

**FRANCISCO JOSÉ DE OLIVEIRA**

**FAMÍLIAS NÃO LEGISLADAS: DIREITOS FUNDAMENTAIS E  
NORMAS CONSTITUCIONAIS DE INCLUSÃO**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Edson Fachin

**CURITIBA**

**2006**

# TERMO DE APROVAÇÃO

FRANCISCO JOSÉ DE OLIVEIRA

## FAMÍLIAS NÃO LEGISLADAS: DIREITOS FUNDAMENTAIS E NORMAS CONSTITUCIONAIS DE INCLUSÃO

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós Graduação em Direito, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. Luiz Edson Fachin  
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR.

\_\_\_\_\_  
Prof.

\_\_\_\_\_  
Prof.

Curitiba, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_.

## AGRADECIMENTOS

Quem necessita de grande ajuda, muito tem a agradecer. É o que acontece no caso presente.

Em primeiro lugar, a Deus, autor da vida.

À Fundação Sul Mineira de Ensino e à Faculdade de Direito do Sul de Minas, nas pessoas de seu presidente e diretor respectivamente Professor Ângelo Guersoni e Professor Carlos Abel Guersoni Rezende, por tornarem possível o impensável a quem, aos 12 anos de idade exercia a função de ‘alfabetizador do MOBREAL’.

A todos os colegas professores nesta casa, de modo especial aos colegas deste mestrado, pelos diários ensinamentos jurídicos e para a vida.

Aos meus alunos, os de ontem, hoje e amanhã, pois, este trabalho somente terá valido a pena, se todos eles, superarem e em muito o autor deste trabalho, pois esta deve ser a sina de todo professor, ser sucessiva e constantemente superado.

Aos professores Doutor Luiz Edson Fachin e Doutor Ivan Guerios Curi, porque, muito mais que ensinamentos, transmitiram a exata noção e responsabilidade que significa ser professor.

Ao meu orientador Professor Doutor Luiz Edson Fachin, pela paciência na orientação, pela competência no magistério e pela viva dedicação à construção de um Direito que promova o ser humano.

A Diogo, Adalberto e Graciele por toda a ajuda, mas de modo especial, pelas aventuras da véspera da encadernação.

A todos aqueles que integram o IBDFAM, de onde veio, há tempos atrás a motivação para o magistério e para este trabalho.

O trabalho trata de família. Meus pais me formaram e prepararam para o mundo, e com certeza, esperavam um resultado melhor. Lília, Ana Laura e Francisco Filho, razão de minha existência e que suportam meu incurável e insuportável mau humor. A vocês dedico este trabalho, minha vida e meu amor.

## AMAR

Que pode uma criatura senão,  
entre criaturas, amar?  
amar e esquecer,  
amar e malamar,  
amar, desamar, amar?  
sempre, e até de olhos vidrados, amar?

Que pode, pergunto, o ser amoroso,  
Sozinho, em rotação universal, senão  
rodar também, e amar?  
amar o que o mar traz à praia,  
o que ele sepulta, e o que, na brisa marinha  
é sal, ou precisão de amor, ou simples ânsia?

Amar solenemente as palmas do deserto,  
o que é entrega ou adoração expectante,  
e amar o inóspito, o áspero,  
um vaso sem flor, um chão de ferro,  
e o peito inerte, e a rua vista em sonho, e uma ave de rapina.

Este o nosso destino: amor sem conta,  
distribuído pelas coisas pérfidas ou nulas,  
doação ilimitada a uma completa ingratidão,  
e na concha vazia do amor a procura medrosa,  
paciente, de mais e mais amor.

Amar a nossa falta mesma de amor, e na segura nossa  
amar a água implícita, e o beijo tácito, e a sede infinita.

*Carlos Drummond de Andrade*

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	vi
<b>ABSTRACT</b> .....	viii
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	01
<b>1 A FORÇA CONSTRUTIVA DOS FATOS SOCIAIS NA EDIFICAÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA</b> .....	08
1.1 FAMÍLIA COMO FATO CULTURAL.....	09
1.2 AS ORIGENS DA FAMÍLIA.....	18
1.2.1 Emoldurações Familiares Reconhecidas Historicamente.....	22
1.3 PREDOMÍNIO DA FAMÍLIA MONOGÂMICA/PATRIARCAL AO LONGO DO TEMPO.....	34
1.4 MUDANÇAS HISTÓRICAS E SUA INFLUÊNCIA NA REALIDADE FAMILIAR.....	40
1.5 O ELEMENTO AFETIVO E AS RELAÇÕES FAMILIARES.....	46
1.5.1 Recepção Jurídica da Afetividade como Identificador do Laço Familiar.....	50
<b>2 DA RELAÇÃO SOCIAL A RELAÇÃO JURÍDICA</b> .....	59
2.1 A EVOLUÇÃO DO DIREITO.....	62
2.2 O DIREITO ESTATAL.....	68
2.3 A EVOLUÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO DE FAMÍLIA.....	69
2.4 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 COMO MARCO TEMPORAL LEGISLATIVO.....	76
2.5 A SUPERAÇÃO DO DIREITO PRIVADO CLÁSSICO NA PASSAGEM AO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL.....	81
2.5.1 A Constitucionalização, Publicização e Repersonalização do Direito Civil.....	84
<b>3 FAMÍLIA, SUJEITO E CIDADANIA</b> .....	94
3.1 CONSEQÜÊNCIAS JURÍDICAS DE INTEGRAR UMA FAMÍLIA.....	97
3.2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	102
3.3 A DISSIDÊNCIA TERMINOLÓGICA. DIREITOS HUMANOS OU DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	107
3.4 A TEÓRIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM PERSPECTIVA HISTÓRICA.....	110
3.5 O PLURALISMO FAMILIAR COMO PARADIGMA DO PROJETO PARENTAL NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA.....	123
3.6 A DIVERSIDADE DE ARQUÉTIPOS FAMILIARES E O DIREITO CONTEMPORÂNEO.....	135
<b>CONCLUSÃO</b> .....	151
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	157

## RESUMO

A nova ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana como fundamento de nossa República.

Com isso, houve a superação do direito civil clássico, para um direito civil constitucionalizado, onde os institutos jurídicos devem ser tutelados à medida em que cumpram sua função de permitir o desenvolvimento do sujeito.

Inegável a importância da família na estruturação psíquica do sujeito. Entretanto, esta deve ser protegida enquanto cumprir sua função em relação ao sujeito. Diferentes emoldurações familiares existiram, existem e existirão ao longo do tempo, já que fato cultural.

Nesta nova ordem, ante o pluralismo ético e cultural existente, pode o sujeito determinar que tipo de entidade familiar deseja formar, sendo papel do Estado reconhecê-la.

Sendo que são direitos fundamentais, a liberdade e a igualdade, sempre pensando na igualdade material, as diferenças que individualizam devem ser respeitadas, pois, esta é a correta maneira de se efetivar igualdade. Não podem existir minorias, mas cidadãos.

Desde que fruto da vontade de seus integrantes, presentes o afeto, a publicidade e a estabilidade, configurada estará a entidade familiar.

Logicamente, o afeto necessário à formação de uma entidade familiar, é aquele imantado do objetivo de vida em comum, de responsabilidade para com o outro, baseado em comportamento ético.

Neste sentido, nossa ordem constitucional não permite exclusões. O art. 226 da CF traz um rol meramente exemplificativo. A falta de legislação, se aproxima muito mais de ser benéfica, que maléfica. A regulamentação e a nomeação, criariam paradigmas e modelos, tolhendo a liberdade dos integrantes da família, de lhe conferirem o formato que melhor lhes confira dignidade. Além de que, às pessoas que decidem viver em emoldurações familiares não regulamentadas, deixam bem claro que não querem intervenção estatal em suas relações afetivas.

Entretanto, a falta de legislação não pode ser motivo de exclusão. O reconhecimento decorre da efetividade dos direitos fundamentais e da melhor interpretação constitucional, principalmente, buscando-se a proteção do valor e a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

**Palavras-chave:** Palavras-chave: família, dignidade da pessoa humana, constituição, direitos fundamentais, inclusão.

## **ABSTRACT**

The new constitutional legal system has promoted the human dignity to a higher ground in our Republic.

This way, there has been a change of the classical Civil Law into a Constitutionalized Civil Law, where the juridical institutes must be tutored as they execute their role, which is to allow the individual's development.

The importance of the family in the psychological structure of the individual is undeniable. However, this same family must be protected while it carries out its purpose with reference to the individual. Different family frames existed, exist and will exist along the time, it is a cultural fact.

In this new system, before the existent ethical and cultural pluralism, the individual can determine which kind of family entity he wishes to compose, and it is a function of the State to recognize this entity.

Liberty and equality are fundamental rights - equality meaning material equality - human differences, which individualizes the person, must be respected, because this is the correct manner to put equality into effect. There cannot be any minorities but citizens.

The family entity will be composed, since it is a consequence of the affection of its members, publicity and stability must also be present.

Logically, the essential affection to form a family entity is the one arising from the purpose to live in common, the purpose of responsibility to one another, based on ethical behavior.

Therefore, our constitutional legal system does not allow exclusions. The article 226 of the Constitution ranks in an exemplifying way. The lack of legislation on this



field is close to be much more benefic than malefic. The regulation and denomination of kinds of family would create paradigms and models, which would hind the liberty of the members, to confer the shape to this entity that best dignifies it. Besides, people who decide for living in non regulated family frames mean that they do not want the State intervention in their affective relationships.

Nevertheless, the lack of legislation cannot be a ground for exclusion. The recognition of any kind of family derives from the effectiveness of the fundamental rights and from the best constitutional interpretation, and specially the searching of the value and the principle of human dignity protection.

**Key words:** family, human dignity, constitution, fundamental rights, inclusion.