: gozar a qualquer preço.** Entrevistas por Jean-Pierre Lebrun; Tradução: Sandra Regina Felgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2003. 211 p.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica.** Porto Alegre: Fabris. 1994.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: Fabris. 1988.

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. 3 ed. São Paulo: Cortez; Brasília: Unesco, 2001. 118p.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. 384 p.

PASOLD, César Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003.

PASOLD, César Luiz. **Prática da pesquisa jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito. Florianópolis: OAB/SC, 2001. 208 p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil**. vol. V. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 300 p.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Da união estável. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (org.) **Direito de Família e o novo Código Civil**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: IBDFAM: Síntese, v. 4, n. 16, p. 5-11, jan-mar. 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. Curitiba, UFPR, 2004, 157p. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) Universidade Federal do Paraná, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Repensando o direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 2° ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito de família**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Booksellers, 2001. 589 p.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, v. 7, 1971.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade: aspectos jurídicos e técnicos de inseminação artificial*. Doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. *In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.) Repensando os fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro:Renovar, 1998, p. 31-56.

REZENDE, Ana Lúcia Magela. **Pós-modernidade: o vitalismo no “chãos”**. Florianópolis. 1993. Plural, v. 3, n. 4, jan-jul. p. 10.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito de Família**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 416p.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Controlar a profusão de sentidos: a hermenêutica jurídica como negação ao subjetivo. *In: BOUCAULT, Carlos A.; RODRIGUEZ, J. R. (Org.). Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Trad. Edson Bíni. rev. Téc. Alysson Leandro Mascao. São Paulo: Edipro, 2000. 432 p.

ROUANET, Sérgio Paulo. & MAFFESOLI, Michel. **Moderno X Pós-Moderno**. Rio de Janeiro: UERJ, Departamento Cultural, 1994. 88p.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Tradução da 6. ed. italiana por Paolo Capitanio; atualizada por Paulo Roberto Benasse. Campinas: Bookseller, 1999. 822 p.

SILVA, Juremir Machado da. **Anjos da perdição: futuro e presente na cultura brasileira**. Porto Alegre: Sulina, 1996. 302p.

SOBOUL, Albert. História da revolução francesa. Tradução de Hélio Pólvora. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1974. 549 p.

SOLE, Jacques. **A revolução francesa em questões**. Tradução: Alda Porto e Marcos Santarita. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1989. 353 p.

TEPEDINO, Gustavo. Novas Formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. *In*: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

VAISTMAN, Jeni. **Flexíveis e plurais: casamento e família em circunstâncias pós-modernas**. Rio de Janeiro: Rocco, 1994. 203p.

VENOSA, Sílvio de Salvo (org). **Novo Código Civil - texto comparado**: código civil de 2002, código civil de 1916. São Paulo: Atlas, 2002. 914 p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Direito de família. 2. ed. atual de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2002. v. 6. 456p.

VILLELA, João Baptista. A desbiologização de paternidade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 71, p. 45. jul./set.1980.

VILLELA, João Baptista. A família hoje. *In*: BARRETO, Vicente (Coord). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

VILLELA, João Baptista. Repensando o direito de família. *In: CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. (Coord.). Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família.* Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

WALD, Arnold. Direito de Família. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. 593 p.

WALD, Arnaldo. **Curso de direito civil brasileiro: o novo direito de família.** 12. ed. São Paulo: RT, 593 p.

WALD, Arnaldo. **O novo direito de Família.** 13. ed. revisada e atualizada e ampliada pelo autor, de acordo com a jurisprudência e com referência ao projeto de Código Civil, com a colaboração do Desembargador Luiz Murillo Fábregas e da Professora Maria P. Corrêa da Fonseca. São Paulo: Saraiva, 2000. 622 p.

ZAMBERLAM, Cristina de Oliveira. **Os novos paradigmas da família contemporânea: uma perspectiva interdisciplinar.** Rio de Janeiro: Renovar. 2001. 164 p.