

INTRODUÇÃO

A família sempre foi assunto que interessou e interessa a um sem número de saberes humanos. Talvez porque, nenhum tipo de associação humana esteja tão próxima da natureza, já que pelo menos no que toca à reprodução, esse vínculo seja inegável.

Como toda associação humana, traz em seu seio contradições, dualismos, falhas. Entretanto, é local por excelência para o desenvolvimento do sujeito, afinal, a família é “diferencial de nossa espécie, não só célula mater da sociedade, mas matriz de constituição do psiquismo, deste psiquismo humano que conhece para ser.”¹

Começa-se a caminhada, procurando demonstrar a realidade familiar como fato cultural e histórico. Sendo cultural, pressupõe a atividade humana em sua construção, bem como a existência de regras, que por serem culturais, podem ser quebradas ou modificadas.

Ora, sem dúvida, a família traz consigo uma dimensão biológica, espiritual e social, afigurando-se mister, por conseguinte, sua compreensão a partir de uma feição ampla, considerando suas idiosincrasias e peculiaridades, o que exige a participação de diferentes ramos do conhecimento, tais como a sociologia, a antropologia, a filosofia, a teologia, a biologia (e, por igual, a biotecnologia e a bioética) e, ainda, a ciência do direito. Tentar compreendê-la de forma sectária, isolando a compreensão em alguma das ciências, é enxergá-la de forma míope, deturpada de sua verdadeira feição.²

¹ GROENINGA, G. C. Família: um caleidoscópio de relações. **Direito de Família e psicanálise. Rumo a uma nova epistemologia.** (Coord.) Giselle Câmara Groeninga e Rodrigo da Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Imago, 2003 p. 125.

² FARIAS, C. C. de. Direito constitucional à família (ou famílias sociológicas versus famílias reconhecidas pelo direito: um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade **Revista Brasileira de Direito de Família.** Abr/mai 2004 n 23 pág 7).

Sendo histórica, sofre as influências dos acontecimentos externos, em suas emoldurações, regramentos e, porque não dizer, funções.

Analisando algumas emoldurações familiares que se revezaram ao longo do tempo, procura-se mostrar que, embora sempre tenham coexistido vários arquétipos familiares, alguns tinham predominância, no sentido do reconhecimento que obtinham, fosse esse reconhecimento social, religioso, político ou jurídico.

Percebe-se, desde o início, que dada sua inegável importância na formação da sociedade civil, sempre existiram tentativas de institucionalizar a família, colocando-a a serviço de outras instituições, de forma muito forte o Estado e as Religiões, reconhecendo-se que, cronologicamente tal assenhramento foi realizado pela religião.

Portanto, a família servia a fins externos, e na defesa destes fins, a manutenção do vínculo familiar era mais importante que o desenvolvimento de seus integrantes.

Entretanto, a família sempre foi e será um local de convivência baseada no afeto e na intencionalidade. O fato de, ainda que de forma marginal, sempre coexistirem várias formas familiares, mostra que a normatização daquilo que é da ordem do desejo, não resiste à pressão da realidade.

O Direito, não sem uma longa e triste história de exclusões, viu-se forçado a reconhecer o afeto como algo que merece proteção jurídica, sendo o afeto o principal identificador do laço familiar.

A relação social familiar, transforma-se em relação jurídica. O fato de se pertencer a uma entidade familiar, ultrapassa os limites de simples nomenclatura, gerando importantes efeitos de ordem prática.

Essa passagem de relação social à relação jurídica tem ligação com o reconhecimento jurídico da família, pois, sendo a família anterior ao direito, este apenas reconhece sua existência, não tendo sobre ela poder de atribuição.

Neste ponto do estudo, realiza-se um olhar histórico sobre o fenômeno jurídico, partindo da antiguidade, e com uma breve parada no direito estatal. O Estado chamou a si a função de garantir segurança. No campo jurídico, através das codificações, buscou garantir segurança jurídica. Sendo o único capaz de legislar, criava modelos e normas de conduta, aos quais todos deveriam se adequar, sob a pena da exclusão. No caso específico do Direito de família, o monismo jurídico gerou o monismo familiar. Somente a entidade nascida do casamento civil, receberia o reconhecimento como família.

O Direito Brasileiro, como fruto de uma época e de uma cultura, também, por longo período consagrou este modelo. A família era única, devia ser protegida enquanto instituição.

Entretanto, o direito estatal liberal-burguês viu-se diante da incapacidade de garantir o respeito à dignidade humana, ao considerar o sujeito como algo abstrato, simples presente em uma relação jurídica, não o considerando como sujeito de necessidades.

Com a superação da dicotomia público e privado, ante o fracasso das promessas emancipatórias da modernidade, e de modo próximo a nós, após os horrores da 2ª Guerra Mundial, emerge um novo constitucionalismo, onde as normas constitucionais, mais do que simples programas e subsídios para interpretação dos códigos, passam a ter efetividade e eficácia nas relações privadas. Muito mais do que simplesmente indicar ao legislador e ao intérprete caminhos a seguir, exigem aplicação e efetivação daquilo que determinam.

No caso de nosso direito de família, a constituição federal de 1988, inegavelmente, é um marco temporal. Rompe paradigmas, traz outros. “No Brasil, a recepção de novos paradigmas em matéria de família, no sentido da renição do Direito ao quadro multifacetário característico da realidade familiar, só veio a ocorrer, de fato, com a Constituição Federal de 1988.

Neste ponto uma miragem sobre a superação do direito privado clássico, rumando ao direito civil constitucional, como forma de promover a dignidade da pessoa humana, faz-se necessária.

A análise dos fenômenos da constitucionalização, publicização e repersonalização, do direito civil, e principalmente, do direito de família, são imprescindíveis para esta caminhada. Demonstra-se que tais fenômenos estão intimamente ligados, e têm como identidade comum trazer para o centro do ordenamento jurídico, não o indivíduo detentor de patrimônio, mas o sujeito de direitos e de necessidades, em seu aspecto mais profundo e ético, buscando sempre a inclusão como forma de garantir cidadania.

Neste sentido, tenta mostrar que o sentido de constitucionalização, por vezes ultrapassa, o próprio texto escrito, não se limitando a apenas trocar o código civil pela constituição, mas trilhar um caminho hermenêutico que “é um processo em construção, governado por princípios que formam uma rede axiológica de sustentação sistemática.”³

Do ponto de vista das fontes formais, relevante foi a migração operada do Código Civil à Constituição. O sistema clássico originário do Código Civil brasileiro é uma página que na história antecede o Direito Constitucional da Família, um campo de saber que rompe as fronteiras tradicionais do público (tendo espaço para um Estado forte quando os desiguais e fracos dele necessitam para seus direitos fundamentais) e do privado (tendo os

³ FACHIN, L. E. **Elementos críticos do Direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999 p. 298.

horizontes abertos para um Estado fraco que permite aos indivíduos e a coletividade a realização pessoal e social de suas aspirações).⁴

Procura-se, neste momento, desfazer qualquer confusão entre os conceitos de constitucionalização e publicização. A segunda não tem ligação com a defasada dicotomia entre público e privado, senão, que o Estado deva intervir naquelas situações que lhe compete tutelar e nada mais.

Finalmente, a repersonalização, que muito mais do que despatrimonializar o direito de família, é recolocar o ser humano como centro do ordenamento jurídico, e dar juridicidade ao fundamento da dignidade da pessoa humana, tornando-a fim em si mesmo e, de modo algum meio ou objeto.

Avançando, procura-se aprofundar na importância da família, na formação do sujeito e sua inserção na cidadania.

Aqui se demonstra que o integrar uma família tem algumas conseqüências importantes, nos campos material e processual que, se negados, podem gerar exclusão. Decorre desta constatação a importância de que o reconhecimento das diversas formas familiares encontre seu fundamento nos princípios constitucionais.

“Em conclusão: sustenta-se ser possível localizar as raízes da recepção do pluralismo em matéria de família pelo sistema jurídico no respeito aos direitos de cidadania e à dignidade humana..”⁵

⁴ FACHIN, p. 294.

⁵ RAMOS, C. L. S. Família constitucionalizada e pluralismo jurídico. **A família na travessia do milênio. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família.** IBDFAM/OAB-MG:2000. p. 69.

Sendo a dignidade da pessoa humana fundamento de nossa república, e sua proteção e promoção dão-se de modo especial através dos direitos fundamentais, antes de analisarmos tais direitos, um breve histórico sobre o princípio fez-se necessário. A dignidade é intrínseca ao ser, existe mesmo não sendo reconhecida, entretanto, o Direito tem importante papel na sua defesa e efetivação.

Dada a importância da família na estruturação do sujeito e sua inclusão na cidadania, o integrar uma família, é um direito fundamental, garantido pelo reconhecimento das plurais formas familiares. “Em razão do significado fundamental das famílias para a realização pessoal do indivíduo, bem como também para a formação da capacidade humana na sociedade, sua amplificação pode valer como contribuição para assegurar a capacidade futura da comunidade.”⁶

A partir daí, há um tratamento terminológico e histórico dos direitos fundamentais. Saliente-se que as diversas gerações ou dimensões, não se sucedem, mas se complementam. E que de forma bastante simplista, todos os direitos fundamentais sempre têm fundamento na busca e manutenção da liberdade, da igualdade substancial, que garantem cidadania e promovem a dignidade.

A igualdade só é verdadeira, quando respeita às diferenças. Desde que respeitada a legalidade, sem nos atermos à discussão da legitimidade dos sistemas coativos, o sujeito decide como viver. Nessa decisão está a de formar uma família, e dar a ela os contornos que melhor vierem a preencher suas necessidades. A co-existência de várias emoldurações

⁶ WINGEN, M. **A caminho de uma ciência da família?** Considerações preliminares para a fundamentação de uma disciplina ancorada na interdisciplinaridade. (**Auf dem Wege zur Familienwissenschaft?**). Trad. Elisete Antoniuk Sergio Antonio. Porto Alegre: Fabris Editor, 2005.p 45.

familiares demonstra que é a família que deve se amoldar a seus integrantes, e não o contrário. Não deve prender-lhes pelo nó, mas servir-lhes de ninho.⁷

Na liberdade, na igualdade, que pressupõem o direito a ser diferente, encontram-se os fundamentos para que o pluralismo familiar entre nós, não seja limitado à descrição de 03 formas de família.

A regulamentação e a nominação sempre geram exclusão, pela criação de modelos e paradigmas. Têm-se decisões reconhecendo, p. ex., a “união estável” entre pessoas do mesmo sexo, e algumas negando. Parece que ambas estejam equivocadas. A união estável tem regulamentação própria, tendo como requisito à diversidade de sexos. Porém, estando presentes a afetividade, o objetivo de vida em comum, a estabilidade e a publicidade, estar-se-á com certeza diante de uma entidade familiar, e como família, deve ser reconhecida, o mesmo ocorrendo com qualquer grupo de pessoas que apresente os elementos acima citados.

Ao final, traçam-se os argumentos, sempre buscados na própria constituição federal, mostrando que o art. 226 da Constituição Federal é exemplificativo, e que, negar reconhecimento aos diversos arquétipos familiares hoje existentes, é negar cidadania, é negar dignidade, pois estar-se-á negando ao sujeito um direito fundamental.

Trata-se de uma caminhada que exige constante reconstruir, na garantia de que o ser humano encontrará na família um efetivo instrumento de sua realização.

⁷ PERROT, M. O nó e o ninho. **Veja 25 anos. Reflexões para o futuro**. São Paulo: Abril, p. 81. “Não é a família em si que nossos contemporâneos recusam, mas o modelo excessivamente rígido e normativo que assumiu no século XIX. Eles rejeitam o nó, não o ninho. A casa é, cada vez mais, o centro da existência. O lar oferece, num mundo duro, um abrigo, uma proteção, um pouco de calor humano. O que eles desejam é conciliar as vantagens da solidariedade familiar e as da liberdade individual. Tateando, esboçam novos modelos de família, mais igualitárias nas relações de sexos e idades, mais flexíveis em suas temporalidades e em seus componentes, menos sujeitas à regra e mais ao desejo. O que se gostaria de conservar da família, no terceiro milênio, são seus aspectos positivos: a solidariedade, a fraternidade, a ajuda mútua, os laços de afeto e o amor. Belo sonho.”

1 A FORÇA CONSTRUTIVA DOS FATOS SOCIAIS NA EDIFICAÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

Neste primeiro capítulo, pretende-se uma abordagem histórica do fenômeno familiar. Ainda que não se tenha uma precisão histórica de quando os homens passaram a adotar como forma de convivência em grupo, a família, há indícios e teorias bastante aceitáveis das diversas configurações familiares que já existiram.

No sentido de que parece indiscutível que a família, enquanto grupo, é um fato cultural e não natural, há que se fazer uma análise das mudanças histórico-culturais que logicamente influenciaram as diversas maneiras pelas quais a família vem desempenhando seu papel na história.

Embora não se olvide da importância da família, ver-se-á que ao longo do tempo, em virtude de acontecimentos sociais, algumas inevitáveis mudanças aconteceram, fazendo com que a idéia que se tinha desta, cedeu lugar ao ideal que a própria família, e antes dela, os sujeitos que a compõem, têm dela. Para aqueles ainda impregnados de um finado conservadorismo, tais mudanças são aparentadas da decadência. Entretanto, recepcionar tais mudanças, principalmente partindo da necessidade de se proteger o sujeito pertencente a uma família, através da funcionalização desta é, em última análise, reconhecer e fortalecer sua importância no sentido de que o pleno desenvolvimento do sujeito é o objetivo final de toda criação cultural. A família, inegavelmente, sendo centro de afetividade, tem íntima relação com a cidadania que, consulta de forma próxima a dignidade da pessoa humana.

1.1 FAMÍLIA COMO FATO CULTURAL

Obviamente, pode-se afirmar que o acasalamento e a procriação sejam fatos naturais, ainda que atualmente existam técnicas da biotecnologia que permitam a reprodução humana sem existência de relações sexuais.

Por conta desta indesmentível proximidade com a natureza é que ainda existem defensores da família como um fato natural, como uma instituição. O raciocínio parte do princípio de que, sendo a família decorrente da natureza, existe um modelo, uma emolduração que na essência não deve mudar ao longo do tempo. Neste raciocínio ainda se defende que a instituição deva ser mais protegida que seus integrantes, os sujeitos estão a serviço dela, e não o contrário. Tal ponto de vista encontra ainda guarida, também no mundo jurídico, em algumas decisões que não reconhecem o pluralismo das formas de família, vêem a ruptura dos vínculos conjugais como algo a gerar sanções a quem deu causa.

É correto dizer que, desde os mais diversos pontos de vista, a situação da família não é boa. No entanto, a família, como sociedade natural, guarda um enorme potencial de desenvolvimento para a história não somente dela mesma, mas também de toda a humanidade. Não será tão fácil desmanchá-la, como muitos ressaltam ou desejam. Apesar da legislação sobre o matrimônio e sua conseqüente dissolução, da equiparação de todos os filhos nascidos dentro e fora do casamento e de outras disposições legais que a debilitam ou a destroem, ademais das cada vez mais freqüentes rupturas e até de questões como a violência intrafamiliar, penso que a família mostrará, em médio e longo prazos,

que é uma instituição mais forte que a legislação e também que a confusão produzida pela mudança rápida e vertiginosa do entorno cultural e social na qual está inserida.⁸

Assim, de extremada importância para o modo pelo qual vai-se compreender o fenômeno familiar, bem como para o modo como se vai legislar sobre direito de família, o posicionamento adotado. Se se entende família como algo natural e institucional, não há lugar para pluralismo familiar, família democrática e eudemonista, onde a dignidade da pessoa humana prevaleça. Entretanto, entendendo a família como fato cultural, criada pelo homem e para o homem, se começa a caminhada, recorrendo ao passado, para uma família que efetivamente exerça seu papel de local de aconhego, e para uma legislação que tutele as relações familiares como meio de preservar a dignidade humana.

Não se pode também deixar de salientar que uma das mais enraizadas discussões que existe é sobre o chamado estado da natureza e estado da sociedade, afinal “ o homem é um ser biológico ao mesmo tempo que um indivíduo social.”⁹

A dificuldade entre diferenciar os fatos ligados à natureza e a cultura aumentam se considera-se que ambos possuem constância e regularidade, mas, com um pouco de clareza, a ausência de regras de convivência pode nos oferecer um critério seguro.

Por conseguinte, nenhuma análise real permite apreender o ponto de passagem entre os fatos da natureza e os fatos da cultura, além do mecanismo da articulação deles. Mas a discussão precedente não nos ofereceu apenas este resultado negativo. Forneceu, com a

⁸ COURT, P. M.. Família e sociedade contemporâneas. **In Família, sociedade e subjetividades. Uma perspectiva multidisciplinar.** Orgs. João Carlos Petrini e Vanessa Ribeiro Simon Cavalcanti. São Paulo: Vozes, 2005. p. 13.

⁹ STRAUSS, C. L. **As estruturas elementares do parentesco.** 3ª edição. São Paulo: Vozes, 2003. p. 41.

presença ou a ausência da regra nos comportamentos não sujeitos às determinações instintivas, o critério mais válido das atitudes sociais. Em toda parte onde se manifesta uma regra podemos ter certeza de estar numa etapa da cultura.¹⁰

A convivência familiar sempre teve suas regras e sempre foi influenciada ou mesmo modelada por regras externas. Se baseada em regras, é um fato decorrente da cultura, portanto, histórico. A família está inserida na história, e sofre influências das mudanças sociais. O mesmo pode se dizer do direito de família.

Sempre lembrando que a idéia institucional teve historicamente maior predominância, vamos partir da idéia de família que serve ao sujeito, e não o contrário. Esta passagem também ocorre no mundo jurídico, quando se abandona a idéia do sujeito detentor de direitos para o sujeito de necessidades, na passagem do direito de família do Código Civil para o direito de família constitucional.

Viver em grupos ou em “sociedades”, aqui não no sentido de sociedade civil, mas de grupamento, também parece advir da necessidade de sobrevivência e adaptação às dificuldades naturais, já que a divisão de tarefas e conjugação de esforços tende a diminuir as dificuldades. Entretanto, já aqui se percebe a presença do intelecto humano, pois tal conclusão, a de que seria melhor conjugar os esforços, só poderia nascer de experimentações.

Assim, a constituição daquilo que se entende por família, é um fato cultural. Até mesmo pela necessidade de transmissão dos conhecimentos acumulados, para que se pudesse sobreviver através da utilização das experiências repassadas.

¹⁰ STRAUSS, p. 47.

Portanto, se a procriação é natural, a família é o “laço social organizado em torno da procriação”, como assevera o jurista Rodrigo da Cunha Pereira¹¹, demonstrando com clareza aquilo que se convencionou chamar de passagem do estado da natureza para a cultura.

A família não é formada, não se constitui pela união de um homem, uma mulher e pela existência de filhos. A família tem a ver com uma questão de lugar, uma construção psicológica, onde os componentes desempenham funções, preenchem espaços. Como diz Rodrigo da Cunha Pereira:

Ela é antes uma estruturação psíquica, onde cada um de seus membros ocupa um lugar, uma função. Lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos, sem entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente. Tanto é assim, uma questão de lugar, que um indivíduo pode ocupar o lugar de pai sem que seja o pai biológico. Exatamente por ser uma questão de lugar e de função, que é possível, no Direito, que se faça e que exista o instituto da adoção. Da mesma forma, o pai ou a mãe biológica podem ter dificuldades, ou até mesmo não ocupar o lugar, de pai de mãe, tão necessários (essenciais) à nossa estruturação psíquica e formação como seres humanos.¹²

Pesquisas sociológicas, psicológicas e antropológicas nos trazem essa noção de que o ser humano, em função dos papéis a serem exercidos e da essencialidade destes papéis, entendeu como maneira mais adequada de grupo social, a vida familiar. Ainda que não se consiga definir um momento exato para o surgimento, ainda que de forma

¹¹ PEREIRA, R.C. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte:Del Rey, 2005 p. 168 .

¹² PEREIRA, R.C. **Direito de Família:Uma abordagem psicanalítica** . 3ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003 p. 13.

embrionária, daquilo que hoje se conhece por família, importa reconhecer que ela foi criada.

É ponto pacífico, nas áreas de conhecimento acima citadas, que tal criação surgiu também com uma lei básica, fundamental para a convivência familiar e social, que é a lei do incesto. Tal proibição tem muito mais de cultural, do que de necessidades ou decorrências naturais, tanto que o incesto é aceito e porque não dizer estimulado em determinadas culturas.

Autores como Freud, Lacan, Lévi-Strauss, sem esquecer Gilberto Freyre, trazem importantes contribuições para a compreensão do papel fundamental da lei do incesto, para o surgimento da família, bem como para a definição do papel a ser desempenhado, do lugar a ser ocupado por cada um de seus componentes, reforçando assim que, muito mais do que um acontecimento ou fenômeno biológico, ela é um fato cultural, até porque ocupa lugar de fundamental importância da transmissão da cultura, dos valores de um povo.

Segundo Freud:

No caso de parentesco de sangue, a possibilidade de incesto é imediata e a intenção de preveni-lo pode ser consciente. Nos outros casos, inclusive nos das relações do genro com a sogra, a possibilidade de incesto parece ser uma tentação na fantasia, mobilizada pela ação de laços vinculantes inconscientes.¹³

Ainda segundo o autor, mas agora já com a noção de que a proibição de desejos é que torna a vida social possível, temos que:

¹³ FREUD, S. **Totem e Tabu e outros trabalhos**. In Obras psicológicas completas de Sigmund Freud. Edição standard brasileira. V.13. Rio de Janeiro: Imago. (Trabalho original publicado em 1920).p. 36.

Onde existe uma proibição tem de haver um desejo subjacente ... afinal de contas, não há necessidade de se proibir algo que ninguém deseja fazer e uma coisa que é proibida com a maior ênfase (o incesto) deve ser algo que é desejado. Se aplicarmos essa tese plausível aos nossos povos primitivos, seremos levados à conclusão de que algumas de suas mais fortes tentações eram matar seus reis e sacerdotes, cometer incesto, tratar mal os mortos e assim por diante – o que dificilmente parece provável. E nos defrontaremos com a mais positiva contradição se aplicarmos a mesma tese em que nós mesmos pareceremos ouvir com a maior clareza a voz da consciência. Sustentá-los com a mais absoluta certeza que não sentimos a mais leve tentação de violar nenhuma dessas proibições – o mandamento ‘Não matarás’, por exemplo – e que não sentimos senão horror à idéia de violá-las.¹⁴

Na mesma esteira de pesquisa e conclusão, Strauss, apesar de reconhecer elementos naturais na proibição do incesto, reafirma seu caráter cultural. Segundo o autor:

É verdade que, pelo caráter de universalidade, a proibição do incesto toca a natureza, isto é, a biologia ou a psicologia, ou ainda uma e outra, mas não é menos certo que, enquanto regra, constitui um fenômeno social e pertence ao universo das regras, isto é, da cultura, e por conseguinte à sociologia que tem por objeto o estudo da cultura. Lowie apreendeu tão bem este aspecto que o Apêndice ao Tratado, retorna à declaração citada no parágrafo anterior: “Não creio contudo que, como fazia outrora, que o incesto repugne instintivamente ao homem... Devemos ... considerar a aversão pelo incesto como uma adaptação cultural antiga”.¹⁵

Estudos realizados em terras nacionais levaram Gilberto Freyre à conclusão semelhante. Somente as idéias de Freud, dos autores acima citados, seriam anteriores ao trabalho de Freyre, entretanto, ao tratar de leis e proibições, ainda que estudando costumes

¹⁴ FREUD, p. 91.

¹⁵ STRAUSS, op. cit. p. 62.

específicos, pode-se dizer que se mantém a noção da proibição do incesto como “a regra por excelência, a única universal e que assegura o domínio da cultura sobre a natureza”¹⁶. Vê-se na obra *Casa Grande e senzala*, que a própria definição do incesto pode variar, de acordo com os costumes, com a cultura. Diz Freyre:

Aos indígenas do Brasil não faltavam restrições ao intercuro sexual; só por ignorância, ou tendência para a fantasia, supuseram cronistas do século XVI que o amor entre os caboclos fosse simples descarga dos sentidos, o macho agarrando e submetendo ao amplexo viril a primeira fêmea ao alcance de seus braços.

Já nos explicou a palavra do Padre Anchieta porque entre os Tupis não existia repugnância em unir-se a sobrinha com o tio materno: o parentesco importante e que restringia o intercuro entre os sexos, regulando por conseguinte a vida da família, era o traçado pelo lado do pai. Não é que faltasse ao ameríndio, a noção do incesto e mesmo da consangüinidade: esta era, entretanto, unilateral; e ambas vagas e imprecisas.¹⁷

Na mesma obra, vê-se que, embora proibido, o incesto por vezes era praticado. Tem-se, conforme acima, o reforço da tese freudiana de que os desejos que possam comprometer a vida social, o que leva a poder compreender a origem dos ordenamentos, devem ser proibidos. Falando sobre o incesto, diz Freyre : “ é verdade que o mesmo cronista acrescenta não ser raro entre os Tupinambás dormir irmão com irmã, mas às escondidas pelo mato”.¹⁸

A proibição do incesto, portanto, ainda que tenha algo de natural, decorre muito mais da necessidade de organização da família e da sociedade, sendo que se “constitui o

¹⁶ STRAUSS, p. 62

¹⁷ FREYRE, G . *Casa Grande Senzala*. 48ª edição. São Paulo: Global Editora, 2003.p. 171.

¹⁸ *Ibidem*.

passo fundamental graças ao qual, pelo qual, mas, sobretudo no qual se realiza a passagem da natureza à cultura”.¹⁹

A esta altura, parece estar suficientemente demonstrado que o fato de pertencer a uma família não decorre da natureza. Ainda que se possa dizer que, pelo menos em relação às hoje chamadas e reconhecidas famílias monoparentais, a afirmação não faria sentido, podendo-se opor o fato de que, várias situações podem originar a monoparentalidade. Nos casos que decorrem de situações recorrentes da vida (separações, viuvez, incapacidade de um dos ascendentes) é muito comum que aquele a quem compete a partir dali o cuidado com os descendentes, se desdobre em cumprir a função, o papel daquele que falta. Assim, importante é a função que cada um deles exerce. Nos casos onde a monoparentalidade surge do não comprometimento de um dos ascendentes (socialmente, a figura mais comum é a da mãe solteira, onde o pai não assume suas responsabilidades), por mais que se tente suprir a falta da figura ausente, é comum a busca pelo outro, e a cada dia aumenta o número de filhos que buscam seus pais, não por conta de efeitos patrimoniais, mas para conseguir o porto seguro representado pela função paterna em seu desenvolvimento. Lacan, já referido neste trabalho, traz lição magistral neste sentido.

A espécie humana caracteriza-se por um desenvolvimento singular das relações sociais – desenvolvimento esse que é sustentado por capacidades excepcionais de comunicação mental -, e, correlativamente, por uma economia paradoxal dos instintos que aí se mostram essencialmente suscetíveis de conversão e de inversão, e não têm mais efeito isolável senão de maneira esporádica. Comportamentos adaptativos de variedade infinita são assim permitidos. Sua conservação e seu progresso, por dependerem de sua comunicação, são, antes de tudo, obra coletiva e constituem a cultura. Esta introduz uma nova dimensão na realidade social e na vida psíquica.

¹⁹ STRAUSS, op cit p. 62.

Se, com efeito, a família humana nos permite observar, nas fases mais primitivas das funções maternas, por exemplo, alguns traços de comportamento instintivo, identificáveis aos da família biológica, basta pensarmos no que o sentimento de paternidade deve aos postulados espirituais que marcaram seu desenvolvimento, para compreendermos que nesse domínio as instâncias culturais dominam as naturais, ao ponto de não se poderem considerar paradoxais os casos em que umas substituem as outras, como na adoção.²⁰

Reforça ainda este entendimento, mostrando que a família sempre foi responsável, aliás, a grande responsável pela transmissão da cultura, de ensinamentos, de valores. Pode-se aqui perceber porque religião, estado, sistemas econômicos, enfim, qualquer tipo de idéia que busque hegemonia, sempre valoriza a família. Segundo Lacan:

Entre todos os grupos humanos, a família desempenha um papel primordial na transmissão da cultura. Se as tradições espirituais, a manutenção dos ritos e dos costumes, a conservação das técnicas e do patrimônio são com ela disputados por outros grupos sociais, a família prevalece na primeira educação, na repressão dos instintos, na aquisição da língua acertadamente chamada de materna. Com isso, ela preside os processos fundamentais do desenvolvimento psíquico, preside esta organização das emoções segundo tipos condicionados pelo meio ambiente, que é a base dos sentimentos, segundo Shand; mais amplamente, ela transmite estruturas de comportamento e de representação cujo jogo ultrapassa os limites da consciência.²¹

Sendo a família apresentada como um fato cultural, habilitar-se-á, a partir de agora, a uma breve análise sobre a influência de questões sociais, culturais, históricas,

²⁰ LACAN, J. **Os complexos familiares na formação do indivíduo**. Trad. Marco Antonio Coutinho Jorge e Potiguara Mendes da Silveira Júnior. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.

²¹ LACAN, p. 13.

econômicas, enfim, o modo de viver de uma determinada cultura sobre o modo de ser das famílias.

Aquilo que se conhece por família, já teve uma emolduração diferente da que possui hoje. Aceita atualmente em sua pluralidade de formas, com certeza, o futuro nos trará ainda outras maneiras de convivência que deverão ser consideradas como família.

Fosse uma entidade natural, o modelo familiar seria sempre único. A colocação da família como fato cultural inserida na história, remete à noção de que suas emoldurações variam, assim, sendo ela precedente ao Estado e ao Direito, e sendo fundamental na estruturação jurídica do sujeito, deve ser reconhecida e protegida, enquanto sirva de instrumento à efetivação da dignidade da pessoa humana.

1.2 AS ORIGENS DA FAMÍLIA

Não é tarefa da história determinar datas para os acontecimentos, mas sim analisar as causas que levaram a sua ocorrência e suas conseqüências. Assim, ainda que se tenha tentado, o importante não é determinar um momento, uma data para o surgimento da família, mas sim tentar compreender e apreender os movimentos que levaram ao seu surgimento, sua importância para a história da humanidade e as conseqüências do fato do homem ter decidido viver em família.

Assim, já dizia Coulanges: “a história não estuda somente os fatos materiais e as instituições; o seu verdadeiro objeto de estudo é a alma humana; a história deve propor-se

ao conhecimento daquilo em que esta alma acreditou, pensou e sentiu nas diversas idades da vida do gênero humano.”²²

Antes de se apresentarem alguns tipos de família, aceitos como existentes na história, cumpre apontar alguns fatores que contribuíram para seu surgimento.

Pode-se, neste particular, destacar o papel desempenhado pela religião. Refere-se aqui a religião antiga, primórdio daquilo que em Roma, na Grécia e no Egito ficou conhecido como politeísmo, sendo que já existia confusão entre religião e o exercício do poder político; a religião de culto aos antepassados. Trata-se de época em que a idéia de criação ainda não existia, assim, a força da geração, entre outros aspectos pode ajudar a entender ritos, cultos e idéias, hoje considerados inaceitáveis. Nos dizeres de Coulanges:

Lembremo-nos, porém, de que entre os antigos não existia ainda a idéia de criação; e por isso, para os seus homens, o mistério da geração lhes aparecia como aquilo que o mistério da criação pode hoje representar para nós. O gerador surgia-lhes como ente divino, e por isso o adoravam no seu antepassado.²³

Embora houvesse total liberdade de cada família, em como praticar o seu culto, algumas regras já traziam em seu bojo, sementes daquilo que viria a se tornar a legislação sobre família, principalmente no mundo ocidental. Regras sobre poder, quem poderia exercer o culto, sobre sucessões, quem sucederia o chefe e a propriedade do “local “ do culto (já que tal local é o embrião daquilo que hoje se conhece por propriedade privada, pois referimo-nos a uma época onde a propriedade era comunitária). Assim, a religião é

²² COULANGES, F. **A Cidade Antiga** Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 102.

²³ COULANGES, p. 40.

importante fator constitutivo da família, bem mais que a questão biológica e mesmo afetiva. Institutos como propriedade, adoção, casamento, sucessões todos existiam e eram regulamentados em função da religião doméstica.

Como essa religião antiga baseava-se no culto aos antepassados, institutos que existem ainda hoje tais como, casamento, adoção, emancipação, sucessões , eram regulamentados pensando sempre na continuidade da família, visando sua perpetuação, e assim, a continuidade do culto, até mesmo porque “julgavam que a felicidade do morto não dependeria da conduta do homem durante a sua vida, mas daquela dos seus descendentes em relação a este, depois da sua morte.”²⁴.

Com base nessa necessidade, é que nos diz Coulanges:

O casamento era pois obrigatório. Não tinha por fim o prazer; o seu objeto principal não estava na união de dois seres afinizados e querendo partilhar a felicidade e as agruras da vida. O fim do casamento, para religião e as leis, estaria na união de dois seres no mesmo culto doméstico, fazendo deles nascer um terceiro, apto a continuar esse culto.²⁵

Já em épocas remotas, pode-se perceber que a família tinha prevalência sobre o sujeito que a integrava. A proteção à família, dadas as expectativas geradas sobre aquilo que ela deveria promover socialmente, mais do o que ela deveria significar para seus integrantes, superava qualquer direito ou proteção ao homem. Por isso afirmou-se que “o homem não se pertencia, pertencia à família. Era apenas membro de uma série, sendo obrigatório que essa seqüência se não interrompesse com ele”.²⁶

²⁴ COULANGES, p. 53.

²⁵ Idem p. 55.

²⁶ Ibidem.

Entretanto, há que se ressaltar, apenas para demonstrar que alguns conceitos se revezam ao longo da história que, em virtude da necessidade de continuidade do culto, e sendo essa responsabilidade passada através da linhagem masculina, já se tinha nesta época como critério de filiação, o culto, muito mais que o critério biológico. Ainda que nem se compare à hoje reconhecida, regulamentada e protegida paternidade sócio-afetiva, serve ao menos, para demonstrar que o critério biológico, nem sempre imperou absoluto, e para dar tranqüilidade quanto ao acerto de rumo tomado, no sentido de privilegiar aqueles que, muito mais que genitores biológicos, efetivamente exercem o papel de pais. Já naquela época “segundo Platão, o parentesco seria ter em comum os mesmos deuses domésticos”.²⁷ E ainda, de maneira mais clara, confirmando o início deste trabalho, onde se demonstrou ser a família um fato cultural, “o laço de sangue não basta para estabelecer o parentesco; é indispensável que haja o laço do culto”.²⁸

A obra de Coulanges, na parte que trata da família, não traz na realidade uma evolução no sentido de apresentar tipos de família que existiram ao longo da história, mas traça, partindo de tempos antigos, possibilidades sobre como se constituiu a sociedade humana, e como e porque se constituiu uma das mais antigas e importantes formas dessa sociedade, que é a família. Apresenta como fato que trouxe profundas mudanças culturais e sociais, e por conseguinte, na família, o advento do cristianismo, o que é inegável. Termina dizendo que: “ relatamos a história de uma crença. Estabeleceu-se a crença:

²⁷ COULANGES, p. 61.

²⁸ Idem p.65.

constituiu-se a sociedade humana. Modificou-se a crença: a sociedade atravessou uma série de revoluções. A crença desaparece: a sociedade muda de aspecto.”²⁹

Sempre existiram regras intrafamiliares, aquelas que definiam os papéis e o comportamento de determinadas famílias. Primeiramente, regras religiosas externas passaram a regulamentar esta convivência. Depois regras que tinham a ver com a preservação de patrimônio. Enfim, regras externas que acabaram por fazer com que o criador passasse a servir a criatura. A família, enquanto vínculo social, passou a ser mais importante que o homem, que deve sempre ser o centro de todo e qualquer tipo de ordenamento. Essa idéia refletiu-se mais tarde, com o surgimento do Estado, em suas diversas fases, nas legislações sobre família. O caminho de se devolver a família ao sujeito é o que se pretende no atual direito de família constitucionalizado.

O importante é aqui destacar que a família, desde tempos antigos, foi expropriada de seus integrantes e lhe foram conferidos objetivos, que a afastaram de sua razão única que é garantir a existência de um local de troca de afetividade, o porto seguro de encontros, talvez desencontros, mas sempre de aconhego.

1.2.1 Emoldurações Familiares Reconhecidas Historicamente

Importante conhecer os tipos de família, com comprovada existência ao longo dos tempos, pois o direito sempre regula o fato social. Ele não é preexistente ao fato. Assim, conhecer e compreender a sucessão destes tipos e o que levou a esta sucessão, trará maior tranquilidade no desenvolvimento sobre a evolução do Direito de Família e porque ele

²⁹ COULANGES, p. 418.

chegou a seu atual estágio. Neste tópico ainda ter-se-á uma visão mais histórica do fenômeno familiar, como antecedente necessário ao estudo de fenômeno jurídico.

Lamentavelmente, não se tem uma, ou mesmo várias obras que, isoladamente ou em conjunto, tracem efetivamente uma cronologia de fenômeno familiar e sua evolução. Primeiro, porque muitos registros sequer existiram ou se perderam, e só restaram as teorias.

Depois, já que a família, comprovadamente, tem relevante papel na manutenção de certas estruturas sociais, nunca interessou aos detentores do poder, seja político, econômico, religioso, enfim de qualquer natureza, que se fizesse um trabalho sério neste sentido, pois tal trabalho, além de traçar os dados históricos, por certo mostraria que a família é aquilo que seus integrantes desejam (ou pelo menos deve ser) e não aquilo que terceiros querem.

Bastante significativo que não se tenha nenhum estudo sobre a família realizado durante a Idade Média. A absoluta regulamentação da família patriarcal (herança do direito romano), matrimonializada e sacralizada (imposições da religião) impediam qualquer estudo a respeito. Assim, obras históricas, principalmente da chamada escola evolucionista, começam a surgir no início do século XIX. Além da obra já utilizada, para se poder traçar um histórico evolutivo, ter-se-á como base a obra de Engels, sem descurar da contribuição tomada do autor da escola evolucionista, fundada por Spencer e seguida por Bachofen e Morgan.

Engels inicia sua obra, na parte que analisa a evolução da família, e citando Morgan, trazendo a noção de que existiu uma época sem regras de ordem moral, chamada de promiscuidade primitiva “em que imperava, no seio da tribo, o comércio sexual promíscuo, de modo que cada mulher pertencia igualmente a todos os homens e cada

homem a todas as mulheres”.³⁰ O próprio Engels alerta para o fato de que as provas desse tipo de constituição familiar/social são por indícios, posto que na época da publicação de sua obra, tal teoria era contestada. Segundo o autor, “ultimamente passou a ser moda negar esse período sexual do homem. Pretendem poupar à humanidade essa vergonha”.³¹

De fato, a teoria da promiscuidade presumida já não encontra tantos adeptos, sendo afirmado por Lacan que:

As teorias das quais acabamos de falar não estão apoiadas em nenhum fato conhecido. A promiscuidade presumida não pode ser afirmada em parte alguma, nem mesmo nos casos ditos de casamento grupal: desde a origem existem interdições e leis. As formas primitivas de família têm os traços essenciais de suas formas acabadas: autoridade, se não concentrada no tipo patriarcal, ao menos representada por um conselho, por um matriarcado ou seus delegados do sexo masculino; modo de parentesco, herança, sucessão, transmitidos, às vezes distintamente (Rivers), segundo uma linhagem paterna ou materna.³²

Pelo fato de não existirem efetivamente registros históricos desta fase, não se pode simplesmente abandoná-la. Não se pode olvidar que, além de nem sempre o homem ter desenvolvido o costume de registrar os fatos, os registros acabam por não ser tão imparciais, pois é sabido que a história é escrita pelos vencedores, por aqueles que dominam a sociedade. Existem indícios de que tal época possa ter efetivamente existido. Segundo Strauss:

³⁰ ENGELS, F. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Trad. Ruth M. Klaus. São Paulo: Centauro Editora, 2002. p. 40.

³¹ ENGELS, p. 41.

³² LACAN, op. cit. p. 14.

Ora, a vida sexual é duplamente exterior ao grupo. Exprime no mais alto grau a natureza animal do homem, e atesta no próprio seio da humanidade, a sobrevivência mais característica dos instintos. Em segundo lugar, seus fins são transcendentais, novamente de duas maneiras, pois visam a satisfazer ou desejos individuais, que se sabe suficientemente constarem entre os menos respeitadores das convenções sociais, ou tendências específicas que ultrapassam igualmente, embora em outro sentido, os fins próprios da sociedade.³³

Sabe-se que os interditos de ordem sexual, de fato apareceram em um estágio pouco mais evoluído da convivência humana. Recentemente, a professora Beatriz Helena Braganholo diz:

Considerar uma idéia ultrapassada a promiscuidade descrita em alguns relatos que afirmam existir desde o início da civilização, impedimentos e tabus, já fazendo parte dos mais remotos tempos da civilização, é uma afirmação da qual se discorda. Tal discordância baseia-se em fatos, como os referentes ao início da colonização brasileira, visto não ser essa uma fase primitiva, pré-histórica da civilização.³⁴

A partir desta idéia, e de acordo com o aparecimento de novos arranjos familiares, principalmente no sentido de que os parentes começaram a ser excluídos das relações carnais mútuas³⁵, é que Engels começa a traçar um possível histórico da evolução da família.

Primeiramente ter-se-ia a família consanguínea, já desaparecida, mas que tem existência respaldada por tipos de parentesco vigentes na Polinésia, “e que expressa graus

³³ STRAUSS op. cit. p. 50.

³⁴ BRAGANHOLO, B. H. Algumas reflexões acerca da evolução, crise e constitucionalidade da família. **Revista Justiça do Direito**. v. 18 n. 1 UFP editora: 2004. P. 56.

³⁵ ENGELS, op. cit 46.

de parentesco consanguíneo que só puderam surgir com essa forma de família”³⁶, onde ainda que os descendentes tenham sido excluídos das relações entre si, elas continuavam acontecendo entre os colaterais, já que todos os descendentes de um casal, são irmãos. Na questão dos ascendentes, todos são pais e mães. Os irmãos são também, nesta fase, marido e mulher.

Em outro momento, ter-se-ia a família punaluana onde, os irmãos começam a ser excluídos das relações sexuais recíprocas. Tem-se aqui os casamentos por grupos, e a descendência era estabelecida pela linha materna.

Em todas as formas de família por grupos, não se pode saber com certeza quem é o pai de uma criança, mas sabe-se quem é mãe. Ainda que ela chame filhos seus a todos os da família comum, e tenha deveres maternais para com eles, nem por isso deixa de distinguir seus próprios filhos entre os demais. É claro, portanto, que em toda parte onde existe o matrimônio por grupos a descendência só pode ser estabelecida do lado materno, e, por conseguinte, apenas se reconhece a linhagem feminina.³⁷

O casamento pelo rapto e a existência de uniões longas entre casais, com traços de exclusividade, apontam para os primeiros indícios de passagem para a monogamia.

Ultrapassada esta fase, passa-se a conhecer a família sindiásmica. Com o crescimento de uniões conjugais, foi diminuindo o número de mulheres, daí nasceram os costumes do rapto e da compra. Bastante natural que, a partir do rapto e da compra, o homem já passasse a exigir uma certa exclusividade, contudo ainda permanecia o direito

³⁶ ENGELS, p. 48.

³⁷ ENGELS, p. 51.

materno. Já nessa época, um homem tinha uma mulher entre suas várias esposas, ao passo que esta o reconhecia como seu principal esposo entre os outros³⁸ .

As uniões entre um homem e uma mulher, já mais longas e estáveis, começam a surgir.

Neste estágio, um homem vive com uma mulher, mas de maneira tal que a poligamia e a infidelidade ocasional continuam a ser um direito dos homens, embora a poligamia seja raramente observada, por causas econômicas; ao mesmo tempo, exige-se a mais rigorosa fidelidade das mulheres, enquanto dure a vida em comum, sendo o adultério destas cruelmente castigado. O vínculo matrimonial, todavia, dissolve-se com facilidade por uma ou por outra parte, e, depois, como antes, os filhos pertencem exclusivamente à mãe.³⁹

Nesta fase, tem-se também a domesticação do gado. Assim, diminui a necessidade de constantes mudanças. Com o aumento do gado, aumenta o fornecimento de carne, leite e material para vestimentas. A caça antes necessária, vira passatempo. Não se pode ainda nessa fase falar em propriedade privada, nos moldes em que se conhece hoje. Essa nova riqueza, com muita probabilidade, pertenceu a gens. A figura de proprietário estava ligada indissociavelmente à de pai, chefe da família, patriarca. Diz Engels:

Mas bem cedo deve ter-se desenvolvido a propriedade privada dos rebanhos. É bem difícil dizer se o autor do chamado primeiro livro de Moisés considerava o patriarca Abraão proprietário de seus rebanhos por direito próprio, por ser o chefe de uma comunidade familiar, ou em virtude de seu caráter de chefe hereditário de uma gens. Seja

³⁸ ENGELS, p. 56.

³⁹ ENGELS, p.57.

como for, o certo é que não devemos imaginá-lo como proprietário, no sentido moderno da palavra.⁴⁰

Percebe-se claramente que, com a mudança das relações sociais, mudam também as regras referentes aos arranjos familiares. Se se entender a figura do Estado como produto da modernidade, forçoso reconhecer que ante a inexistência deste ente, na época destes arranjos familiares, as regras eram fruto dos costumes, tradições, e, arrisca-se a dizer, muito mais consensuais, posto que nascidas dentro das próprias comunidades que regulavam. Verifica-se ainda que estas relações eram reguladas, por regras de natureza religiosa, o que já indica que, desde os primórdios as religiões exerceram forte influência na regulamentação da convivência familiar. Estas regras, além de remeterem ao brocardo de que, onde está o homem, está o direito, comprovam que o Direito existe e tem eficácia independentemente da existência dos códigos, interessando somente que regule a vida social de modo a garantir ao seu destinatário final, o homem, ampla liberdade de atuação e respeito a sua dignidade, mesmo que nem sempre o Direito tenha tido o homem como sujeito de sua proteção, e nem sempre o homem, criador do Direito, o tenha produzido e usado para a proteção de todos.

Ainda na fase em que Engels denomina de família sindiásmica, tem-se o nascedouro daquele conceito dominante na família patriarcal romana, o de família originada na palavra “famulus”, como conjunto de escravos e servos pertencentes ao pai, ou melhor, chefe de família. Ressalte-se que a escravidão já havia sido inventada, e com o aumento do gado passou a ser necessária, pois a força de trabalho dos filhos tornou-se

⁴⁰ ENGELS, p. 65.

insuficiente, até mesmo porque “a família não se multiplicava com tanta rapidez quanto o gado”.⁴¹

Começa a surgir, nas relações sociais, o conceito de propriedade privada, pois “a domesticação de animais e a criação de gado haviam aberto mananciais de riqueza até então desconhecidos, criando relações sociais inteiramente novas”,⁴² sendo indubitável que tais novidades alcançariam a família. Sendo essas riquezas consideradas como propriedade particular, o proprietário vai ser o pai de família. Entretanto, nesta fase da família sindiásmica, a sucessão dava-se pela linha materna, conforme a explicação de Engels:

Com base no direito materno, isto é, enquanto a descendência só se contava por linha feminina, e segundo a primitiva lei de herança imperante na gens, os membros dessa mesma gens herdavam, no princípio, do seu parente gentílico falecido. Seus bens deveriam ficar, pois, dentro da gens. Devido à sua pouca importância, esses bens passavam, na prática, desde os tempos mais remotos, aos parentes gentílicos mais próximos, isto é, aos consangüíneos por linha materna.⁴³

Bastante lógico em que os benefícios advindos da fortuna aumentavam em proporção equivalente ao aumento destas riquezas (basicamente gado e escravos), aumentava a importância do homem, levando-se em conta a figura do provedor. Assim, inverteu-se a situação, e pela linhagem masculina se permanecia na gens, enquanto os da linhagem feminina dela saíam, permanecendo as demais regras com essa concepção, sendo que, sem nenhuma luta armada, e ainda que não se tenha como estabelecer uma data, este

⁴¹ ENGELS, p. 66.

⁴² ENGLES, p. 65.

⁴³ Idem p. 67.

acontecimento, que foi gradativo, quando se consolidou, representa uma das mais profundas e duradouras modificações nas relações sociais acontecidas ao longo da história.

Tal revolução – uma das mais profundas que a humanidade já conheceu – não teve necessidade de tocar em nenhum dos membros vivos da gens. Todos os membros da gens puderam continuar sendo o que até então haviam sido. Bastou decidir simplesmente que, de futuro, os descendentes de um membro masculino permaneceriam na gens, mas os descendentes de um membro feminino sairiam dela, passando à gens de seu pai. Assim, foram abolidos a filiação feminina e o direito hereditário materno, sendo substituídos pela filiação masculina e o direito hereditário paterno.⁴⁴

Já existem, a partir deste ponto, as bases fundamentais para respaldar a necessidade da família monogâmica. Lançadas estão as bases para que o Direito, ainda que tempos mais tarde, regulamente a família de forma a proteger o matrimônio, o patrimônio e não efetivamente, propiciar o pleno desenvolvimento dos integrantes da entidade familiar. Em nossa anterior codificação:

A família do Código Civil do começo do século era hierarquizada, patriarcal, matrimonializada e transpessoal, de forte conteúdo patrimonialista vez que colocava a instituição em primeiro plano: o indivíduo vivia para a manutenção e fortalecimento da instituição, que se caracterizava como núcleo de apropriação de bens nas classes abastadas.⁴⁵

⁴⁴ ENGELS, p. 68.

⁴⁵ FACHIN, R. A. G. **Em busca da família do novo milênio. Uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de família brasileiro contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 8.

Entretanto, inclusive sendo este o ponto central deste trabalho, a regulamentação não resistiu à força construtiva dos fatos sociais, e ainda que se falte percorrer momentos históricos da família e do direito, pode-se adiantar para dizer que, hodiernamente, a opção pela constitucionalização e repersonalização do direito de família, permite falar em uma família que migrou do patrimônio para a pessoa, do reconhecimento legislativo para o reconhecimento afetivo, sendo que “esta expressiva mudança revela-se marcante na migração do Código à Constituição, isto é, dos direitos civis aos direitos fundamentais.”⁴⁶

Não se deve deixar de salientar que a regulamentação trouxe modelos, e a partir daí exclusões, pois negava-se reconhecimento, negavam-se direitos. O caminho que se pretende trilhar, orientado pelo princípio maior da dignidade da pessoa humana, é o princípio da inclusão.

Fonte de exclusão, as relações familiares começam a renascer para dar origem a um berço de afeto, solidariedade e mútua constituição de uma história comum, na qual a realização das individualidades frutifica na paixão e amadurece no amor que une e rompe barreiras. É na tentativa de superar esse discrimen histórico e cultural, sem gerar aniquilamentos ou supremacia. A ordem jurídica responde aos novos direitos por diversos modos.⁴⁷

Voltando à imprescindível questão histórica, tem-se agora que analisar a família monogâmica, como próximo passo na evolução das emoldurações familiares.

Ressalta-se que se usarem expressões como evolução, próximo passo e outras, não se refere a questões puramente cronológicas, até porque não há como definir datas e, segundo, nunca existiu de forma absolutamente predominante um único formato de família.

⁴⁶ FACHIN, R. p. 57.

⁴⁷ FACHIN, L. op. cit p. 89.

Sempre houve a convivência de várias formas de família, ainda que somente uma possa ter merecido reconhecimento e regulamentação.

Necessário lembrar que o patriarcalismo é anterior à monogamia. Há que se lembrar que, “o romano acreditava suficientemente garantida a fidelidade da sua mulher pelo direito da vida e morte que tinha sobre ela.”⁴⁸ Inegável também que a questão patrimonial, foi bastante importante para o estabelecimento da monogamia, pois “foi, inclusive, a mudança na lei da herança a propulsora do aparecimento do próximo tipo de família: a monogâmica”.⁴⁹

A monogamia, a par do progresso que possa ter trazido às relações sociais, foi efetivamente um duro golpe na posição da mulher. Vem a monogamia carregada com a característica da unilateralidade. Os laços matrimoniais são mais duradouros, podendo ser rompidos somente pelo homem. A fidelidade feminina é exigida e sua quebra duramente sancionada, enquanto a do homem é permitida e tolerada. A família monogâmica. Nasce, conforme indicamos, da família sindiásmica, no período de transição entre a fase média e a fase superior da barbárie; seu triunfo definitivo é um dos sintomas da civilização nascente. Baseia-se no predomínio do homem; sua finalidade expressa é a de procriar filhos cuja paternidade seja indiscutível; e exige-se essa paternidade indiscutível porque os filhos, na qualidade de herdeiros diretos, entrarão, um dia na posse dos bens de seu pai. A família monogâmica diferencia-se do matrimônio sindiásmico por uma solidez muito maior dos laços conjugais, que já não podem ser rompidos por vontade de qualquer das partes. Agora, como regra, só o homem pode rompê-los e repudiar sua mulher. Ao homem, igualmente,

⁴⁸ ENGELS, op cit p. 81.

⁴⁹ BRAGANHOLLO, op cit. p.57.

se concede o direito à infidelidade conjugal, sancionado ao menos pelo costume (o Código de Napoleão outorga-o expressamente, desde que ele não traga a concubina ao domicílio conjugal), e esse direito se exerce cada vez mais amplamente, à medida que se processa a evolução da sociedade.⁵⁰

Vê-se claramente que a família monogâmica, nesta fase, tinha por objetivo privilegiar a sucessão e a manutenção do patriarcalismo. A questão do afeto, ou mesmo do amor, não interessava para os casamentos, senão conveniências de ordem econômica e políticas. Representa o triunfo da propriedade privada, tal qual a conhecemos hoje, sobre a propriedade comum dos primitivos, que se originou espontaneamente.

Monogamia, indissolubilidade dos laços e patriarcalismo. Assim, estariam lançadas as bases para o modelo de família, que teve seu apogeu no império romano, e perdurou até muito próximo dos dias atuais.

Se no início regras morais, religião e a questão patrimonial, influenciavam a emolduração familiar, tem-se que tais questões persistiram ao longo da história, pois a Igreja interveio na questão familiar conforme lhe interessou e o Estado, como representante daqueles que detêm o poder, regulamentou (ou ainda regulamenta) as relações familiares, de acordo com os interesses e conveniências destes detentores do poder.

O fato é que a família, formada por sujeitos, existe em função destes sujeitos, e deve acompanhar as mudanças sociais que os atingem de modo direto. Na família e nas leis que a regulamentem, é necessária a busca constante pela igualdade dos gêneros, pela

⁵⁰ ENGELS, op. cit p. 74.

inclusão, pelo respeito aos filhos e, pela aceitação do afeto como valor jurídico e como principal elemento identificador do laço familiar.

A única coisa que se pode responder é que a família deve progredir na medida em que progrida a sociedade, que deve modificar-se na medida em que a sociedade se modifique, como sucedeu até agora. A família é produto do sistema social e refletirá o estado de cultura desse sistema. Tendo a família monogâmica melhorado a partir dos começos da civilização e, de uma maneira muito notável, nos tempos modernos, é lícito pelo menos supor que seja capaz de continuar seu aperfeiçoamento até que chegue a igualdade entre os dois sexos. Se, num futuro remoto, a família monogâmica não mais atender às exigências sociais, é impossível prever a natureza da família que a sucederá.⁵¹

Portanto, não é nova, nem uma espetacular descoberta que a família deva ser recanto de aconchego e desenvolvimento, e não uma estrutura destinada a reproduzir regras estatais ou religiosas. O afeto sempre foi sua energia vital que, por tempos, ficou obscurecido pelo uso ideológico da família, ressurgindo, pois o ser humano é desejante por sua própria natureza, e não há lei capaz de opor obstáculos ao desejo do bem estar e da felicidade.

1.3 PREDOMÍNIO DA FAMÍLIA MONOGÂMICA/PATRIARCAL AO LONGO DO TEMPO

Estabelecida a diferença e o predomínio masculino com a consolidação da família monogâmica, o próximo passo foi a consolidação do patriarcalismo. Mesmo correndo o risco da repetição, não se pode deixar de lembrar que a palavra família, não se referia de

⁵¹ ENGELS, op. cit. p. 98.

modo limitado às pessoas ligadas pelo sangue, mas abrangia escravos, servos, enfim, todos que conviviam sob a autoridade de um chefe.

Nas palavras de Eduardo de Oliveira Leite:

A palavra família, como a entendemos hoje, é de origem romana, *famulus*, que significa escravo. O termo se originou, provavelmente, da palavra osca *famel* (*servus*) que quer dizer escravo.

O termo família não se referia ao casal e seus filhos, ou ao casal e seus parentes, mas ao conjunto de escravos, servos que trabalhavam para a subsistência e de parentes que se achavam sob a autoridade do *pater familias*. Uma coisa é certa, na noção romana de família, que serviu de paradigma ao mundo ocidental, a família representava um conjunto enorme de pessoas que se encontrava subordinada ao *pater familias*.⁵²

Assim, o elemento autoridade vem imantando a idéia de família. Onde há autoridade, necessariamente há subordinação. Essa relação era absoluta, pois o pai era chefe político, sacerdote, juiz. Exercia poder de vida e de morte sobre os filhos, e a mulher, ao passar de filha à esposa, não sofria alteração em sua capacidade, sendo que somente mudava o detentor do poder em relação a sua pessoa. O poder sobre o patrimônio familiar também era absoluto, pois somente o homem adquiria bens. A autoridade paterna alcançava todos aqueles que dependiam do *pater familiae*.

Não é demais destacar que a mulher sempre foi objeto de compra ou rapto; assim, a família patriarcal monogâmica romana não deixou de significar uma melhoria em sua condição, pois de objeto, passou a sujeito, ainda que subordinado, mas sujeito. Até mesmo porque, para enfrentar esse tema, há que se ressaltar que o matrimônio, como situação que dava origem à família, não mereceu atenção legislativa no império romano, sendo uma

⁵² LEITE, E. O. **Direito civil aplicado. vol. 5. Direito de família**. São Paulo. RT:2005. p. 23.

situação de fato, reconhecida pela intenção da vida em comum. A liberdade de se expressar o afeto, aquilo que o revogado Código Civil Brasileiro chamava de posse do estado de casado, preexiste e subsiste a normatização. Nos dizeres de Therborn:

Com relação às relações entre marido e mulher, os principais aspectos são: a presença ou ausência de assimetria sexual institucionalizada, tal como na poliginia e nas regras diferenciais para o adultério; a hierarquia do poder marital, expressa pelas normas de chefia marital e de representação familiar; e a heteronomia, ou seja, o dever de obediência da mulher e o controle do marido sobre sua mobilidade, suas decisões e seu trabalho.⁵³

Devem-se destacar as influências do chamado Direito Bárbaro, principalmente de origem germânica. Ainda que a influência tenha sido recíproca, pois estes aderiram ao cristianismo e sofreram imposições do Direito Romano, as emoldurações familiares germânicas, começaram a delimitar o poder do pai. Nas famílias germânicas, de tipo paternal, a mulher tinha localização mais digna, bem como os filhos tinham mais autonomia na administração de parte de patrimônio que lhes era destinada a partir de uma certa idade. “Várias influências do Direito germânico puderam ser sentidas nessa época. A família germânica era do tipo paternal, ou seja, o pátrio poder é o poder do pai e não o poder do chefe de família, sendo que à esposa era reservada uma posição moralmente elevada.”⁵⁴

Durante o período histórico que se convencionou chamar de Idade Média, pouca coisa mudou na família. Ainda que a mulher tivesse melhorado sua posição, os casamentos

⁵³ THERBORN, G. **Sexo e Poder. A família no mundo 1900-2000**. Trad. Elisabete Dória Bilac. São Paulo: Contexto, 2006 p.30.

⁵⁴ GAMA, G. C. N. **O companheirismo. Uma espécie de família**. 2ª edição. São Paulo: RT, 2001 p. 35.

eram arranjados, por conveniências políticas ou econômicas, visando aumentar territórios ou patrimônio, ou mesmo garantir o domínio sobre determinados reinos. Filhos, principalmente do sexo masculino, eram garantia de sucessão real, sendo que as mulheres, quando não conseguiam prover o marido de prole masculina, eram repudiadas.

O estilo de vida do feudalismo, de uma certa forma, fez ressurgir a figura do pater familiae romano, na figura do senhor feudal, pois este representava todo poder entre seus vassallos. Se, por um lado, tinha-lhes a obediência e lealdade, por outro, devia-lhes sustento e segurança.

Nessa época, o casamento já havia sido elevado pela Igreja Católica à condição de sacramento, tornando-se assim indissolúvel. Com o total predomínio desta religião, a família patriarcal e monogâmica via-se vencedora, agora com o laço sagrado da indissolubilidade.

Conforme já foi dito, a família deve acompanhar a sociedade. A sociedade se move, conforme se movem os sujeitos que a compõem. O feudalismo, não resistiu ao irresistível desejo de mudanças, essencialmente respaldado no desejo de liberdade, de reconhecimento da dignidade.

O domínio religioso, o domínio político, fundamentado como de origem divina, não resistiram à força da razão humana, à força da autonomia do ser humano, que se percebeu capaz de escolher seus caminhos.

A modernidade, entre outras coisas prometia a emancipação do indivíduo. Porém, verificou-se simplesmente que a dominação trocou de mãos. As promessas da modernidade, não foram cumpridas. Segundo Boaventura de Souza Santos, “ não parece que falem no mundo de hoje situações ou condições que nos suscitem desconforto ou

indignação e nos produzam inconformismo. Basta rever até que ponto as grandes promessas da modernidade permanecem incumpridas ou o seu cumprimento redundou em efeitos perversos.”⁵⁵

Representando a vitória da burguesia, e por conseguinte, do modo de produção capitalista, a família, neste novo momento histórico, continuou a servir a propósitos externos. Aliás, a família patriarcal romana, se amoldou muito bem à família burguesa e à regulamentação que viria nas grandes codificações.

A separação entre Estado e Igreja, neste particular foi simbólica, pois as regulamentações jurídicas pós-revolução limitaram-se a copiar os cânones até então vigentes, transportando-os para os artigos dos Códigos Civis, com algumas alterações naqueles países mais influenciados pela reforma.

Preparado estava o ambiente para a família sacralizada, matrimonializada, hierarquizada e patrimonializada. O pai continuava tendo lugar de destaque, mantendo tal posição, inclusive com reconhecimento jurídico, até meados do século XX, podendo-se afirmar que “o homem de família era o herói normativo”.⁵⁶

O liberalismo tinha forte preocupação com unidade política. Para isso usou um instrumento, paradoxalmente criado pelos soberanos absolutistas, a unidade de legislação, representada pelos grandes códigos. A codificação tem relação com a igualdade formal defendida pelo liberalismo, além de garantir o monismo jurídico, criando a sensação de segurança jurídica. Evidente que a família acima descrita encontrou terreno fértil nesta

⁵⁵ SANTOS, B. S. **A crítica da razão indolente**. Contra o desperdício da experiência. 4ª ed. São Paulo: Cortez, 2002 p. 23.

⁵⁶ THERBORN, op. cit p. 43.

linha de codificação, pois, “a pretensão dos códigos, portanto, foi, a um só tempo, unificar no Estado toda a fonte do direito e ser um instrumento de garantia e afirmação da igualdade entre os homens.”⁵⁷

Legislado, portanto, o tipo de família burguesa, com base nos valores advindos do patriarcado romano, ainda que com algumas atenuações, impondo à família o dever de reprodução e manutenção da ordem vigente. A autoridade marital e paterna garante que os futuros cidadãos não contestem o modo de vida predominante, amoldando-se as suas necessidades. A indissolubilidade do matrimônio garante segurança, uma vez que impede que relações sejam desfeitas pela vontade de seus sujeitos. As bases monogâmicas da família legislada, aliadas às leis da herança, garantem que o patrimônio familiar continue sendo patrimônio familiar. Assim, a família tem o caráter de instituição, servindo a estes interesses externos, sendo colocada acima dos sujeitos que a compõem. Nos dizeres de Netto Lôbo:

Mas a família, nas grandes codificações liberais, permaneceu no obscurantismo pré-iluminista, não se lhe aplicando os princípios da liberdade ou da igualdade, porque, para a ideologia liberal burguesa, ela era concebida como unidade de sustentação do status quo, desconsiderando as pessoas humanas que a integravam.⁵⁸

⁵⁷ RAMOS, C. L. S. **Família sem casamento**: da relação existencial de fato a realidade jurídica.. São Paulo: Renovar, 2000 p. 9.

⁵⁸ LÔBO, P. L. N. A repersonalização das relações de família. **Revista Brasileira de Direito de Família**. N. 4. jun/jul:2004. p. 141.

1.4 MUDANÇAS HISTÓRICAS E SUA INFLUÊNCIA NA REALIDADE FAMILIAR.

Assim estabelecida, a família cumpria seu papel, exercendo sua função econômica, política, religiosa e procracional. Ainda que as funções política e religiosa tenham perdido vigor ao longo dos tempos, mesmo em épocas recentes, encontram-se traços de sua presença. Entretanto, os fatos sociais têm força criadora e renovadora. “A sociedade moderna caracteriza-se por mudanças de grande porte nos campos da economia, da política e da cultura, com repercussões significativas em todos os aspectos da existência pessoal e social.”⁵⁹

Com a implantação do modo de produção capitalista, veio a necessidade de aumentar produção e lucro. Novas tecnologias foram inventadas para dar suporte a essa necessidade. Com a passagem da produção artesanal para a industrial, a família, enquanto núcleo econômico, perdeu sua razão de ser. Não existia mais a necessidade de produzir para subsistir. Os filhos deixaram de ter a função de mão-de-obra. Bastava a todos os membros da família um emprego remunerado. Tal fato significou um duro golpe no patriarcado, pois a função de único provedor desempenhada pelo pai foi sendo esfacelada.

Com a introdução das máquinas, o trabalho artesanal, tipicamente familiar, não foi suficiente para concorrer com a produção fabril, motivo pelo qual houve uma sensível redução da renda artesanal, e os membros da família, que auxiliavam o artesão, passaram a procurar outra fonte de renda, trabalhando nas fábricas.

Sobredito acontecimento acarretou a desagregação do trabalho familiar e a derrocada das diferenças de funções entre os seus integrantes.⁶⁰

⁵⁹ PETRINI, J. C. Mudanças sociais e mudanças familiares. **In Família, sociedade e subjetividades. Uma perspectiva multidisciplinar.** Org. João Carlos Petrini e Vanessa Ribeiro Simon Cavalcanti. Petropolis: Vozes, 2005. pág. 29.

⁶⁰ LISBOA, R. S. **Manual de Direito Civil. Vol. 5. Direito de família e das sucessões.** São Paulo: RT, 2006. p. 34.

A função religiosa foi absolutamente dominante nos primórdios da família, pois já foi dito que a família antiga era mais “uma associação religiosa do que uma associação natural.”⁶¹

Inegável que no medievo a família tinha função religiosa. O casamento era o religioso. Os pais, unidos pelo sacramento deveriam batizar seus filhos, fazendo assim com que se consolidasse a doutrina e o poder da religião. Os fenômenos tinham explicação mística. A racionalidade era dominada por filósofos e teólogos. O uso constante da razão para solucionar questões do dia a dia libertou o sujeito, além de outras emancipações, do poder de uma religião hierarquizada. Modernidade e razão têm íntima relação, pois “o fenômeno que mais profundamente identifica a modernidade é o processo de racionalização”⁶².

O sujeito que pensa, que tem autonomia, na esteira de Descartes e Kant, é livre para autodeterminar seus caminhos, inclusive os religiosos. Pessoas querem morar juntas sem o casamento, os pais não têm mais como obrigar os filhos a seguirem determinada religião. O casamento sacramental indissolúvel é desmentido pela realidade social e afetiva. Com a reforma, acaba o monismo religioso, podendo o sujeito optar pela maneira que entende mais adequada de proclamar sua fé, caso a tenha, sendo inclusive permitida a possibilidade de que as pessoas declarem e assumam a condição de não crerem. O modelo de família que prepara o sujeito para uma determinada religião, já não encontra espaço nos dias de hoje, pois “a sociedade moderna acolhe e valoriza um pluralismo religioso, ético e

⁶¹ COULANGES, op. cit. p. 78.

⁶² PETRINI, op. cit p. 30.

cultural, é a sociedade da liberdade individual tanto quanto da racionalidade e da tecnologia”.⁶³

Em tempos remotos, a função política esteve ligada à função procracional. Ter filhos significava prover as forças militares do soberano. “Inicialmente, a união entre o homem e a mulher era vista como um dever cívico, para os fins de procriação e de desenvolvimento das novas pessoas geradas, que serviriam aos exércitos de seus respectivos países, anos depois, durante a juventude..”⁶⁴

A função procracional também tinha forte influência religiosa, pois as relações sexuais livres passaram a ser condenadas. Assim, o casamento era meio de sua legitimação, portanto, a procriação devia se dar dentro de uma entidade formada pelos sagrados laços matrimoniais.

Politicamente, a família sempre foi considerada como base do Estado, visto que, na realidade, ela é base da sociedade civil, enquanto local de desenvolvimento pleno dos sujeitos integrantes dessa sociedade.

Com o predomínio do modo de produção capitalista, reforçado pelo advento da Revolução Industrial, as coisas começam a se modificar na sociedade. Aumenta a urbanização, as pessoas deixam os campos buscando a cidade tentando melhores empregos e salários. Regimes autoritários cedem lugar às democracias participativas. A mulher deixa o lar rumo ao mercado de trabalho, fato que, talvez tenha tido o maior impacto nas

⁶³ PETRINI, p. 31.

⁶⁴ LISBOA, op. cit. p. 33.

emoldurações familiares do que qualquer outro, em muito tempo, principalmente pela mudança de papéis e funções que significou.

A família, na sociedade de massas contemporânea, sofreu as vicissitudes da urbanização acelerada ao longo do século XX, como ocorreu no Brasil. Por outro lado, a emancipação feminina, principalmente econômica e profissional, modificou substancialmente o papel que era destinado à mulher no âmbito doméstico e remodelou a família.⁶⁵

Com os pais fora de casa, a educação dos filhos não era mais exclusividade da família. Família e casamento já não andavam mais necessariamente juntos. Casamento e sexo dissociaram-se; sendo que chegamos, não há muito tempo, à dissociação de procriação e sexo.

O entrelaçamento do amor, sexualidade e fecundidade que, tradicionalmente, constituiu o núcleo do matrimônio e da família, nestas últimas décadas, foi rompido, podendo-se viver a sexualidade sem fecundidade, a sexualidade sem o amor, a fecundidade sem a sexualidade. Estes três elementos se distanciaram, cada um percorrendo um itinerário próprio, distinto dos outros, com conseqüências importantes.⁶⁶

Aquilo que se esperava da família, não era aquilo que seus sujeitos desejavam que ela fosse. A família clamava pela liberdade de servir única e exclusivamente ao sadio convívio de trocas afetivas entre seus integrantes.

Há de se salientar que tal clamor não é recente, pois já dizia Engels:

⁶⁵ LOBO, op. cit. p. 155.

⁶⁶ PETRINI, op cit p. 41.

Se o matrimônio baseado no amor é o único moral, só pode ser moral o matrimônio onde o amor persiste. Mas a duração do acesso do amor sexual é muito variável, segundo os indivíduos, particularmente entre os homens; em virtude disso, quando o afeto desaparece ou é substituído por um novo amor apaixonado, o divórcio será um benefício tanto para ambas as partes, quanto para a sociedade.⁶⁷

Aberto estava o caminho para o surgimento da família igualitária, onde reina “a cooperação entre os sexos e as gerações”.⁶⁸ Os integrantes da família buscam nela a individualização negada pela sociedade de massas, fonte de convivência humana e afetiva, não sendo mais necessário submeter-se à coletividade familiar, se nela não encontrar local apropriado à adequada convivência, pois essa visão do sujeito “facilita a ruptura do vínculo familiar, quando a convivência não é mais fonte de satisfação e prazer”.⁶⁹

Os fatos sociais impuseram a liberdade, a igualdade, o eudemonismo e o pluralismo como características do fenômeno familiar.

No contexto do pluralismo religioso, ético e cultural, todas as formas de vivência da intimidade e de arranjos familiares têm direito de cidadania. Muito provavelmente não mais haverá um modelo de família predominante, ao qual se reconheça um significado normativo. O processo de fragmentação da cultura moderna multiplicará novas realidades e opções inéditas⁷⁰

Necessário se faz incessante luta pela inclusão de todas as emoldurações familiares, levando-se em conta única e tão somente seus elementos caracterizadores,

⁶⁷ ENGELS, op. cit p. 97.

⁶⁸ PETRINI, op. cit. p. 50.

⁶⁹ Idem p. 43.

⁷⁰ Idem p. 51

principalmente o afeto. A família deve existir e ser protegida desde que o sujeito que a integra seja o fim último de sua existência e não o contrário. O sujeito em primeiro plano, e não os interesses estatais, políticos e sociais que interferem na família. Desenvolver-se, ser livre, buscar bem estar e felicidade são direitos inerentes à pessoa humana, e fundamentais, decorrentes diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana.

É ínsita à existência da pessoa humana o direito fundamental de realizar sua aspiração de ter uma família, sem uma moldura prévia que obste, no todo ou em parte, a realização desse desejo.

A questão que agora se põe é a de dar efetividade a esse interesse, elevado à categoria de direito fundamental.⁷¹

Não existem funções externas a serem cumpridas pela família. Não pode o Estado, através do direito positivo, impor-lhe funções ou modelos. A afetividade é sua essência, devendo o direito reconhecer o proteger este afeto como valor jurídico.

Tal intento passa, obrigatoriamente, pelo reconhecimento de que o Direito, também como fato cultural e histórico, deve ser algo cotidianamente construído, reconhecendo a existências de situações que concorram com a produção de leis pelo Estado. Passa-se do direito patrimonial, do sujeito proprietário, para o direito fundamental, da pessoa humana. O Direito, sendo posterior à família, deve tutetá-la, para que se possa “edificar a família da amizade como vínculo.”⁷²

⁷¹ FACHIN, R. op. cit p. 68.

⁷² FACHIN, L. E. Família, Direitos e uma nova cidadania. **Família e Cidadania. O novo CCB e a vacatio legis. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de família.** IBDFAM/OAB-MG:2002. p. 22.

Essa historicidade, tanto da família quanto do Direito, é fundamental para a caminhada que se pretende fazer entre o monismo jurídico e das formas de família, para o pluralismo jurídico e das formas de família. Qualquer limitação será excludente e contrária a um direito que tenha a pessoa, como centro, portanto, um direito repersonalizado.

Reconhecida paulatinamente no curso do século XX a historicidade e a vinculação necessária do Direito a um modelo sociopolítico-econômico, as falhas e o caráter ultrapassado das codificações foram aos poucos sendo assumidos pelo próprio Direito positivo, traduzidos, num primeiro momento, na edição de leis que foram designadas como extravagantes, por serem externas à codificação, as quais aos poucos foram sendo disseminadas, seguidas de estatutos especiais, regulamentadores de institutos ou situações específicos, até se chegar à regulamentação constitucional dos institutos básicos do Direito privado, inclusive da família.⁷³

1.5 O ELEMENTO AFETIVO E AS RELAÇÕES FAMILIARES

As mudanças elencadas tiveram o condão de fazer com que a família não tivesse mais um grande número de pessoas. O próprio conceito de paternidade responsável, a desvinculação de sexo e reprodução e acesso a métodos contraceptivos contribuíram para essa mudança.

Com a mulher além dos limites domésticos, as tarefas do lar necessariamente começaram a ser divididas. A solidariedade passou a ser essencial para o desenvolvimento da família.

⁷³ RAMOS. *Família constitucionalizada...* p. 65.

Exigiram-se a presença e a ação masculinas. Os elos e necessidades pessoais preponderaram sobre conveniências, molduras externas ou tradições.

A intencionalidade, a vontade de estar com alguém, a vontade (e a responsabilidade) pela paternidade/maternidade, afloram e dominam as relações familiares.

Aberto está o campo para que a amálgama do laço familiar seja o afeto. Este elemento deve ser “o fundamento e a finalidade da família”.⁷⁴

Esse afeto, que parece também indicar certa timidez da doutrina pátria em não usar a palavra amor para designar a essência das relações familiares, que não aparece em um único artigo do Código Civil Brasileiro⁷⁵, significa plena comunhão de vida. A palavra cônjuges traz essa idéia, pois antes de qualquer outra coisa, tem o sentido de conjugação íntima de vidas. Significa maturidade e coragem para a superação das dificuldades comuns, quaisquer que sejam sua natureza. Vem impregnada da busca pelo desenvolvimento do outro, sem a desnecessária anulação do eu. Vem imantada da noção de que os filhos são sujeitos de direito e merecem carinho, respeito, atenção e presença dos pais. Esse afeto que une, que não significa ausência de conflitos, mas antes de tudo, respeito às diferenças para que os conflitos se tornem oportunidade de crescimento, é o afeto que separa quando deixa de existir. O afeto que não é citado na lei, mas que é proclamado na vida.

É isso que as pessoas buscam quando constituem uma família. É isso que os filhos devem encontrar quando passam a pertencer a uma família.

⁷⁴ PEREIRA, **Princípios fundamentais...** p. 181.

⁷⁵ A rigor, o art. 1584 do CCB, refere-se à relação de afetividade, mas, estranhamente, prevendo a necessidade de não se deferir a guarda ao pai ou a mãe. Tem-se a impressão que se valoriza mais o afeto entre estranhos, do que entre pessoas da mesma família.

Reinventando-se socialmente, reencontrou sua unidade na affectio, antiga função desvirtuada por outras destinações nela vertidas, ao longo de sua história. A afetividade, assim, desponta como elemento nuclear e definidor da união familiar, aproximando a instituição jurídica da instituição social.⁷⁶

O Direito tem ainda grande resistência em se permitir colher contribuições de outros ramos dos saberes humanos. A maioria absoluta dos doutrinadores e pesquisadores de Direito de Família, falam em afeto, no princípio da afetividade, mas dedicam poucas linhas a explicar o que é afeto. Ainda que a abrangência e o subjetivismo de tal conceito possam tornar ingrata tal tarefa, algo que precisa ainda ser vencido no mundo jurídico é a cautela com que determinados elementos da vida das pessoas são recepcionados pelo Direito.

Ora, de maneira bastante simplista, se o Direito regulamenta a vida das pessoas em suas relações interpessoais em uma dada sociedade, fica fácil perceber o descompasso que por vezes existe entre a legislação, entre as decisões judiciais e a realidade social, principalmente quando elementos externos ao Direito, mas presentes na vida das pessoas, são ignorados. Ainda, no que diz respeito ao Direito de família, há um caminho a percorrer no sentido de consolidar o reconhecimento do afeto, pelo mundo jurídico, como elemento fundante das famílias. Ainda que a doutrina mais autorizada seja unânime neste sentido, encontra-se ainda alguma vacilação na jurisprudência e, principalmente, uma total ausência do afeto, de forma clara e direta na legislação brasileira de família.

⁷⁶ LÔBO. *A repersonalização...* p. 155.

Finalmente, é necessário salientar que nem todo tipo de afeto serve como elemento identificador de uma família. Se se pensar com esta elasticidade, em alguns casos, uma república de estudantes seria família. É um afeto permeado de intenções e objetivos comuns, de cumplicidade, de solidariedade, de renúncia, de intimidade, de compaixão, e porque não dizer, de paixão.

O afeto que identifica as famílias é:

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 formam.⁷⁷

Ainda que a família, por muito tempo, tenha sido apresentada como uma instituição a serviço da sociedade, da Igreja, da economia, enfim, permeada de funções externas, seus componentes sempre a mantiveram como núcleo de convivência. A valorização e reconhecimento do afeto no mundo jurídico, consulta um relembrar e nos remete ao futuro. Não estaríamos buscando em um passado de maior liberdade as bases para a construção de um futuro mais tolerante, onde a dignidade de cada um seja por todos respeitada?

A autonomia privada inicia uma reconquista de territórios perdidos. A família deixa o código, rígido e passa a habitar a sede dos princípios constitucionais e do pluralismo

⁷⁷ BARROS, S. R. A ideologia do Afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família**. n 14 jul/set:2002. p. 9.

legal: uma lei para cada situação, visando a maior elasticidade e, apesar de superficialmente contraditório, a menor interferência do público no privado.

O estudo da história é fundamental para que não se reinvente a pólvora, ou mesmo a roda. É nele que se pode observar que as mudanças atuais dos paradigmas familiares encontram ressonância no passado.⁷⁸

1.5.1 Recepção Jurídica da Afetividade como Identificador do Laço Familiar.

O regramento jurídico da família também passou por profundas mudanças. As leis de família, ao longo do tempo, sempre refletiram as idéias anteriormente expostas. A regulamentação monista, patrimonial e patriarcal da família, sufocava o afeto. A manutenção da paz social com a manutenção dos casamentos indissolúveis, era mais importante que o grau de desenvolvimento e satisfação que a família pudesse proporcionar a seus componentes.

Em momento posterior deste trabalho, traçar-se-á uma mais completa evolução histórica do Direito de Família. Neste momento, cumpre-se apenas destacar que, de modo ainda tímido, o afeto obteve “reconhecimento e inserção no sistema jurídico”.⁷⁹

Possibilidade de não permanecer casado, igualdade entre os filhos, pluralismos familiar, indicam de modo inequívoco que se reconhece a essencialidade do afeto nas relações familiares. “ A realização pessoal da afetividade e da dignidade humana, no

⁷⁸ FIUZA, C. A. C. Mudanças de paradigmas. Do tradicional ao contemporâneo. **Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. A família na travessia do milênio** IBDFAM/OAB-MG:2000 . p. 37.

⁷⁹ DIAS, M. B. **Manual de Direito das Famílias**. Porto Alegre, Livraria do Advogado: 2005. p. 66.

ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época.”⁸⁰ O cumprimento das funções familiares, diante da necessidade de compreensão, de amar e ser amado, é que vai garantir a cada um, enquanto sujeito, um local adequado para uma equilibrada e saudável formação biopsíquica. O dado biológico cede lugar à realidade afetiva e cultural.⁸¹

O reconhecimento ao afeto como valor jurídico já encontrou seu lugar na doutrina com importante respaldo jurisprudencial; ainda há muito que se fazer para que tal reconhecimento seja expresso na legislação brasileira. A Constituição não faz menção à palavra afeto, mas reconhece a possibilidade de que as pessoas vivam juntas sem a regulamentação estatal e estabelece a absoluta igualdade entre os filhos.

Pode-se argumentar que a idéia de afeto, ou da família baseada no afeto, seja vaga para o direito. Uma família assim, fundamentada em algo tão subjetivo, pode se afastar do ideal de segurança jurídica, tão cara aos sistemas monistas e ao mais puro positivismo. Não se deve inclusive olvidar que existem ainda argumentos contra a caminhada que se inicia do direito civil clássico ao direito civil constitucional. A resistência a esta caminhada revela ao menos, o muito que resta por fazer, para efetivamente garantir a todos que sejam sujeitos dotados de dignidade. Na defesa da segurança jurídica em vez de ética:

Daí porque o legislador, quando descamba para o plano em que os valores éticos ocupam o lugar dos preceitos certos, claros, impositivos que devem ser as normas jurídicas autênticas, realiza na verdade a destruição da ordem jurídica. Em lugar da paz e harmonia que a segurança jurídica pode proporcionar, estabelece as dúvidas e divergências próprias da natureza incerta e imprecisa de justiça; em vez de ordem passa a vigor o caos; e o

⁸⁰ LOBO, P. op cit. p. 155.

⁸¹ PEREIRA, R. **Princípios fundamentais...** p. 184.

Estado que abre mão da segurança em sua organização não pode, por conseguinte, ser qualificado como um Estado de direito.⁸²

Mas, conforme já foi dito, não é qualquer tipo de afeto que vai caracterizar uma família. Exatamente nas distinções é que se encontrará a operacionalidade jurídica do termo, pela intenção da vida em comum, pela solidariedade espontânea e não obrigatória, pelo tempo.

Essa fórmula mágica do sentido jurídico da afetividade, embora possa aparecer à observação de primeira ordem sob outros códigos ligados a interpretações teleológicas (proteção dos filhos etc.), poderá ser tecnizada, no nível da observação de segunda ordem, pela diferença afetividade/não afetividade exteriorizada no tempo. Vale dizer: forma, comunicação e estrutura, que assim pode generalizar simbolicamente o sentido (agora jurídico) da afetividade nas três dimensões de sentido: objetiva (forma), social (comunicação) e temporal (estrutura).⁸³

E ainda mais, se a CF elevou a fundamento da república brasileira, a dignidade da pessoa humana, o ser deve estar no centro do ordenamento em sua inteireza, não só nos aspectos objetivos, mas também subjetivos. Cumpre ao direito, não desconsiderar a subjetividade imanente a todos. Não pode o direito ignorar o ser em suas relações afetivas, em suma, não pode desconsiderar o afeto.

⁸² JÚNIOR, H. T. A onda reformista do direito privado e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**. n 40 Mar/Abr:2006 p. 47.

⁸³ ALDROVANDI, A. e SIMIONI R. L.. O direito de família no contexto de organizações socioafetivas: dinâmica, instabilidade e polifamiliaridade. **Revista Brasileira de Direito de Família**. n. 34 fev/mar:2006 p. 17.

A psicanálise tem uma reivindicação a fazer: os seres humanos são altamente influenciados pela subjetividade e pelo inconsciente em qualquer campo de relações, e estes precisam ser devidamente considerados. Somos seres dotados de instintos e impulsos que necessitam de regras, da Lei, que nos dêem uma direção, e de instituições que ajudem a ampliar nossa capacidade racional e que também provejam meios de integração da subjetividade. Somente quando levamos a subjetividade em consideração é que podemos desenvolver nossas capacidades de reflexão, consciência e responsabilidade – altas qualidades humanas. A psicanálise reivindica sua contribuição no Direito a Ser Humano.⁸⁴

Eleva ainda a CF, o direito à família como prioridade absoluta em relação à criança e ao adolescente. Os artigos 226 e 227 normatizam esta afirmativa. No código civil, podem-se citar os arts. 1511, 1593 e 1596 como exemplos da prevalência do afeto sobre outras questões. Reconhece-se que o fim do afeto é o bastante para o fim de uma relação conjugal, sem necessidade de imputação de culpa, conforme o art. 1573 e seu parágrafo único. “A afetividade, cuidada inicialmente pelos cientistas sociais, pelos educadores, pelos psicólogos, como objeto de suas ciências, entrou nas cogitações dos juristas, que buscam explicar as relações familiares contemporâneas.”⁸⁵

SEPARAÇÃO. CULPA.

Não tem mais justificativa a atribuição da culpa pelo rompimento da vida em comum, quando qualquer consequência pode advir desta declaração, bastando, para a decretação da separação, o reconhecimento do fim do vínculo afetivo.

Embargos rejeitados.⁸⁶

Na ementa acima, vê-se a aplicação concreta do princípio ou valor da afetividade.

⁸⁴ GROENINGA, G. C. O direito a ser humano. In **Direito de Família e psicanálise. Rumo a uma nova epistemologia.** (Coord.) Giselle Câmara Groeninga e Rodrigo da Cunha Pereira. Rio de Janeiro: IMAGO, 2003 pág. 97.

⁸⁵ LÔBO, P. L. N. **Código Civil Comentado. Direito de Família. Relações de Parentesco. Direito Patrimonial. V. VI.** (Coord.) Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo, Atlas, 2003 p. 41.

⁸⁶ Emb. Infringentes 7000179711. Rel. Maria Berenice Dias. 4º Gr. Cam. Cíveis TJRS.

Acabando o afeto, que deve ser o fundamento de qualquer relação conjugal ou de companheirismo, isto por si só é o bastante para que o judiciário declare o fim da união, sem necessidade da desgastante e inócua discussão de culpa. Não existe mais a obrigação de permanecer juntos, quando não se quer mais.

Nossa jurisprudência tem sido extensa em exemplos de recepção do afeto como elemento identificador das relações familiares. Entre outros aspectos, basta aqui citar a constante prevalência que a paternidade sócio-afetiva tem encontrado em nossos tribunais quando confrontada com a paternidade biológica. Conforme já foi exaustivamente apresentado neste trabalho, a paternidade tem muito mais a ver com a exercício de uma função do que com um dado puramente biológico.

PATERNIDADE – RECONHECIMENTO – 2. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE E AÇÃO ANULATÓRIA DO REGISTRO DE NASCIMENTO – 1. Quem, sabendo não ser o pai biológico, registra como seu filho de companheira durante a vigência de união estável estabelece uma filiação sócio-afetiva que produz os mesmos efeitos que a adoção, ato irrevogável. 2. O pai registral não pode interpor ação negatória de paternidade e não tem legitimidade para buscar a anulação do registro de nascimento, pois inexistente vício material ou formal a ensejar sua desconstituição. Embargos rejeitados, por maioria.⁸⁷

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE – DECLARAÇÃO FALSA DE FILIAÇÃO – DESCONSTITUIÇÃO DO REGISTRO – IMPOSSIBILIDADE – PATERNIDADE SOCIOAFETIVA – CARÊNCIA DE AÇÃO – É carecedor de ação visando desconstituir

⁸⁷ TJRS – EI 599.277.365 – 4º G. C. Cív. Rel. Maria Berenice Dias – DJRS 21.10.99.

o registro de nascimento, o pai que reconhece formalmente a filha, sendo sabedor da inexistência do liame biológico, mas deixando evidenciada a situação de paternidade socioafetiva. Vedação dos arts. 104 do CC e 1º da L. 8.560/92.⁸⁸

Nada depende mais da vontade do que a paternidade. Sem que se assuma essa função, ela na realidade não existe. Se esta já foi determinada em função de necessidades religiosas, onde o vínculo genético cede, quando em conflito com este, a situação baseada na intencionalidade, no pleno exercício do papel de pai, no afeto paternal. O que os julgados acima afirmam é exatamente que muito mais importante que o simples liame biológico, é aquele fundado no afeto responsável, nas relações de filiação, pela saudável estruturação psíquica.

Ainda na esteira deste raciocínio, os julgados que lidam com o direito de visita dos avós, sempre em decisões as quais têm como fundamento permitir a convivência afetiva. Ora, a família já teve em tempos passados conceito mais amplo que o de hoje. É certo que não se pode impor afeto ou solidariedade, mas também é certo que não se pode negar a troca de experiências afetivas àqueles que fazendo parte do grupo familiar o desejam fazer. Muito mais que uma relação jurídica, a relação entre avós e netos é afetiva e complementar.

DIREITO DE VISITA ENTRE AVÓS E NETOS – Embora o CC não contemple, de modo expresso, o direito de visita entre avós e netos, esse direito resulta não apenas de princípios de direito natural, mas de imperativos do próprio sistema legal, que regula e admite essas relações, como em matéria de prestação de alimentos (art. 397), de tutela legal (art. 1.603), além de outros preceitos. O direito dos avós de visitarem os netos e

⁸⁸ TJRS – AC 70.002.994.366 – 7ª C. Cível. Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves – J.03.10.2001.

serem por eles visitados constitui, assim, corolário natural de um relacionamento afetivo e jurídico assente em lei.⁸⁹

A família evolui e alcance progresso à medida em que realça seu caráter de instrumento de realização do ser humano e que valoriza a liberdade em constituir ou não laços familiares, em desfazer compromissos matrimoniais. Valorizar a liberdade tem a ver com a autonomia da vontade, que está diretamente ligada não só ao princípio, mas à própria noção de dignidade. O ser humano deu um passo à frente da instituição.

Sem dúvida, a família é o lugar privilegiado de realização da pessoa, pois é o lócus onde ela inicia seu desenvolvimento pessoal, seu processo de socialização, onde vive as primeiras lições de cidadania e uma experiência pioneira de inclusão no laço familiar, a qual se reportará, mais tarde para os laços sociais.⁹⁰

Não pode o Direito fechar os olhos para a realidade das relações pessoais extrapatrimoniais ou extracontratuais. Pacífica a possibilidade do dano moral, no sentido de preservar lesões a direitos personalíssimos do sujeito.

Ora, desenvolver-se, encontrar um local onde seja possível a convivência (viver com) afetiva, tentar se realizar e ser feliz, deve ser reconhecido como o direito pessoal, decorrente do fato de sermos, primordialmente, pessoas. Ainda que se encontre dificuldade em categorizá-la juridicamente, a plena realização pessoal (mesmo que em seu bojo entre a realização patrimonial) através da felicidade, deve ser garantida e protegida de ataques pelo Direito. O Direito de família justifica sua existência e essência à medida que cria condições para que este objetivo pessoal possa ser atingido dentro da entidade familiar.

⁸⁹ TJRS – AI 590.007.191 – 3ª C – Rel. Dr. Flávio Pâncaro da Silva – J. 29.03.1990 RJ 156/80.

⁹⁰ PEREIRA, **Princípios fundamentais...** p. 182.

Como diz João Baptista Villela, as relações de família, formais ou informais, indígenas ou exóticas, ontem como hoje, por mais complexas que se apresentem, nutrem-se, todas elas, de substâncias triviais e ilimitadamente disponíveis a quem delas queira tomar: afeto, perdão, solidariedade, paciência, devotamento, transigência, enfim, tudo aquilo que, de um modo ou de outro, possa ser reconduzido à arte e à virtude do viver em comum. A teoria e a prática das instituições de família dependem, em última análise, de nossa competência em dar e receber amor.

Talvez nada mais seja necessário dizer para evidenciar que o princípio norteador do direito das famílias é o princípio da afetividade.⁹¹

Como já foi dito, não é qualquer tipo de afeto que vai qualificar um grupo como família. E, mesmo aqueles grupos, que aparentemente formam família, se carecerem deste afeto especial, não formarão uma família, não merecendo reconhecimento. Não se buscam aqui exclusões, até porque a essência do trabalho é a inclusão, mas, lado outro, nem todo grupo de pessoas tem a intenção de formar família, e isso também deve ser reconhecido e preservado. É o caso do julgado abaixo:

EMENTA: UNIÃO ESTÁVEL. REQUISITOS. CARACTERIZAÇÃO. Somente os vínculos afetivos que geram entrelaçamentos de vidas podem ser reconhecidos como entidade familiar e ingressar no mundo jurídico, possibilitando a extração de efeitos no âmbito do direito. A prova produzida não demonstra a existência de união estável, comprometimento mútuo ou projetos comuns de vida, sendo da parte autora o ônus de demonstrar os fatos constitutivos do direito alegado, conforme dispõe o art. 333, inciso I, do CPC. DANOS MORAIS E MATERIAIS. Em matéria de sentimentos, não há garantia de amor eterno a ensejar o direito a indenização pelos dissabores sofridos em decorrência

⁹¹ DIAS, op cit. p. 68.

do término de uma relação afetiva. Negado provimento ao apelo. (SEGREDO DE JUSTIÇA) ⁹²

Extrai-se o princípio da afetividade da necessidade do ser humano em contar com este refúgio para seu desenvolvimento e do seu direito inalienável a uma saudável convivência afetiva, com aqueles que elegeu (foi eleito) como sujeitos de seu afeto. Pode parecer que falar de afeto, trazer contribuições da psicanálise, podem nos afastar do âmbito jurídico. Entretanto, se queremos tornar realidade o fundamento da dignidade, explicitado em nossa carta política, nada mais necessário. “Dois temas fundamentais se entrecruzam: Direitos Humanos e vida familiar. Ambos estão intimamente ligados e apóiam-se em um valor fundamental: a dignidade humana.”⁹³

⁹² TJRS AP 70012259560 7ª C. Cível Rel. Maria Berenice Dias j. 05.04.2006.

⁹³ GROENINGA, G. op. cit. p. 95.

2. DA RELAÇÃO SOCIAL À RELAÇÃO JURÍDICA

Ainda que necessariamente tenha que se traçar um histórico do fenômeno jurídico, para se entender o atual estágio do Direito de Família, bem como para se poder fundamentar que “família, repersonalização e Direitos Fundamentais têm parentesco epistemológico indiscutível”⁹⁴, não é da natureza deste trabalho tentar traçar o conceito de Direito. Até mesmo porque, ante a multiplicidade de sentido que o termo encerra, não encontraríamos uma definição do Direito. Aliás, dizer o que é o direito é tarefa do filósofo, competindo ao jurista dizer o que é direito.

Desde muito cedo o homem percebeu que precisaria intervir na natureza a fim de garantir sua sobrevivência e melhorar suas condições de vida. Domesticação de animais, criação de artefatos, produção de vestimentas, moradias fixas, domínio do fogo. Ainda que este domínio da natureza, traga por vezes irreparáveis prejuízos, tenta-se através dele obter recursos para uma vida mais adequada. O erro não está na exploração, mas em sua forma. “Finalmente, a promessa da dominação da natureza foi cumprida de modo perverso sob a forma de destruição da natureza e de crise ecológica.”⁹⁵

Neste sentido, também desde épocas remotas, percebeu o homem que não poderia permanecer isolado. Que não era auto-suficiente. Que vivendo em grupos, na solidariedade social, com divisão de tarefas cujo resultado convergem para o bem-estar comum, teria suas necessidades supridas de modo menos oneroso.

Tendo em vista a diversidade sempre presente nos grupos humanos, já que a individualidade é essencial e única e que, o interesse de mais de um indivíduo sobre o

⁹⁴ FACHIN, R. op. cit. p. 67.

⁹⁵ SANTOS, op. cit. p. 24.

mesmo bem sempre é fonte de conflitos, a vida em sociedade traz benefícios, mas traz latente a possibilidade de conflitos entre seus componentes.

Da mesma maneira que sentiu necessidade de intervir na natureza, o homem percebeu a necessidade de regulamentar sua convivência. Portanto, assim como a família, o Direito é um fenômeno, um dado cultural.

Nesse diapasão, o Homem sente necessidade de regras para ordenar sua convivência. Desse modo, o Direito pertence ao mundo da cultura. O Direito é um dos muitos instrumentos de adaptação criados pelo homem. A cultura abrange tanto a ordem material como a ordem espiritual. Nesse sentido, a pintura, a escultura, a obra literária, a poesia são bens culturais. A atividade valorativa orientada para realizar a ordem, a segurança e a paz social faz surgir o Direito, posicionado na realidade cultural ou mundo da cultura.⁹⁶

Bastante claro assim, que o direito não existe fora da experiência, fora da história. Ele é histórico. Assim, as mudanças ocorridas nas sociedades humanas ao longo do tempo influenciaram de modo direto a elaboração do direito. Os fatos sociais têm força produtiva e modificadora do fenômeno jurídico, havendo, “portanto, um claro processo de adequação social no Direito, que busca seu desiderato por meio de normas”.⁹⁷

Saliente-se que é importante esse conhecimento da história, pois o Direito, e principalmente o Direito estatal, sempre traduziu um determinado modo de se entender as realidades e regular a vida social. Ao regular as relações familiares impondo molduras, cria

⁹⁶ VENOSA, S. S. **Introdução ao estudo do direito. Primeiras linhas**. São Paulo: Atlas, 2004.p. 32.

⁹⁷ Idem p. 33.

exclusões, pois ser juridicamente reconhecido como família não é somente uma questão de nome, mas gera importantes efeitos, quase todos intimamente ligados à noção de dignidade humana.

Não se trará aqui, uma definição de Direito. Basta entender que “como cultura, exprime valores espirituais da sociedade humana, sendo por isso, também, fenômeno cultural. Como processo de solução de conflitos, é uma técnica a serviço de uma ética”.⁹⁸

O Direito não é fato isolado na vida humana, portanto, a compreensão da questão política, econômica, religiosa, enfim, o pleno entendimento de dada organização social, é essencial para uma ampla visão do fenômeno jurídico, e, no caso em questão, em sua forma positivada, principalmente o Direito produzido pelo estado no mundo ocidental.

A repetida afirmação de que onde houver sociedade, haverá o direito (*ubi societas ibi ius*), decorre da necessidade de que, para existir Direito, há necessidade de convivência, de relacionamento, de que o homem conviva com outros sujeitos, enfim, há necessidade do fenômeno da alteridade.

Cumpra-se neste capítulo traçar um breve histórico do Direito, pois o pluralismo cultural e ético hoje existente na sociedade, se mostrou incompatível com o ideal de “monismo” jurídico reinante, gerando conflito entre o fato social e a norma. No campo específico do Direito de Família, tal conflito encontrou observadores atentos, e como vértice de uma processo evolutivo, desde a CF de 1988, tem-se o princípio do pluralismo das formas de família. “Sobretudo da garantia da liberdade e da igualdade, sustentadas pelo macroprincípio da dignidade, e que se extrai a aceitação da família plural, que val além

⁹⁸ AMARAL, F. **Direito Civil. Introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 4.

daquelas previstas constitucionalmente e, principalmente, diante da falta de previsão legal.”⁹⁹

Além do histórico do fenômeno jurídico em sua generalidade, com ênfase no Direito Romano, canônico e o Direito liberal-burguês codificado pós-revolução francesa, dado seu interesse na emolduração jurídica do fenômeno família, far-se-á breve histórico do Direito de família brasileiro, principalmente através da jurisprudência e da legislação, mostrando a importância da CF de 1988 para o surgimento , de um Direito de Família que efetivamente garanta a ela a possibilidade de promover a saudável interação e pleno desenvolvimento de seus integrantes.

2.1 A EVOLUÇÃO DO DIREITO.

Nos dias de hoje, já não há mais dissenso quanto ao fato de, nem sempre a norma ser escrita. Entretanto, em fases remotas da história humana, isso decorria do fato de que a escrita sequer existia. Assim, a vida em sociedade tinha normas, tinha regras, mas sem estarem estampadas em um suporte material.

Pode-se asseverar que as regras tinham íntima ligação com as tradições, com o ensino oral e profunda comunicação com a religião.

O que autoriza afirmar a existência destas regras, é que, com o surgimento da escrita, já aparecem alguns conceitos jurídicos fundamentais, dando conta de sua preexistência.

⁹⁹ PEREIRA, **Princípios fundamentais...** p. 167.

Sempre que se busca fazer um estudo histórico do Direito, toma-se por base o Direito Romano, dada sua inegável importância e influência no arcabouço jurídico ocidental. Porém, sabe-se que outras civilizações também tiveram organização social eficaz, e o Direito, por ser cultural é também histórico, sendo assim necessário o conhecimento destas organizações.

Criação jurídica datada aproximadamente no século XVII a.c., tem-se o chamado Código de Hammurabi, soberano que além da publicação de leis, estruturou o funcionamento de um órgão de justiça. Trazia normas referentes à família, pois previa a monogamia, o repúdio da mulher caso não cumprisse seus deveres conjugais, severa punição do adultério feminino. Entretanto, dava à mulher certa independência, de forma especial naquilo que dizia respeito ao seu dote.¹⁰⁰

Ainda que não se possa confundir tais leis ou regras com os atuais códigos, percebem-se as primeiras tentativas humanas de ordenar essas regras.

Não se pode deixar de falar do direito hebraico, até mesmo pela forte influência que exerceu sobre o casamento. Era eminentemente religioso. A história desse povo, principalmente sua luta por uma terra, vem narrada no Antigo Testamento. Pode-se destacar que o Cristianismo nasceu da religião hebraica e que suas leis também influenciaram fortemente a regulamentação da família no direito muçulmano. As interpretações do direito hebraico apóiam-se na Bíblia, formando a tradição oral.

Gregos e egípcios pouco nos legaram em termos de Direito. Em relação aos segundos, ainda que tivessem um eficiente corpo burocrático de escribas e consistente

¹⁰⁰ VENOSA, op cit. p. 293.

prática do direito, pouco se conhece pelos documentos encontrados. Nada de relevante pode-se dizer sobre regulamentação da família. Já os gregos notabilizaram-se não pelo Direito, mas pela filosofia, entretanto, “o estudo desses filósofos é essencial para a formação do pensamento do jurista e do cientista político”.¹⁰¹

Não se irá, dadas as diferenças de culturas e sistemas, analisar a formação do direito no mundo oriental.

Portanto, já há aptidão para começar a análise da evolução do Direito, partindo do chamado Direito Romano.

Costuma-se situar o Direito Romano levando-se em conta o tempo, como o conjunto de normas que regulamentaram a sociedade romana e todos os seus territórios, desde a fundação da cidade até a morte de Justiniano. Assim, refere-se a um período de aproximadamente treze séculos.

Roma criou regras para seus cidadãos, e somente aqueles que tinham a cidadania romana podiam invocar essas regras. Pode-se citar como uma das primeiras formulações legais a conhecida Lei das XII Tábuas, a qual ocorreu já na época republicana.

O Direito, na fase dos reis, era formalista ao extremo, pois se voltava a regulamentar uma sociedade eminentemente agrária. Nesta fase, tem-se a figura proeminente do “pater familias”, o qual, como proprietário e juiz tinha poder absoluto. A extensão reservada à família romana, também transcendia os laços de sangue. “Os agnatos de uma mesma família eram aqueles que podiam provar sua descendência comum, de

¹⁰¹ VENOSA, p. 295.

geração em geração. Por outro lado, os gentílicos eram tidos como da mesma família, por vínculo verdadeiro ou imaginário.”¹⁰²

O rei legislava, pois, em função do poder reservado ao pai, pouca função judicante restava àquele.

Na fase republicana, com o surgimento da Lei das XII Tábuas, percebe-se a necessidade de pacificação, atendendo reclamos da plebe. Traz também normas sobre a família, mantendo o patriarcalismo em seu esplendor.

O Direito romano, originariamente, dirigia-se somente a seus cidadãos (*ius civile*) e era bastante apropriado. Porém, com o crescimento de Roma e sua transformação em Império, passou a ser insuficiente para uma cidade cosmopolita e centralizadora do comércio mundial. Havia necessidade de regulamentar as relações entre aqueles que não eram cidadãos romanos (*ius gentium*) entre si e com os cidadãos romanos. Surge aí a necessidade de agrupar as leis, nasce a idéia de compilação. Os costumes, que eram fonte primordial do Direito Romano, já não são suficientes, havendo necessidade de um corpo escrito de leis.¹⁰³

Bastante claro que, nesta fase de compilação, podendo ser citados, o Digesto, as Novelas, as Institutas, vislumbra-se o nascedouro da busca por segurança jurídica, que mais tarde seria o objetivo buscado pelas grandes codificações.

¹⁰² VENOSA, p. 301.

¹⁰³ Idem p. 308

Há que se ressaltar que Justiniano proibiu comentários a sua obra, idéia retomada por ocasião do surgimento dos primeiros códigos, quando se restringiu a atividade hermenêutica, pois tais codificações foram recebidas como palavras definitivas. A proteção de determinados institutos jurídicos, nos moldes pensados pelos detentores do poder, justificava tal postura.

No âmbito deste trabalho, cumpre apenas lembrar que, ainda que o Direito Romano, enquanto conjunto de regras e agentes aplicadores destas regras, tenha evoluído externa e internamente, a família teve nesse tempo uma única regulamentação. A família patriarcal, com todo o significado da expressão já mencionado neste trabalho, encontrou no Direito Romano seu apogeu.

Com a decadência do Império Romano, há um vácuo de poder. O Cristianismo, então já fortalecido e institucionalizado, e porque não dizer, universalizado, pois elevado à condição de religião do Império por Constantino, herdou principalmente o modo de governar romano e preencheu o vazio de poder, delegando conforme suas conveniências a autoridade aos príncipes e reis temporais. Interessa, neste particular, o desenvolvimento alcançado pelo Direito Canônico, principalmente no que diz respeito à regulamentação do casamento. Não se pode aqui deixar de mencionar que a Igreja Católica eleva, em dado momento histórico, o casamento à condição de sacramento. Com isso, toma o monopólio sobre qualquer legislação referente ao assunto e o torna indissolúvel.

Durante o período conhecido como Idade Média, a vida social se desenvolvia em torno da religião. Cultura, arte, ciência, enfim, todos os demais campos do intelecto humano ora serviam, ora eram limitados pela religião, pelas explicações divinas. Assim, sem adentrar na questão espiritual, é forçoso reconhecer que o cristianismo exerceu forte

influência na formação cultural ocidental. No que diz respeito à emolduração familiar, tal influência foi imensurável.

Em uma sociedade estratificada, os casamentos entre os nobres obedeciam a questões de conveniência, para obedecer às intrincadas regras de sucessão no poder. Entre os vassallos, o mandamento bíblico do “crescei e multiplicai-vos”, além do caráter pecaminoso impingido ao sexo, tornava o casamento muito mais uma obrigação do que uma opção de vida.

Indissolubilidade do vínculo, monogamia e predominância do homem, ainda que sem as mesmas características do “pater familias”, eram características da família de então. Os filhos tinham a função de suceder aos pais, e qualquer filho havido em relação adúltera ou fora do casamento, sofria as mais terríveis privações.

Destaque-se que nesse período, em virtude das particularidades do regime feudal, existem os direitos particulares, os estatutos de cada feudo, incorporando elementos do Direito Romano, sem esquecer a influência do Direito germânico. Em relação a este último, dada sua maior preocupação com o grupo, do que com a liberdade do indivíduo, temos uma família, embora ainda patriarcal com um pouco mais de igualdade entre seus componentes. Essa coexistência de manifestações legais demonstram que o pluralismo jurídico não é fenômeno novo.

O Direito dos Feudos, o Direito Romano, o germânico e o canônico serão a base do direito civil moderno.¹⁰⁴

¹⁰⁴ AMARAL, F. op. cit. p. 116

2.2.O DIREITO ESTATAL

A época histórica denominada renascimento, ainda que signifique um reavivamento de coisas já conhecidas, como primeiro passo rumo à visão do mundo que não seja unicamente religiosa, pouco significou para o desenvolvimento do Direito. Óbvio que sendo o Direito cultural e histórico, as mudanças deste período influenciaram visões futuras do fenômeno do Direito.

O florescimento comercial faz surgir à classe dos burgueses, que detendo o poder econômico, passam a ter o poder intelectual, pois foi esta classe que mantinha as primeiras universidades e para lá enviava seus filhos. A sociedade feudal já não corresponde mais às necessidades sociais. Os reclamos da burguesia por liberdade e igualdade, inexistentes numa sociedade estanque, começam a se tornar ruidosos.

Para esta classe, falta tomar o poder político, para então, criar mecanismos que garantam a igualdade de todos perante a lei e sua liberdade, sem interferência de terceiros. Temos, então, o nascedouro da idéia de Estado.

O Estado, como se conhece hoje, nasce já como uma tentativa de centralizar o poder, e assim, terminar com múltiplas ordens jurídicas. Todavia, nasce acompanhado do absolutismo, mantendo a divisão das classes. O Estado absolutista contribuiu para o enfraquecimento da nobreza.

Com a revolução francesa, entra em cena o Estado liberal, que deve ditar as regras de convivência, baseadas no liberalismo econômico. Ajudada pelo Iluminismo, a Revolução Francesa fortalece a noção de individualismo, de autonomia do agir.

Com um novo modelo social, há necessidade de um novo modelo de juridicidade. Para o Direito, esse momento histórico significou o estabelecimento de um padrão único,

produzido pelo Estado. Tal movimento era expresso pela “racionalidade lógico-formal centralizadora do Direito produzido unicamente pelo Estado e seus órgãos (doutrina do monismo jurídico), enquanto referencial normativo da moderna sociedade ocidental, a partir dos séculos XVII e XVIII.”¹⁰⁵

O instrumento utilizado para se configurar o monopólio estatal na produção do direito foi a codificação. Existia a intenção de fundar nova ordem social privada. De origem cultura e sujeitos às interferências sociais, os códigos nasciam traduzindo a visão jurídica de uma sociedade capitalista. Traziam no início também a vontade de que o Direito fosse reduzido à letra da lei. Como grandes representantes deste momento histórico, podem ser citados os Códigos Civis francês e alemão.

Neste momento histórico, mais uma vez a família se institucionaliza. O Direito protege a instituição, e não o sujeito. A indissolubilidade do casamento traz segurança jurídica. A monogamia, enquanto princípio, aliada às presunções de paternidade, garante a sucessão somente aos descendentes de sangue. A diferenciação dos filhos garante a paz no lar. A família merece proteção por si, enquanto prepara o sujeito para a sociedade, preserva o patrimônio e transmite aos mais novos o modelo de vida predominante.

2.3 A EVOLUÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO DE FAMÍLIA

O Direito Brasileiro, também sofre influências externas e internas em sua evolução. Assim, passaremos a focar nossa atenção, na evolução do Direito Brasileiro,

¹⁰⁵ WOLKMER, A. C. **Pluralismo jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito** São Paulo:alfa-omega:2001 p. 30.

especificamente o Direito de Família Brasileiro, tomando como base as Constituições Brasileiras, o Código Civil Brasileiro de 1916 analisando as mudanças ocorridas na legislação de família. Antes uma breve descrição de nosso direito pré-codificado.

O Direito enquanto ciência e criação humana é um todo. Sua divisão em áreas facilita a compreensão e aplicação. Assim, antes de se adentrar especificamente nas mudanças pelas quais passou nosso Direito de Família, tendo como ponto de partida o Código Civil de 1916, passando pela evolução axiológica representada pela Constituição Federal de 1988, far-se-á breve relato da evolução do Direito Brasileiro.

Não se pode falar em Direito Brasileiro se voltar-se ao início da história brasileira conhecida, pois enquanto colônia, o direito era o lusitano. Até que a colônia fosse organizada, não haviam normas escritas, prevaleciam os costumes. “Nos primeiros tempos de colônia, até 1531, data da expedição de Martin Afonso de Souza, o direito era o dos costumes e usos, no mais das vezes, a força física.”¹⁰⁶

A partir de 1631, começaram a vigorar as ordenações Filipinas, que permaneceram como regramento normativo de Direito Civil, além de outros campos, até a chegada do Código de 1916.

Nesse período, a regulamentação sobre família confundia-se com a regulamentação do casamento e era essencialmente canônica. “O Decreto de 03 de novembro de 1827 conferiu à nação brasileira o Direito matrimonial do Concílio de Trento na sua integralidade, reconhecendo e adotando formalmente a jurisdição canônica, a celebração e dissolução do casamento”.¹⁰⁷

¹⁰⁶ AMARAL, F. op. cit p. 126.

¹⁰⁷ GAMA, G. op. cit. p. 37.

Em 1890, com a separação da Igreja e do Estado, surge para os brasileiros o casamento civil. Pode-se dizer que se inicia o processo de secularização do casamento e da família.

Como já afirmado, o Direito acompanha as mudanças políticas, sociais e culturais. As ordenações já não mais conseguiam atender aos reclamos sociais de então. O caminho da codificação passou a ser perseguido também pelo Brasil. Entretanto, as tentativas de codificação da época do império fracassaram.

Por fim, é sancionada e promulgada a lei 3.071 de 1º janeiro de 1916, para entrar em vigor em 1º de janeiro de 1917.

O Brasil tinha um código civil. Como todo código tinha a pretensão de unificar o Direito, sacralizando a lei como vontade geral. O juiz era aplicador e não intérprete, não poderia existir autoridade maior que a lei.

Sendo a codificação criação da classe dominante burguesa, para que os códigos pudessem através das leis refletir e repetir seus valores, delegava-se ao Estado a produção legislativa, bem como exaltava o individualismo liberal. “A pretensão dos códigos, portanto, foi, a um só tempo, unificar no Estado toda a fonte do direito e ser um instrumento de garantia e afirmação da igualdade entre os homens.”¹⁰⁸

Era um código, e assim correspondia aos códigos de sua época. Do Direito português herdou a forte influência religiosa. Do Código Francês, trouxe os princípios do liberalismo das classes dominantes, herdando a estrutura do Código Alemão, o BGB. “Individualista por natureza, garantiu o direito de propriedade característico da estrutura

¹⁰⁸ RAMOS, **Família sem casamento...** p. 9.

político-social do país e assegurou ampla liberdade contratual, na forma mais pura do liberalismo econômico.”¹⁰⁹

O Brasil era, na época, sociedade eminentemente conservadora, cuja influência religiosa, nos assuntos familiares, era absoluta. Formada por senhores de terra, com predomínio dos cafeicultores, havendo pouco espaço de participação pública para as mulheres. Uma sociedade com economia fundamentada na atividade agrícola, com quase nenhuma industrialização.

Essa realidade aparece claramente ao longo do Código Civil de 1916, na forma como regulamenta seus institutos fundamentais, e de modo especial, o Direito de Família.

O Código Civil de 1916 era um código de sua época, elaborado a partir da realidade típica de uma sociedade colonial, traduzindo uma visão do mundo condicionado pela circunstância histórica, física e étnica em que se revela. Sendo a cristalização axiológica das idéias dominantes no seu tempo, principalmente nas classes superiores, reflete as concepções filosóficas dos grupos dominantes, detentores do poder político e social da época, por sua vez determinadas, ou condicionadas, pelos fatores econômicos, políticos e sociais.¹¹⁰

No Direito de Família, que tinha 305 artigos, consagrava-se a família patriarcal. Qualificava a família como legítima, desconhecendo qualquer união que não tivesse o laço matrimonial, sobressaindo-se a diferença no âmbito familiar entre homem e mulher, “que agasalhava o mais assimétrico tratamento de gêneros”¹¹¹

¹⁰⁹ AMARAL, op. cit. p. 131.

¹¹⁰ AMARAL, p. 131.

¹¹¹ LEITE, op. cit. p. 32.

Assim, o modelo de família imposto pelo Código Civil, muito cedo se revelou incompatível com a realidade social. A legislação ordinária foi a primeira a procurar se adequar a estas situações, ainda que timidamente.

Podem ser apontadas como leis ordinárias que tentaram dar ao Direito de Família pátrio, uma conformação mais adequada aos fatos, as seguintes: O Decreto-lei 1764/39 que criava a Comissão Nacional de Proteção à Família; Decreto-Lei 3.200/41; Decreto 9.701/46; Lei 883/49; Lei 1.110/50; Lei 4.121/62 merecendo destaque, pois pode ser considerado o primeiro passo para que se alcançasse a igualdade dos gêneros. Lei 5.478/68; Lei 6.515/77 que acolhe no Direito Brasileiro a possibilidade do Divórcio, admitindo assim o fim do vínculo matrimonial. Ainda que só em 1989 se tornasse possível o divórcio sem limitação de número, foi passo fundamental para que o pluralismo familiar encontrasse guarida no ordenamento pátrio.

A Lei 8.009/90, ainda que longe de efetivamente garantir um patrimônio efetivamente adequado às famílias, consegue pelo menos garantir o teto para que a família possa se abrigar. A Lei 8.089/90 que institui o E.C.A. cujos destinatários merecem especial proteção do Estado e da família, cumprindo ainda lembrar que tal lei obedece a mandamento constitucional, insculpido no art. 227. Lei 8.971/94 e Lei 9.278/96 que regulamentaram a chamada união estável e seus efeitos. O assunto será novamente abordado, mas aqui cumpre-se apenas salientar o paradoxo de regulamentar aquilo que nasceu para não ser regulamentado.

As leis ordinárias posteriores à Constituição Federal de 1988, tiveram o claro objetivo de amoldar o Código Civil à nova realidade constitucional. Tinha-se ainda a idéia de que o Código Civil ocupava lugar central na regulação das relações privadas, em

detrimento inclusive da Constituição. Basta lembrar que as leis 8.971/94 e 9.278/96 nasceram em virtude da insistência de alguns juízes em continuar decidindo questões sobre esta realidade, com base na súmula 380 do STF, sob a alegação de que as uniões estáveis não estavam regulamentadas no Código Civil ou lei extravagante.

Apesar de se ter analisado a evolução legislativa infraconstitucional em primeiro, isso não implica menosprezo pelo papel da constituição, da qual emanam os critérios de validade de qualquer norma abaixo dela. Assim, necessário um breve relato sobre a situação da família nas constituições pátrias.

A primeira vez que no Brasil uma Constituição fez menção à família foi exatamente na primeira constituição Brasileira (1824), entretanto, referia-se somente à família imperial e sobre sua manutenção, sob o aspecto financeiro. Na Constituição de 1891, releva em importância o estabelecimento do casamento civil, sendo que a inserção do artigo se deu em função da separação entre Estado e Igreja, consequência da proclamação da República. Há que se ressaltar que estas duas Constituições são marcadamente liberais e individualistas.¹¹²

A família passou a ter um capítulo especial na constituição a partir de 1934, sendo que ali foram tratadas regras sobre o casamento e estabelecia-se sua indissolubilidade. Neste passo, seguia tendência internacional de dedicar capítulos separados e dar maior importância às famílias, nas Constituições.¹¹³

Até a constituição de 1969 (Emenda 1/69), embora já com a regra de que a família merecia especial proteção do Estado, tem-se como regra a indissolubilidade do casamento e

¹¹² LÔBO, A **repersonalização...** p. 143.

¹¹³ PEREIRA, **Direito de Família. Uma...** p. 9.

a afirmação de que a família só se constitui através deste. Assim, todas as discriminações amparadas nesta regra, espalharam-se pelas normas infraconstitucionais.

Enfim, a Constituição de 1988, atenta aos reclamos sociais, fundada em princípios e elevando como fundamento à dignidade da pessoa humana, optou por se mostrar como uma tábua axiológica; assim, suas normas vêm fundadas em determinados valores que por sua efetividade devem encontrar guarida no mundo jurídico.

No que diz respeito à família, pode-se afirmar que a inclusão na legislação pátria do pluralismo familiar, foi seu grande feito, pois a partir daí decorrem as demais conseqüências. Assim, a partir de 1988, o casamento não é mais a única forma de se constituir família no Brasil. Não existe mais o conceito de família legítima, ou, um determinado grupo apresenta os requisitos identificadores da entidade familiar, ou, não é uma família.

Neste sentido, houve o rompimento com a premissa de que o casamento era o único instituto formador e legitimador da família brasileira, e do modelo de família hierarquizada, patriarcal, impessoal e, necessariamente, heterossexual, em que os interesses individuais cediam espaço à manutenção do vínculo. Esta Constituição trouxe, além de novos preceitos para as famílias, princípios norteadores e determinantes para a compreensão e legitimação de todas as formas de família.¹¹⁴

Nessa caminhada, a jurisprudência também teve papel de relevada importância. As diversas decisões reconhecendo direitos às pessoas que viviam fora da relação fundada no casamento foram pioneiras. Redundaram na famosa súmula 380 do STF, que, se hoje

¹¹⁴ PEREIRA, *Princípios fundamentais...* p. 165.

parece-nos absolutamente inadequada, mostra a preocupação dos juízes de então, com a injustificada e injusta exclusão causada pelo não reconhecimento de outras entidades familiares.

Não se pode entender que esteja-se efetuando uma travessia. Se está em uma caminhada. Se houve avanço doutrinário e alguns jurisprudenciais, a efetivação de todos os direitos fundamentais, garantidos na Constituição Federal, que são meios concretos de promover a dignidade da pessoa humana, especificamente no Brasil, com o reconhecimento das diversas entidades familiares, não se pode esquecer que ainda há muito por fazer. O problema não é mais de doutrina, mas de prática. Não é de justificação, mas de efetiva garantia. Há que se continuar nesta caminhada, superando o código, superando o individualismo, valorizando a ética.

2.4 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 COMO MARCO TEMPORAL LEGISLATIVO.

Certo é que a Constituição Federal de 1988, no que diz respeito à Família, de modo especial, pode ser definida como um divisor. Tem-se no ordenamento jurídico brasileiro, claramente, uma família anterior à Constituição Federal (ainda que a jurisprudência já viesse promovendo certos avanços na seara familiar) e uma família pós Constituição Federal de 1988.

Para se entender a importância jurídica e histórica deste acontecimento, tem-se que entender, primeiro, as mudanças pelas quais passou a Constituição e o próprio Direito Constitucional, especificamente o Direito Constitucional Brasileiro.

Quem se propuser a uma análise em profundidade da evolução constitucional do Brasil não terá dificuldade em distinguir três fases históricas perfeitamente identificáveis em relação aos valores políticos, jurídicos e ideológicos que tiveram influxo preponderante na obra de caracterização formal das instituições: a primeira, vinculada ao modelo constitucional francês e inglês do século XIX; a segunda, representando já uma ruptura, atada ao modelo norte americano e, finalmente, a terceira, em curso, em que se percebe, com toda a evidência, a presença de traços fundamentais presos ao constitucionalismo alemão do corrente século.¹¹⁵

Não se pode negar que a importância desempenhada pelas Constituições tem a ver com o tipo de Estado onde exercem sua influência. Assim, não podemos esquecer a evolução pela qual passou o Estado, na tríade Absolutista, Liberal e finalmente Social.

Constata-se que até meados do século XX, a Constituição não era considerada uma norma como as demais.¹¹⁶

A vitória política de uma classe, trazendo seus princípios ideológicos, fez surgir a expressão Direito Constitucional. Como fruto do Estado Liberal, tinha uma essência: a limitação do poder, mas não de todo o poder, senão o poder governamental. A constituição foi usada como instrumento de universalização, no sentido de que, a “Constituição de uma classe se transformava pela imputação dos liberais no conceito genérico de Constituição, de todas as classes.”¹¹⁷ O Direito Constitucional, como instrumento ideológico, já foi mantido em longa distância das reais necessidades do sujeito. Abrigava e protegia o

¹¹⁵ BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo Malheiros:2005 p. 361.

¹¹⁶ BARCELLOS, A. P. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro Renovar:2002 p. 14.

¹¹⁷ BONAVIDES, op. cit. p. 37.

exacerbado individualismo liberal, e regulamentava o funcionamento do Estado. Não se concedia normatividade às normas constitucionais, posto que dirigidas aos Poderes Constituídos. Buscava-se neste tipo de Direito Constitucional a maior proximidade com a teoria pura do Direito, ou contrariamente, buscava-se evitar qualquer ingerência valorativa, principalmente política em sua formulação.

A noção de Constituição Norte-Americana, já nesta fase, era que criava a contradição. Desde o início do século XIX, a Constituição já possuía o status de “norma jurídica suprema no âmbito do ordenamento.”¹¹⁸

Com a mudança do modelo de Estado, muda também o conceito de Direito Constitucional. Mudança lenta, gradual, movida por crises, que ainda espera pela real efetivação dos valores emergentes com o surgimento destas Constituições.

O primeiro passo foi a consolidação do entendimento de que as normas constitucionais, possuem hierarquia superior e dotadas de imperatividade. A partir da metade do século XX, as Constituições passam a positivizar valores na forma de opções políticas ou programas, criando normas obrigatórias, para que os detentores do poder, quaisquer que sejam, cumpram-nas.

Sob a forma de normas-princípios, os valores passaram a ser as idéias centrais das Cartas constitucionais (não apenas filosoficamente – como se esperava sempre tivessem sido – mas também juridicamente) e, a fortiori, dos Estados por elas organizados, independentemente do governo escolhido a cada momento.¹¹⁹

¹¹⁸ BARCELLOS, op. cit. p. 14.

¹¹⁹ BARCELLOS, p. 24.

Como já mencionado, o Direito Constitucional Brasileiro, também sofreu influências externas e internas, ditas pelos acontecimentos. Sua primeira fase, como não poderia deixar de ser, corresponde à necessidade de concentração do poder, já que a monarquia constitucional tentava na realidade dissimular o absolutismo. Com a primeira República, sendo a segunda fase, adota-se o modelo norte-americano, principalmente no que diz respeito ao federalismo e ao presidencialismo.

Somente a partir de 1934, emerge o Constitucionalismo do Estado Social. Inaugura-se um grande e instável período, já sobrelevando as influências do constitucionalismo alemão. O que marca esse tipo de constitucionalismo é o fato de serem disciplinados na lei fundamental os direitos e garantias que colocam o interesse coletivo sobre o estatal, a visão de sujeito acima da visão de indivíduo.

Sem deixar de levar em conta as influências e necessidades internas, principalmente o fim de um regime ditatorial militar, o texto da Constituição Federal de 1988 insere-se nesta história. Elege uma tábua de valores, tornando-os jurídicos, além de prever ações públicas e políticas que garantam sua efetividade. Esse tipo de constituição axiológica está intimamente ligado ao reconhecimento dos Direitos Fundamentais, considerados “o oxigênio das Constituições democráticas.”¹²⁰

O reconhecimento destes direitos, muito mais que impor limites à autoridade, cria a obrigação de ações concretas no sentido de sua efetivação.

Aqui é bom lembrar que o legislador constituinte de 1988 elegeu como fundamento do Estado brasileiro, o sujeito e sua dignidade. A colocação do sujeito como centro do ordenamento e a positivação de sua dignidade, que não precisa ser reconhecida, já

¹²⁰ BONAVIDES, op. cit. p. 375

que inata, trazem a base e fundamento para o reconhecimento das plurais formas de fundação de família.

Sem dúvidas que, no âmbito familiar, tais mudanças também se fizeram sentir. Igualdade entre os cônjuges, como necessária consequência do princípio maior da igualdade, não a formal, mas a material, não aquela perante a lei, mas garantida pela lei. Igualdade entre os filhos, cujos direitos decorrem única e exclusivamente da filiação, afastando-se exclusões de qualquer natureza. Garantia de liberdade à família, impedindo-se ingerências de qualquer natureza, permitindo-lhe resolver como será a vida familiar.

Inegável, entretanto, que com a absorção de outros valores essenciais à Constituição de 1988, o pluralismo familiar significa a grande mudança de paradigma no ordenamento brasileiro. Ainda que se preveja a conversão da União Estável em casamento, ainda que leis posteriores infraconstitucionais tentem promover o retrocesso, a família e o Direito de Família não são mais os mesmos após 1988.

Aberto está o caminho para a família plural, democrática, eudemonista que deve servir aos seus integrantes e não aprisioná-los.

Uma das expressões mais salientes do novo Direito de Família no Brasil está no ingresso jurídico de uma realidade emergente dos fatos. A família não era mais uma única definição no plano das relações sociais; agora passa a não mais sê-lo também no Direito. Apresenta-se, enfim, uma concepção sociológica plural.¹²¹

¹²¹ FACHIN, L. **Elementos críticos do Direito de Família**. p. 29.

2.5 A SUPERAÇÃO DO DIREITO PRIVADO CLÁSSICO NA PASSAGEM AO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL.

Viu-se anteriormente as origens do Direito Civil, cumpre-se aqui apenas relembrar a influência dos Direitos Romano, germânico, canônico e em nosso caso também o lusitano, na formação do nosso Direito privado.

Assim, como é cediço, os fenômenos de constitucionalização, Publicização e repersonalização atingem de modo direto o Direito de Família, aliás, pode-se dizer que o Direito de Família, foi dentro do Direito Civil, o ramo que mais sofreu as influências destas ondas de renovação. “O direito de família, como parte da codificação civil, sofreu essas vicissitudes em grau mais agudo.”¹²²

A influência destes fenômenos na legislação e nas relações privadas, está intimamente ligada a passagem do chamado Estado liberal, para o Estado Social.

O Direito Civil Brasileiro, representado, principalmente pelo Código Civil de 1916, exercia a função dos grandes códigos, protegia e explorava a liberdade.¹²³ Ocupava lugar central na regulamentação das relações privadas, sendo que a Constituição era percebida como lei de Direito Público. Era conhecido, e hoje alguns ainda insistem em assim enxergar o Direito Civil, como a “constituição do cidadão”, exercendo total primazia nas relações entre os particulares. Nestas relações, tinha mais força normativa que a própria Constituição.

¹²² LÔBO, P. L. N. Constitucionalização do Direito Civil. **Direito Civil Atualidades**. (Coord.) César Fiúza e outros. Belo Horizonte Del Rey:2003 p.204.

¹²³ Idem pág. 202.

Já se fez uma análise da história e sua influência, na família e no Direito. Cumpre aqui, apenas demonstrar as conseqüências de algumas destas mudanças no relacionamento entre Direito Civil e Constitucional.

O Estado Liberal utilizou-se dos códigos, do indivíduo reconhecido enquanto detentor de direitos, principalmente o da propriedade. Aquele indivíduo proprietário tem liberdade sobre sua propriedade. Valorizava-se a liberdade que, na realidade, era inexistente, dada à falta de igualdade real. “Trata-se de uma liberdade exercida no interior das relações de Direito Civil, entre sujeitos de direitos reputados iguais perante a lei – não se reconhecendo a devida relevância às desigualdades concretas.”¹²⁴

Os códigos liberais têm alto teor de abstração, onde o indivíduo é atomizado, sempre igual nas relações jurídicas, afastado da realidade da vida. O Direito privado é colocado à disposição deste indivíduo, devendo garantir o uso de sua liberdade e vedando qualquer interferência em suas relações. A divisão entre Direito Público e Direito Privado encontra adequada utilização, principalmente no sentido de que os dois campos não se encontrem, não se influenciem. O Estado deve respeitar e garantir a liberdade individual, enquanto os indivíduos devem atuar de acordo com as normas postas para garantir a paz social.

Daí surge o modelo da incomunicabilidade, que é uma resposta típica do século XIX ao fenômeno das fontes do Direito. O modelo da incomunicabilidade é fundamentalmente dicotômico, assentado naquela oposição de base entre a Sociedade Civil e o Estado, oposição que, no Brasil, adquirirá contornos particulares, diversos dos que marcaram a

¹²⁴ FACHIN, L. E. e RUZYK, C. E. P. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.**(Org.)Ingo Wolfgang Sarlet Porto Alegre: Livraria do Advogado,2003 p. 90.

dicotomia nos países da Europa Continental. Mas a dicotomia estará traduzida, por igual, na estatuição dos campos do Direito Privado e do Direito Público: um será o direito da sociedade civil, outro será o direito do Estado. E, como num espelho – onde os reflexos são pelo transversal – a dicotomia importará numa assimilação: livre é a pessoa proprietária, o sujeito proprietário: a liberdade será assimilada à propriedade.¹²⁵

Nesta ordem de idéias, o relacionamento entre Constituição e Código Civil era uma relação de hierarquia, sendo que a Constituição deveria servir apenas como ápice modelador da elaboração da legislação privada, devendo o Código Civil garantir a atividade privada, sem se importar com suas conseqüências, senão com a regulamentação desta atividade. “Os modelos de relações juridicamente relevantes não poderiam, porém, se ater às vicissitudes das relações fáticas. O mundo relevante para o Direito é reduzido, por essa via, a categorias gerais e abstratas.”¹²⁶

A constituição tem assim papel secundário, em verdadeira subversão da atividade hermenêutica, sendo utilizada apenas subsidiariamente.

Mostra-se de evidência intuitiva o equívoco de tal concepção, ainda hoje difusamente adotada no Brasil, que acaba por relegar a norma constitucional, situada no vértice do sistema, a elemento de integração subsidiário, aplicável apenas na ausência de norma ordinária específica e após terem sido frustradas as tentativas, pelo intérprete, de fazer uso da analogia e de regra consuetudinária. O entendimento mostra-se, no entanto, bastante coerente com a lógica do individualismo oitocentista, sendo indiscutível o papel predominante que o Código Civil desempenhava como referência normativa exclusiva no âmbito das relações de direito privado.¹²⁷

¹²⁵ COSTA, Judith Martins. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. **Constituição, Direitos fundamentais e direito privado.** (Org.) Ingo Wolfgang Sarlet Porto Alegre Livraria Advogado:2003 p. 66.

¹²⁶ FACHIN, L. E. e RUZIK, C. E. P. op. cit p. 93.

¹²⁷ TEPEDINO, G. Normas constitucionais e relações de direito Civil na experiência brasileira. **Temas de Direito Civil Tomo II** Rio de Janeiro Renovar:2006 p. 25.

2.5.1 A Constitucionalização, Publicização e Repersonalização do Direito Civil

Quando as Constituições, mais do que imporem limites ao poder, passaram a determinar ações no sentido de efetivar direitos ali garantidos, houve uma radical mudança na sua importância. Passou a ser considerada a lei das leis, onde as demais buscam aferição de validade e de efetividade. Insta salientar que tais mudanças não são tão recentes quanto parecem. Tal fenômeno começa a dar seus primeiros passos já com a Constituição de 1946. O Código Civil começa a perder sua primazia, seu papel de Constituição do direito privado.¹²⁸

Mesmo antes da Constituição de 1988, o Código Civil começa a mostrar sinais de inadequação entre o legislado e o vivido. Basta ver o grande uso de legislação extravagante em nosso país. Como dito anteriormente, as diversas leis infraconstitucionais que tentaram amoldar, ao longo do tempo, a realidade vivida pela sociedade e pelas famílias, ao que vinha legislado no Código sobre a família.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, esta ocupa finalmente o lugar que lhe é devido no ordenamento jurídico. Todas as demais leis devem dela retirar seu fundamento de validade, eficácia e aplicabilidade. Seus princípios e fundamentos devem nortear, doravante, tanto o legislador na elaboração, quanto os juízes na aplicação e interpretação das leis.

É disto que se cuida quando se usa a expressão constitucionalização do Direito, no caso específico, do Direito de Família.

¹²⁸ TEPEDINO, G. Premissas Metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. In **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro Renovar:2004 p.7.

Em primeiro lugar, cuida-se de um acerto de rumos. Pode-se até dizer que o Direito Civil de Família não mudou, mas, encontrou seu verdadeiro lugar, buscando exercer sua real função e principalmente busca a efetividade de suas regras, nos valores e princípios constitucionais.

Se a Constituição elege como fundamento a dignidade da pessoa humana e como princípios constitucionais a igualdade e a liberdade, nenhuma regulamentação infraconstitucional sobre família pode contrariar tais valores.

O que se busca é mais do que a mera validade das leis, mas uma real e efetiva interpretação do Código Civil segundo a Constituição. Os princípios constitucionais, que não se confundem com os princípios gerais de direito, devem permear a legislação familiar e principalmente as decisões judiciais sobre família. Tal postura independe da existência de legislação casuística, sendo suficiente a técnica da legislação por cláusulas gerais, usadas em nosso ordenamento, não só na Constituição, como no Código Civil e em leis extravagantes.

Vale dizer que, efetivar a Constitucionalização, ou buscar o Direito Civil Constitucional, significa que as relações pessoais devem ser regulamentadas de modo a garantir a dignidade do sujeito, sua liberdade e buscar por todos os meios garantir a igualdade, conforme indica nossa Constituição.

A Constituição Federal de 1988, num único dispositivo, espancou séculos de hipocrisia e preconceito. Instaurou a igualdade entre o homem e a mulher e esgarçou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros. Estendeu igual proteção à família constituída pelo casamento, bem como à união estável entre homem e a mulher e à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Consagrou a igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-lhes os

mesmos direitos e qualificações. Essas profundas modificações acabaram derogando inúmeros dispositivos da legislação então em vigor, por não recepcionados pelo novo sistema jurídico. Após a Constituição Federal, o Código Civil perdeu o papel de lei fundamental do direito de família.¹²⁹

Com os resultados obtidos com o mito da igualdade formal, fundada na abstração individualista liberal, a idéia de que os Direitos Fundamentais “não são apenas liberdades negativas exercidas contra o Estado”¹³⁰, há necessidade da diluição dos conceitos de público e privado. As normas constitucionais e seus princípios são “vinculantes e de caráter normativo”.¹³¹

Não se deve atribuir à chamada constitucionalização a simples inversão de topografia das garantias, pois a expressão, a superação que se busca, têm maior significado.

Do legislador, exige-se produção compatível com os princípios e programas constitucionais, e do intérprete exige-se “uma leitura da lei civil conforme o texto constitucional, postulado cada vez mais acatado entre os constitucionalistas.”¹³²

Há que se advertir também que não se deve simplesmente substituir o Código Civil, pela Constituição. Teríamos a troca de um modelo por outro, o que não seria suficiente para efetivar os direitos fundamentais, que são meios para garantir a dignidade humana.

Não basta, por certo, pelo simples desvio do enfoque de modelos codificados para modelos constitucionalizados. O que se deve é examinar as possibilidades concretas de que o Direito Civil atenda a uma racionalidade emancipatória da pessoa humana que não

¹²⁹ DIAS, op. cit. p. 27

¹³⁰ FACHIN, L. E. e RUZYK C. E. P., op. cit. p. 98

¹³¹ FACHIN, L. E. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro Renovar:2000 p. 33.

¹³² TEPEDINO, **Normas Constitucionais...** p. 41.

se esgote no texto positivado, mas que permita, na porosidade de um sistema aberto, proteger o sujeito de necessidades em suas relações concretas, independente da existência de modelos jurídicos. O modelo é instrumento, e não um fim em si mesmo. Por isso, ele não deve esgotar as possibilidades do jurídico, sob pena de o direito se afastar cada vez mais das demandas impostas pela realidade dos fatos.¹³³

Não se deve confundir Constitucionalização, com publicização. São fenômenos diferentes. Vimos que a dicotomia entre público e privado serviu apenas para criar a abstração individualista necessária aos anseios liberais. Assim, não haveria necessidade de se definir se o Direito de Família pertence ao Direito Público ou privado.

A par desta discussão, tem-se que o Direito de Família está inserido no Código Civil, portanto, inegavelmente é Direito Privado. Indesmentível também que o Direito de Família, em virtude da importância desta para toda a sociedade, tem um elevado número de normas de ordem pública, imperativas, cogentes. Tratam-se daquelas normas que não podem ser objeto de disposição ou transação entre as partes.

Entende-se por publicização uma interferência maior do Estado nas relações privadas, aquelas que deveriam ficar ao livre exercício da autonomia das partes. Com a elevada incidência normas de ordem pública, as chamadas normas cogentes, a interferir nestas relações, percebe-se claramente o Estado regulando as ações particulares.

Se tal fenômeno, à primeira vista, pode parecer adequado em alguns ramos do Direito Civil, mormente o campo contratual, sua pertinência é no mínimo duvidosa no Direito de Família.

¹³³ FACHIN, L. E. e RUZYK, C. E. P.. op cit p. 102

Em suma, para fazer sentido a publicização deve ser entendida como o processo de intervenção legislativa infraconstitucional, ao passo que a constitucionalização tem por fito submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos. Enquanto o primeiro fenômeno é de discutível pertinência, o segundo é imprescindível para a compreensão do moderno direito civil.¹³⁴

Como já se disse, a publicização acompanha a mudança do Estado liberal para o social. Existe no sentido de superar o individualismo e a visão de que o exercício da liberdade era ilimitado. Busca o Estado, interferindo nas relações privadas, evitar o abuso de direitos, a prevalência do mais forte. Entretanto, este deve o ser o limite intransponível da interferência estatal nas relações privadas. Deve se ater a buscar a equidade e preservar a dignidade do homem, enquanto não apenas proprietário, mas pleno sujeito de direitos e deveres.

Não há nada mais pessoal do que a decisão de formar uma família. Nada que toque a pessoa mais de perto que a alternância inevitável dos bons e maus momentos dessa fundamental convivência familiar. Tendo como seu principal requisito caracterizador o afeto, como interferir em relações que têm como fundamento, um significante tão diverso daqueles que sustentam o Direito Civil, propriedade, contrato e projeto parental?

Aliás, não se pode conceber nada mais privado, mais profundamente humano do que a família, em cujo seio o homem nasce, vive, ama, sofre e morre. Assim, a pretensão de deslocar a família do direito privado representa um contrasenso, pois prepara o terreno para um intervencionismo intolerável do Estado na vida íntima.¹³⁵

¹³⁴ LÔBO, P. L. N. Constitucionalização do Direito Civil. **Revista de Informação Legislativa**. a. 36 n. 141 jan/mar:1999 p. 101

¹³⁵ DIAS, op. cit. p. 32.

A existência da multiplicidade de formas para se fundar uma família, deixa claro que o intervencionismo estatal vem sendo repudiado. Ao Estado compete apenas tutelar os interesses dos membros constituidores da família, e a esta oferecer as garantias necessárias para que desempenhe sua função de centro formador do sujeito. Tanto é inadequada a interferência estatal no âmbito das relações familiares, já que permeadas pelo afeto e pelos desejos, que por sua natureza são infensos à regulamentação, que se elencou como princípio fundamental norteador do Direito de família, a menor intervenção estatal.¹³⁶ Assim, “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.”¹³⁷

Porém, sempre respeitando o intransponível limite das decisões privadas em âmbito familiar, existem situações onde o interesse público sobreleva, devendo tais situações ser subtraídas da decisão exclusiva da família. Como exemplos destas situações, cita Netto Lobo, as seguintes: a) É de interesse público a alfabetização e educação básica das crianças; b) A política populacional, pois, ainda que livre o planejamento familiar, o Estado pode realizar planejamento global, com campanhas sobre paternidade responsável, por exemplo; c) a eliminação da violência nas famílias é de interesse público.¹³⁸

Assim, sempre que para defender o sujeito de situações degradantes e que atentem contra sua dignidade, não só pode como deve o Estado intervir. No mais, tendo como fundamental o direito do sujeito em fundar e permanecer em uma família, que vai se

¹³⁶ PEREIRA, **Princípios fundamentais...** p. 152.

¹³⁷ Idem p. 157

¹³⁸ LÔBO, P. **A repersonalização...** p. 142

originar da maneira como quiserem seus componentes, o Estado deve única e tão somente tutelar a existência do núcleo convivencial afetivo.

O Direito Civil positivado, principalmente através dos grandes códigos, traduzia o projeto jurídico do liberalismo. Protegia-se o indivíduo proprietário, cercando a propriedade das mais fortes garantias jurídicas. Garantir a propriedade era garantir a liberdade. O titular de direitos era mais valorizado que o sujeito de direitos. A liberdade individual não conhecia nenhuma restrição, nem mesmo a responsabilidade social.

Não é de se estranhar que o Código de 1916, no livro que tratava do Direito de família, tivesse muito mais artigos de conteúdo patrimonial do que pessoal.

Aliás, a par de algumas conquistas do novo Código, nem ele nem o anterior trazem, nos artigos referentes ao Direito de Família, uma única menção expressa ao afeto, ao amor. Tais sentimentos são retirados do Direito de Família pela natureza da família e pela adequada hermenêutica deste campo do Direito Civil.

No Código Civil de 2002 tem-se, pelo menos naquela parte dedicada ao Direito Pessoal, bem menos artigos com conteúdo patrimonializante. Não se pode esquecer que, das relações familiares, decorrem efeitos patrimoniais. Entretanto, elas não podem ser determinantes para não desnaturar a função da família como espaço de realização da dignidade humana.¹³⁹

Essa despatrimonialização, aliada à busca de interpretação de acordo com os ditames constitucionais, leva ao conceito de repersonalização do Direito de Família. “De início a extrapatrimonialidade. O que avulta nas relações de Direito de Família não é o

¹³⁹ LÔBO, **A repersonalização...** p. 149.

patrimônio, não é o quantificar economicamente. O estatuto jurídico pessoal acima e antes do estatuto jurídico patrimonial.”¹⁴⁰

Não é demais destacar que todo o Direito Civil deve ser repersonalizado, no sentido de seus fundamentos a saber, propriedade, contrato e família, devem ser funcionalizados e justificar sua existência enquanto instrumentos da plena realização da dignidade do homem. O ser humano deve ser o fim último, o centro de todo e qualquer ordenamento jurídico.

Não se pretende, entretanto, um retorno ao individualismo típico da doutrina liberal. Nela, a propriedade é que era valor primordial de realização do ser. A família seguia esse padrão, bastando lembrar-se das regras de sucessão.

O desafio proposto é a máxima efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, enxergando-se o ser em toda sua plenitude, e não somente como sujeito/titular de uma relação jurídica. Deve-se restaurar a primazia da pessoa, é adequar o direito à realidade, essa mudança é inevitável.¹⁴¹

Enquanto laço cultural a envolver a procriação, a família é local onde os papéis (pai, mãe, filho) fundamentais à nossa formação são desempenhados. É local onde se consegue o descanso e a noção de pessoa, tão negados pela sociedade de massa. É um direito fundamental pertencer a esse espaço. E a regulamentação jurídica das relações familiares deve favorecer este direito ao sujeito. A família deve cumprir essa função.

O desafio que se coloca ao jurista e ao direito é a capacidade de ver a pessoa humana em toda a sua dimensão ontológica e não como simples e abstrato sujeito de relação jurídica.

¹⁴⁰ FACHIN, L. **Elementos críticos do direito de família**. p. 53.

¹⁴¹ LÔBO, P. **A repersonalização...** p. 152.

A pessoa humana deve ser colocada como centro das destinações jurídicas, valorando-se o ser e não o ter, isto é, sendo medida da propriedade, que passa a ter função complementar.¹⁴²

Assim, o Direito de Família deve buscar sua validade e sua máxima efetividade nos princípios constitucionais, deve intervir diretamente nos assuntos efetivamente de interesse público, mantendo nas mãos dos integrantes do núcleo familiar tudo aquilo que diz respeito única e tão somente à busca pessoal de realização e felicidade.

E, finalmente, regulamentar a família, de modo a preservar a qualidade das relações pessoais, afastando qualquer discriminação, reprimindo opressões e violência, valorizando o vínculo afetivo como amálgama essencial deste grupamento, garantindo que a família cumpra sua função e sirva ao pleno desenvolvimento do sujeito, e não o contrário. Aí sim, pode-se dizer que o ser humano é o destinatário final e centro do ordenamento jurídico civil-constitucional das famílias.¹⁴³

Constitucionalizar, publicizar e repersonalizar são facetas de uma mesma caminhada, que se traduz na superação de um direito civil clássico, fundado na igualdade formal, que preservava a liberdade patrimonial. A caminhada rumo a um Direito Civil que atente para a vida concreta, para as necessidades das pessoas, sendo instrumento de inclusão, é o que se busca. Não se admitem normas que excluam entidades familiares, simplesmente ante a inexistência de modelos. Seria negar ao sujeito a possibilidade de pertencer a uma família, seria negar-lhe uma das formas mais importantes de sua estruturação, seria negar-lhe cidadania, enfim, negar-lhe dignidade.

¹⁴² LOBO, A **repersonalização...** p.152

¹⁴³ DIAS, op. cit. p. 25.

Quando o centro do ordenamento passa a ser a pessoa humana dotada de dignidade, e não o patrimônio, cuja proteção é assegurada por meio de um sistema formado por conceitos e modelos abstratos, essa racionalidade não-sistêmica se torna possível: é possível uma abertura para a concretude da vida.¹⁴⁴

¹⁴⁴ FACHIN, L. E. e RUZYK, C. E. P.. op cit p.97.

3. FAMÍLIA, SUJEITO E CIDADANIA

Ao longo do trabalho, tentou-se deixar claro a importância da convivência familiar. Entretanto, não se pode deixar de ressaltar o lugar hoje ocupado pelo sujeito de direitos, embasado na noção Kantiana de dignidade humana, noção esta ampliada nos atuais Estados sociais democráticos de direito, sendo que a realização desta dignidade é fundamento de nossa República. Assim, o sujeito está acima da família. É livre para vincular-se, é livre para romper um relacionamento onde não mais exista afeto. Os sujeitos são livres para constituir uma família da maneira como bem entendam, e dar a ela o rumo mais adequado no cumprimento de sua função como local de formação e amparo.

Não se concebe mais a proteção à instituição jurídica família, acima da proteção dos interesses daqueles que a integram.

Inegável a importância da família na formação do sujeito. Os lugares de pai e mãe devem ser devidamente ocupados, independentemente de vínculo biológico, para uma satisfatória estruturação psíquica.¹⁴⁵

Não só em nossa estruturação, mas na evolução diária que devemos buscar enquanto sujeitos, a necessidade deste centro de encontro, de refúgio e de afeto, ganha ares de direito fundamental. A família igualitária, democrática, livre e permitindo a liberdade de seus membros, merece proteção, porque assim, assegura-se ao sujeito o essencial exercício de dar e receber afeição.

Pode-se dizer assim que, baseados no fundamental valor da dignidade da pessoa humana, direitos humanos, direitos fundamentais e vida familiar se entrelaçam.¹⁴⁶

¹⁴⁵ PEREIRA, R. **Direito de Família. Uma...** p. 14

¹⁴⁶ GROENINGA,. **O direito a ser...** p. 95.

Todos estão vinculados pelo nascimento a uma modalidade de vida familiar. Constituir ou não uma nova família, sem se assujeitar a padrões jurídicos pré-determinados, é um ato de liberdade.

Assim, pertencer a uma família que se desenvolva de forma saudável, respeitando o sujeito em sua plenitude, é uma das formas mais eficazes de transformar-se em cidadãos plenos.

A teoria dos direitos fundamentais, deixando para depois a análise se o termo é sinônimo de direitos humanos ou não, está umbilicalmente ligada ao Estado Social democrático e a noção de liberdade, sendo considerados como meios de se efetivar o princípio maior, que é o da dignidade da pessoa humana.

O Direito de família é o mais humano de todos os ramos do direito. Em razão disso, e também pelo sentido ideológico e histórico das exclusões, é que se torna imperativo pensar o Direito de Família na contemporaneidade com a ajuda e pelo ângulo dos Direitos Humanos, cujas bases e ingredientes estão, também, diretamente relacionados à noção de cidadania.¹⁴⁷

Dentro do Direito de Família, o mais fundamental direito é o direito à família¹⁴⁸. Inegável ser ela a célula básica da sociedade e modelo de todas as outras organizações e instituições sociais.¹⁴⁹

¹⁴⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, direitos humanos, Psicanálise e inclusão social. **In Direito de Família e psicanálise. Rumo a uma nova epistemologia.** (Coord.) Giselle Câmara Groeninga e Rodrigo da Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Imago, 2003 p. 156.

¹⁴⁸ BARROS, S. R. Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais **In Direito de Família e psicanálise. Rumo a uma nova epistemologia.** (Coord.) Giselle Câmara Groeninga e Rodrigo da Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Imago, 2003 p. 147.

¹⁴⁹ GROENINGA, **O direito a ser...** p. 97.

No exato preenchimento das funções que se deve bem desempenhar dentro do laço familiar, que independe de qualquer ligação biológica ou mesmo jurídica, mas antes de tudo, da intenção e da vontade de preencher essa função, a troca de experiências, a ajuda mútua, a superação dos maus momentos, a cooperação material, enfim, na troca de sentimentos que efetivamente garantem a posição de ser humano, reside a fundamentalidade do direito à família.

Aí se evidenciam os desafios que reclamam um novo olhar para o Direito de Família, voltado para a efetividade material dos direitos fundamentais, assentados na dimensão pessoal, superando a conotação patrimonializada das relações familiares.¹⁵⁰

O afeto visto como o elemento caracterizador da entidade familiar, e o direito à família como o principal direito, dentro do direito de família, não pode, pois, haver limitação no reconhecimento das entidades familiares, no sentido de não dar efetividade jurídica àquelas formações não elencadas no art. 226 da CF, o que seria portanto, negar cidadania, excluir. Não se efetiva o princípio da igualdade senão através do respeito às diferenças. “Cidadania significa não-exclusão. É, portanto, a inserção das várias representações sociais da família, da valorização do Sujeito de Direito em seu sentido mais profundo e ético. É a inclusão e a consideração das diferenças como imperativo da democracia.”¹⁵¹

Não basta reconhecer o homem como sujeito de direitos, é preciso lhe garantir o exercício destes direitos, de modo que possa usufruir de tudo aquilo que em âmbito social, cultural, econômico é produzido, para que o conceito de cidadão não fique limitado àquele

¹⁵⁰ FACHIN, R. op. cit. p.144.

¹⁵¹ PEREIRA, **Família, Direitos Humanos...** p. 156.

de poder votar e ser votado, mas alcance sua plenitude, que tem a ver com o gozo dos direitos necessários à manutenção da dignidade.

Neste sentido, dada sua função formadora e restauradora, garantir o pertencer a uma família, local de solidariedade e liberdade, é garantir a eficácia daquele que talvez seja o mais fundamental dos direitos dentro do direito de família.

3.1 CONSEQÜÊNCIAS JURÍDICAS DE INTEGRAR UMA FAMÍLIA.

Denominar um grupo humano como família ou não, vai além de uma simples questão de nomenclatura. Diga-se apenas de passagem que, após a Constituição Federal de 1988, perdeu o sentido a expressão família ilegítima. Ou um determinado grupo é família, ou não. Cumpre apenas lembrar que o principal requisito caracterizador da entidade familiar é o afeto originado no objetivo de se construir uma vida em comum.

As relações familiares fundamentadas na Constituição Federal e no Código Civil, geram muitos efeitos.

O principal deles, conforme já dito acima, e agora melhor explicitado, é o direito à família, que está intimamente ligado ao direito ao afeto. Integrar uma família, receber e dar afeto são direitos estreitamente unidos à personalidade, dada sua importância na estruturação psíquica que, em última análise, tem a ver com a formação enquanto sujeitos.

Basta ver a adoção do afeto como valor jurídico, a liberdade em constituir ou não família, casar e descasar-se, a prevalência em caso de conflito da paternidade sócio-afetiva sobre a biológica, o instituto da adoção, como exemplos de institutos jurídicos que visam melhorar as relações pessoais dentro da entidade familiar.

Ainda dentro das questões pessoais, podemos citar o direito ao nome, tanto nas relações conjugais ou convivenciais, como nas de filiação, já que o nome é direito da personalidade, identifica, individualiza, mostra as origens.

Tomando aqui o conceito de família que une também os parentes colaterais, nos exatos termos do Código Civil brasileiro, vêm-se ali elencados direitos e deveres diretamente nascidos da necessária solidariedade familiar. Neste momento, sem passar por perto da questão alimentar, basta ver os institutos da tutela e da curatela, que a par de ainda possuírem elevado espírito patrimonializante, têm como legitimados a exercer estas funções, pessoas ligadas por laços familiares.

Indubitável que as relações pessoais e as questões afetivas são a essência de qualquer convivência familiar. A busca de felicidade, o dar e receber amor, são fundamentais na decisão de se formar uma família, adotar, conviver.

Entretanto, inegável que destas relações familiares nascem direitos e efeitos de cunho patrimonial, que embora não sejam os mais importantes, ocupam lugar de destaque, primeiro na manutenção da família enquanto grupo, depois, havendo necessidade de divisão, para evitar injustiças ou enriquecimento ilícito por quem quer que seja.

Assim, tem-se a proteção que se dá ao imóvel que serve de residência a uma família. O bem de família, como proteção ao lar, remete às idades antigas, citadas por Coulanges, onde o lar era sagrado e inviolável como local de culto. Tal noção continua presente. A intimidade da família sob o aspecto pessoal é inviolável, e garantir o espaço físico onde essa intimidade possa ser usufruída é garantir o local de manutenção do elo e da dignidade pessoal e coletiva dos integrantes do ente familiar. Um grupo que não seja família não receberá esta proteção.

Originado, mantido e assegurado pelo afeto, o lar é o recinto basilar da família. Para ele a família converge. Nele a família convive. Pelo que – amplamente considerado em todos os seus aspectos: o físico, o social, o econômico e o psíquico – o direito ao lar se associa aos demais direitos operacionais da família.¹⁵²

Ainda nesta garantia do local físico para a convivência familiar, pode-se citar a possibilidade de que marido e mulher, ou companheiros, possam juntar rendas para fins de financiamento habitacional. Aqui já se demonstra a necessidade de reconhecimento de outras entidades familiares.

O afeto qualificado pelo objetivo de vida comum é fundamental na caracterização da entidade familiar. Nessa vida comum, por vezes existe a conjugação de esforços na aquisição de patrimônio comum, pois a par da supremacia do ser sobre o ter, não se pode negar o fato de que “a existência humana digna é um imperativo ético que se projeta para o Direito na defesa de um patrimônio mínimo”.¹⁵³ A vida em comum pode deixar de existir, devendo deixar de existir também o patrimônio comum, porventura construído. Neste particular, também se percebe a injustificável exclusão ocasionada pelo não reconhecimento de outras formas de entidades familiares, que não aquelas elencadas a título de exemplo, no art. 226 da CF.

Nesta esteira de raciocínio, não se pode deixar de tocar na questão dos efeitos sucessórios. A sucessão ocorre em situações nascidas de casamento ou união estável e parentesco, abstraindo a sucessão testamentária. Talvez aqui se tenha uma menor exclusão, pois os colaterais até 4º herdam; entretanto, o novo Código trouxe inconstitucional

¹⁵² BARROS, **Direitos humanos...** p. 148.

¹⁵³ FACHIN, L. E. **Estatuto jurídico do Patrimônio Mínimo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006 p. 1.

diferenciação entre casados e conviventes e as uniões homoafetivas ainda dependem da jurisprudência.

Não se pode ainda olvidar de direitos processuais, tais como substituições e sucessões, além de suspeições existentes em virtude de parentesco, existindo ainda efeitos previdenciários e tributários.

Na esfera eleitoral, há algumas limitações que se aplicam em virtude da conjugalidade ou parentesco.

Fundado na solidariedade familiar, não se pode aqui deixar de mencionar a questão dos alimentos. Estes decorrem de relações familiares e vêm fundamentados nos pressupostos da necessidade e da capacidade. Sem se adentrar aqui na questão se deve ou não alargar o rol dos obrigados aos alimentos na linha colateral, é indubitável a responsabilidade e o direito, que cada um tem, de ajudar e ser ajudado, por aqueles que são mais próximos; afinal, a liberdade de exprimir afeto, leva à responsabilidades em relação aos sujeitos com os quais efetuamos essas trocas.

Assim, lembrando o princípio da pluralidade das formas de família, procura-se aqui deixar claro que, pertencer a uma família é muito mais que uma questão semântica, pois tem relevantes, sérios e duradouros efeitos jurídicos. Alguns dos elencados acima, só nascem das relações familiares, não se originam em uma sociedade, um clube, uma república.

Tendo como principal elemento caracterizador o afeto, e como principal função a estruturação do sujeito, garantindo a este um lugar de troca de afeição, o integrar uma família é dos mais fundamentais direitos da personalidade de cada uma das pessoas.

Muito antes de todos esses direitos operacionais do direito fundamental à família – e tanto enlaçando quanto recobrando a todos eles com o manto da ternura e do carinho, da dedicação e do empenho, do compromisso e da responsabilidade para com as pessoas a quem se cativa – vem o direito mais imprescindível à saúde física e psíquica, à estabilidade econômica e social e ao desenvolvimento material e cultural da família e do seu lar: o direito ao afeto, cuja máxima expressão é o direito ao amor.¹⁵⁴

Este direito, primordial e antecedente aos demais direitos, não pode, entretanto, negar ou subestimar a necessidade dos demais. Trata-se de uma questão de primazia. Assim, ancorados nos direitos pessoais da família, os demais de cunho patrimonial, processual e etc., vêm garantir aos integrantes da entidade familiar, a necessária independência para manutenção da dignidade, diferenciando a entidade familiar, pelos efeitos que gera, das demais organizações ou grupamentos humanos. “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.”¹⁵⁵

Levando-se em conta, primordialmente, os aspectos pessoais das relações familiares, sem, entretanto, esquecer-se de seus demais efeitos, o próximo passo é enfrentar a questão de que, pertencer a uma família, formar uma família sem pré-definição de modelo, está intimamente ligado ao direito à intimidade, portanto, deve ser entendido, objetivado e respeitado, pelo Estado e pelos particulares, como direito fundamental, gozando de todas as garantias que os demais direitos desta natureza tem.

¹⁵⁴ BARROS, **Direitos humanos...** p. 149.

¹⁵⁵ LOBO, **A repersonalização...** p. 149.

3.2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Ao longo deste estudo, tem se tentado fazer a travessia do direito privado clássico para um direito de família constitucionalizado. Tem se tentado operar a inversão do direito de família, como campo do direito civil, para o campo dos direitos fundamentais.

Pluralismo, cidadania, igualdade e direitos fundamentais, têm intrínseca relação com o princípio da dignidade humana, o que torna imprescindível neste momento, uma análise do significado e alcance deste princípio.

Por sua vez, passando a centrar a nossa atenção na dignidade da pessoa humana, desde logo há de se destacar que a íntima e, por assim dizer, indissociável – embora altamente complexa diversificada – vinculação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais já constitui por certo, um dos postulados nos quais se assenta o direito constitucional contemporâneo.¹⁵⁶

Ainda que hoje se tenha uma noção bastante arraigada da dignidade como intrínseca ao ser humano, trata-se de um conceito, e como todo conceito foi construído ao longo da história.

Na antigüidade clássica, a dignidade era ligada a status social. Assim, ter-se-iam pessoas mais e menos dignas. Já no pensamento estoíco, especialmente em relação a Roma, começa a surgir uma noção de dignidade inerente ao ser humano, ainda que trazendo uma faceta de dignidade sociopolítica.¹⁵⁷

¹⁵⁶ SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004 p. 25.

¹⁵⁷ Idem p 30.

Não se pode atribuir à religião cristã a paternidade do conceito de dignidade da pessoa humana. Entretanto, é inegável que desde o Antigo Testamento se encontram elementos que conferem ao ser humano uma dignidade própria. Não se deve esquecer que era uma dignidade ligada ao fato de o homem ter sido criado à imagem e semelhança de Deus, assim, uma dignidade exterior, transcendental, mas, já uma dignidade que atingia a todos os seres humanos.

Já na renascença, há uma tentativa, ainda que tímida, de se desvincular a idéia da dignidade da idéia de imagem e semelhanças divinas, tornando-a mais humana. O humanista Pico Della Mirandola, atribui ao homem a capacidade de escolha, adicionando racionalidade ao conceito de dignidade.¹⁵⁸

Durante os séculos XVII e XVIII, o conceito de dignidade da pessoa humana passa por um processo de buscar maior proximidade com a racionalidade, afastando-se do religioso e do divino.

Entretanto, “é com Kant que, de certo modo, se completa o processo de secularização da dignidade, que, de vez por todas, abandonou suas vestes sacrais.”¹⁵⁹

Estabelecendo o imperativo categórico de comportamento ético, tem-se que o homem é um bem, e a dignidade o valor, valor este supremo, que impede qualquer utilização do homem, como meio para se atingir qualquer fim, já que ele homem, é fim em si mesmo. Assim, fazendo uso das palavras do próprio Kant:

¹⁵⁸ MIRANDOLA, G. P. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Edição Bilíngüe. Trad. Maria de Lurdes Sirgado Ganho Edições 70:1989 págs. 52-3.

¹⁵⁹ SARLET, op. cit p. 32.

No reino dos fins, tudo tem ou um preço, ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.

O que diz respeito às inclinações e necessidades do homem tem um preço comercial; o que, sem supor uma necessidade, se conforma a certo gosto, digamos, a uma satisfação produzida pelo simples jogo, sem finalidade alguma, de nossas faculdades [affektionspreis]; mas o que se faz condição para alguma coisa que seja fim em si mesma, isso não tem valor relativo ou preço, mas um valor interno, e isso quer dizer, dignidade.

160

Entretanto, o conceito de dignidade da pessoa humana deve se afastar daquele centrado na “dignidade como autonomia individual, fundada na concepção insular da pessoa humana”.¹⁶¹

O individualismo liberal, centrado na abstração do sujeito de uma relação jurídica, levou a que, os que não possuam patrimônio, portanto sem igualdade, desfalcados também de liberdade, viessem a ter sua dignidade aviltada por outros particulares. Claro que tal idéia de dignidade não atende aos reclamos de um Estado Democrático, que tenha como centro de seu ordenamento jurídico o sujeito de necessidades.

Se cada um tem sua inatacável dignidade, isso vale para qualquer outra pessoa. O reconhecimento do outro e de suas necessidades é vital para a noção de dignidade. Não existe dignidade sem alteridade. A dignidade da pessoa humana que se busca construir e alcançar é aquela fundada na ética da vida. Apenas para não se afastar do fio condutor deste

¹⁶⁰ KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach São Paulo: Martin Claret, 2002 p. 65.

¹⁶¹ AZEVEDO, A. J. Réquiem para uma certa dignidade da pessoa humana. **Família e cidadania. O Novo CCB e a vacatio legis. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família**. IBDFAM/OAB-MG:2002 p. 334.

estudo, no âmbito das relações familiares, trata-se da dignidade fundada na ética do afeto, ou do amor.

Importante salientar que a dignidade existe independentemente do reconhecimento jurídico. Ela é anterior ao Direito, entretanto, ultrapassando a distinção entre público e privado, buscando nos princípios sua sustentação, o direito será forte instrumento de sua efetiva realização.

Assim, vale lembrar que a dignidade evidentemente não existe apenas onde é reconhecida pelo Direito e na medida que este a reconhece, já que constitui dado prévio, no sentido de preexistente e anterior a toda experiência especulativa. Todavia, importa não olvidar que o Direito poderá exercer papel crucial na sua proteção e promoção, não sendo, portanto, completamente sem fundamento que se sustentou até mesmo a desnecessidade de uma definição jurídica da dignidade da pessoa humana, na medida em que, em última análise, se cuida do valor próprio, da natureza do ser humano como tal.¹⁶²

Não se pode esquecer que “a utilização da expressão dignidade da pessoa humana no mundo do direito é fato histórico recente.”¹⁶³ Não se vai aqui traçar a questão histórica do caminho percorrido pela dignidade até atingir o patamar de norma jurídica, princípio e valor, fundamental. A dignidade, sendo intrínseca, não poderá ser concedida pelo direito. Assim, não se pode falar em direito à dignidade. Tal expressão tem sentido se entendida como o direito ao reconhecimento, defesa e efetivação da dignidade.¹⁶⁴

¹⁶² SARLET, op. cit. p. 42.

¹⁶³ AZEVEDO, op cit. p. 329.

¹⁶⁴ SARLET, op. cit. p.69

Como núcleo, de onde emanam todos os demais mandados otimizadores do princípio, tem-se que este deve impedir a degradação do ser humano, ou seja, qualquer tratamento que lhe seja dispensado atentando a esta sua condição, deve ser proibido e evitado. Levando em conta a porosidade do conceito e o pluralismo estabelecido em nossa sociedade, o tema dificilmente será esgotado. Entretanto, é possível destacar ainda, as seguintes conseqüências: a igualdade decorre do fato de todos serem pessoas e não meros sujeitos de relações jurídicas; garantia da autonomia ética de todo ser humano, permitindo o livre desenvolvimento de sua personalidade; reconhecimento, efetivação, garantia aos direitos inalienáveis do homem (aqui vê-se o fundamento para a positivação dos direitos fundamentais); não permitir que pessoas sejam mantidas em condições subumanas de vida, evitando e punindo a negativa dos meios necessários para uma vida digna. Toda norma tem seus destinatários e, assim, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser respeitado e cumprido não só pelo Estado, mas também pelos particulares em suas relações.

Partindo desta noção de dignidade, que é ampla, que se espraia nas relações privadas, que é fundamento da república brasileira, habilita-se o avanço neste estudo.

Não se admite lei que gere a exclusão no âmbito familiar, nem interpretações, pois iriam de encontro ao pluralismo estabelecido em nossa Carta Magna, em seu art. 226. Iria contra a igualdade e liberdade, ambas fundamentadas na dignidade da pessoa humana. Impedir o acesso de quem quer que seja ao fundamental direito de pertencer a uma família, é impedir-lhe de vivenciar sua dignidade.

3.3 A DISSIDÊNCIA TERMINOLÓGICA. DIREITOS HUMANOS OU DIREITOS FUNDAMENTAIS

Há que se enfrentar o tema dos Direitos fundamentais, pois estes têm extrema importância na defesa, respeito e até mesmo promoção da dignidade. Pela importância da família na vida e desenvolvimento de cada um, o direito a pertencer a uma entidade familiar ultrapassa a seara do direito civil, sendo hoje tratado como direito fundamental.

Antes de se enfrentar a teoria dos Direitos Fundamentais, é necessário se levantar a questão terminológica. Podem as expressões direitos humanos e direitos fundamentais serem usadas como sinônimas. Está se referindo ao mesmo tipo de Direitos?

Sérgio Resende Barros, em artigo já citado neste trabalho, entende que é indevida qualquer dicotomia, que não há como se entender que direitos humanos e direitos fundamentais, possam juridicamente ser tratados como institutos diferentes. Segundo o autor, “essa dicotomia retira humanidade ao fundamental e fundamentalidade ao humano.”

¹⁶⁵ Entretanto, ao trabalhar a idéia de que os direitos fundamentais garantem força e efetividade a outros direitos específicos, chamados pelo autor de “operacionais ou instrumentais”, com a devida vênia, parece que sem se dar conta, mostra exatamente, que ainda que no sentido de sua efetivação, a distinção existe.

Já o Prof. Dr. Ingo Sarlet inicia sua obra enfrentando esta questão, adotando a posição de que existe a distinção, dizendo que sua importância ultrapassa a mera querela

¹⁶⁵ BARROS, *Direitos Humanos da...* p. 144.

semântica, tendo implicações na interpretação e aplicação das normas que tratem destes direitos.¹⁶⁶

Os Direitos Humanos, assim, seriam aqueles que buscam validade universal, de forma a abranger todos os homens sem sofrer sequer limitação atemporal. Seriam decorrentes do fato de ser pessoa humana, seriam conseqüências da natureza humana. Desde já, cumpre aqui desvincular a idéia de Direitos Humanos daquela de direitos naturais, principalmente com base na lúcida lição de Norberto Bobbio.¹⁶⁷ Não se deve olvidar que os direitos humanos, historicamente estão ligados à positivação de alguns direitos, aqueles clássica e tradicionalmente tidos como naturais, portanto, assumiriam assim uma “dimensão pré-estatal”.¹⁶⁸ Seria salutar, neste momento, de modo bem simples, diferenciar os chamados “direitos do homem” no sentido de direitos naturais não positivados, de “direitos humanos”, estes já positivados, ainda que na esfera do direito internacional. Tal distinção tem importância também sob o ângulo histórico.

A utilização da expressão “direitos do homem”, de conotação marcadamente jusnaturalista, prende-se ao fato de que se torna necessária a demarcação precisa entre a fase que, inobstante sua relevância para a concepção contemporânea dos direitos fundamentais e humanos, precedeu o reconhecimento destes pelo direito positivo interno e internacional e que, por isso, também pode ser denominada de uma “pré-história” dos direitos fundamentais.¹⁶⁹

¹⁶⁶ SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003 p. 33.

¹⁶⁷ BOBBIO, N.. *Presente e futuro dos Direitos do Homem.. A era dos Direitos* Trad. Regina Lyra Rio de Janeiro: Campus, 2004 p.47.

¹⁶⁸ SARLET, **A eficácia...** p. 34.

¹⁶⁹ SARLET, p. 34.

Ainda, há que se trazer o argumento de que os Direitos Humanos encontram maior dificuldade no que diz respeito à sua efetiva aplicação, pois, estando no mais das vezes descritos em tratados ou declarações de direitos de cunho internacional, dependem de recepção nos ordenamentos internos, além de não contarem com a força de sanção, próprias das normas cogentes.

Ainda na linha teórica do Prof. Sarlet que distingue os termos, tem-se que a expressão Direitos Fundamentais, seriam aqueles aplicáveis aos cidadãos de um determinado Estado, posto que “reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo”.¹⁷⁰

Os Direitos Fundamentais possuem caráter mais específico, gozam de maior grau de precisão, além de possuírem garantias, entendidas no sentido de meios utilizados para sua efetivação. Tais direitos, ao contrário dos direitos humanos, sofreriam limitações espaciais e temporais, posto que aplicáveis dentro de um território específico e enquanto vigentes num dado ordenamento jurídico. Estão intimamente ligados ao Direito Constitucional, pois é na maioria das Constituições, principalmente aquelas dos Estados Sociais Democráticos de Direito é que encontram seu habitat natural e de onde retiram sua eficácia e aplicabilidade. Salutar observar que não existe absoluta simetria entre os elencos de direitos humanos e fundamentais reconhecidos. Por vezes, as Constituições trazem rol de direitos fundamentais, menores do que o rol de direitos humanos, em outras ocasiões, a situação se inverte. Neste sentido, adotando também a distinção, a lição do Prof. Lorenzetti, “Os direitos fundamentais se referem aqueles que são constituintes do ordenamento jurídico. Sua consideração se refere não só ao aspecto subjetivo relacionado com o ‘direito

¹⁷⁰ Idem p. 33

a algo', mas também à dimensão objetiva: quais são as normas constituintes do ordenamento jurídico.”¹⁷¹

Assim, a recepção nos ordenamentos jurídicos de cada Estado iria garantir aos Direitos Humanos a necessária formalidade na busca de eficácia e efetivação. “Os Direitos Fundamentais, nascem e se desenvolvem com as Constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados”¹⁷², devendo ser entendidos e analisados sob este enfoque eminentemente constitucional.

Embora salutar o reconhecimento da distinção, os termos têm inegável inter-relação, já sendo utilizada a expressão direitos humanos fundamentais. Entretanto, as conseqüências práticas advindas do fato de estarem em esferas distintas no que diz respeito à sua positivação, torna necessária a consideração acerca da diferenciação terminológica.

Assim, neste trabalho, dar-se-á à expressão direitos fundamentais, de ora em diante, a conotação de direitos reconhecidos, protegidos e assegurados por uma Constituição, de modo particular, pela Constituição Federal de 1988.

3.4 A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM PERSPECTIVA HISTÓRICA

Neste momento não se deve deixar de traçar um pequeno histórico que nos traga a noção de como se construiu a teoria dos direitos fundamentais. Não se deve olvidar nesse

¹⁷¹ LORENZETTI, R. L. **Fundamentos do direito privado**. Trad. de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998 p. 156.

¹⁷² SARLET, A **eficácia...** p. 38

ponto, da influência que o pensamento de épocas mais remotas legaram à construção dos direitos fundamentais, principalmente através da filosofia e da religião. Dignidade da pessoa, igualdade e liberdade, são conceitos que se encontram no Antigo Testamento, na democracia grega, no cristianismo.

Inegável a importância das teorias jusnaturalistas que passaram a exercer sua influência de modo mais marcante a partir do século XVI. Destaque-se a obra de Tomás Aquino, principalmente no ponto em que distinguia o direito natural do direito positivo, de forma que o segundo deveria sempre obedecer aos postulados do primeiro. Ainda que vinculada à divindade, a dignidade da pessoa humana começa a ser reconhecida e protegida.

Passa o direito natural por um processo de laicização, encontrando grande desenvolvimento no iluminismo. Já se percebe aqui que, desde os primórdios, até a construção que hoje temos dos Direitos Fundamentais, a busca pela limitação do poder sempre foi um objetivo perseguido.

A doutrina jusnaturalista, usando das teorias contratualistas, apela à razão como fundamento do Direito, trazendo a noção de que o Direito positivo só seria válido se fosse objeto de delegação dos cidadãos, sendo garantido a estes, como expressão da soberania popular, o direito à resistência.

A contribuição da teoria contratualista, reside na construção teórica “ de que os homens têm o poder de organizar o Estado e a sociedade de acordo com sua razão e vontade, demonstrando que a relação autoridade-liberdade se funda na autovinculação dos

governados.”¹⁷³ Pode-se dizer que esta idéia traz as bases do pensamento individualista que, por sua vez, trouxe o germe do constitucionalismo e o reconhecimento de liberdades dos indivíduos.

Já nesta fase, tem-se a substituição do termo direitos naturais, pelo termo direitos do homem, que, conforme já foi assinalado, pode ser considerada a pré-história dos direitos fundamentais. Essa fase histórica, seria concluída com o pensamento de Kant, o qual diz estarem os demais direitos acobertados pelo direito à liberdade, que seria a faculdade de obedecer somente às leis às quais se deu assentimento.

Bastante comum que se apresente a Magna Carta (Inglaterra, 1215) como o primeiro documento onde o assunto direitos humanos é tratado. Pode-se até aceitar esta concepção como uma questão histórica, mas o fato é que na realidade este e outros documentos aos quais se busca conceder a características de serem documentos ou declarações sobre direitos humanos, na realidade reconheciam privilégios somente a algumas classes, mantendo a divisão da sociedade em estamentos.

Desde já há que descartar o caráter de autênticos direitos fundamentais desses direitos e privilégios reconhecidos na época medieval, uma vez que outorgados pela autoridade real num contexto social e econômico marcado pela desigualdade, cuidando-se mais, propriamente, de direitos de cunho estamental, atribuídos a certas castas nas quais se estratificava a sociedade medieval, alijando grande parcela da população do seu gozo.¹⁷⁴

Pelas suas próprias características, não se pode conceber a idéia de real intenção em outorgar e principalmente garantir a efetividade de direitos humanos no Estado

¹⁷³ SARLET, A eficácia... p. 44.

¹⁷⁴ SARLET, A eficácia... p. 45.

absolutista, havendo necessidade de se defender o poder absoluto, como conciliar com a idéia de direitos humanos, que na sua essência limitam o poder, já que umbilicalmente ligados à dignidade da pessoa e sua liberdade. Tal assertiva se confirma, ainda, pela constatação de que a história dos direitos humanos, é a história da luta pela limitação do poder.

A Reforma protestante também teve importante participação, pois foi fundamental para o estabelecimento dos Estados nacionais, primeiramente monárquicos, que desaguaram nas revoluções burguesas. Nesta fase, vários documentos sobre liberdade religiosa foram promulgados. “De qualquer modo, inobstante a decisiva contribuição desses documentos concessivos de liberdades, igualmente não há como atribuir-lhes a condição de direitos fundamentais, pois, consoante já ressaltado, podiam ser nova e arbitrariamente subtraídas pela autoridade monárquica.”¹⁷⁵

As declarações de direito inglesas, a partir do século XVII, apresentam efetivo avanço nesta seara. Resultam da sucessiva limitação do poder do monarca, bem como trazem mais relevo à função do Parlamento, dotando-o de concreta efetividade e ampliam o conteúdo das liberdades. Conseguem também ampliar os titulares, pois são conferidas a todos os cidadãos ingleses.

Indubitável seu maior alcance em relação às declarações anteriores, entretanto, também não podem ser consideradas como as primeiras declarações de direitos fundamentais. Embora positivados, tais direitos não gozavam da estabilidade necessárias a direitos que se pretendam fundamentais. Houve a fundamentalização, sem a

¹⁷⁵ SARLET, A **eficácia...** p. 46.

constitucionalização.¹⁷⁶ Não havia nestes direitos a primazia, a força necessária à sua efetivação; há que se ressaltar que, nesta fase, “ esta fundamentalização não se confunde com a fundamentalidade em sentido formal, inerente à condição de direitos consagrados nas Constituições escritas (em sentido formal).”¹⁷⁷

Conforme já mencionado, não havia espaço no absolutismo para a idéia e a efetivação dos direitos fundamentais. Com a passagem para o Estado liberal, onde principalmente diante da necessidade de que este Estado Liberal, tivesse quase que unicamente a função de garantir a segurança, inclusive a segurança jurídica, garantindo a liberdade individual e a igualdade perante a lei, portanto, um Estado com poder bastante limitado, é que começou a florescer a idéia dos direitos fundamentais, com a estabilidade e eficácia inerentes a estes direitos.

Neste ponto, passa-se a enfrentar a questão sobre a paternidade dos direitos fundamentais¹⁷⁸.

Requerem a paternidade as duas declarações que nasceram de duas revoluções, uma mais regionalizada e outra, ainda que tenha acontecido num determinado território, em termo de ideais, mais universal. Da luta da independência norte-americana, resultou a Declaração de Direitos do povo da Virgínia de 1776. Da Revolução Francesa, resultou a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

O que se pode asseverar é que a Declaração Americana trouxe a necessária constitucionalização aos Direitos Fundamentais. Outorga a eles a necessária estabilidade,

¹⁷⁶ SARLET, p. 47.

¹⁷⁷ Ibidem.

¹⁷⁸ SARLET, **A eficácia...** p. 47

pois vincula todos os poderes públicos. Em 1791, tais direitos têm sua supremacia normativa reconhecida pela Suprema Corte, tornando assim os direitos fundamentais objeto de defesa judicial, através do controle judicial de constitucionalidade. Não se pode deixar de mencionar a influência francesa, principalmente no que diz respeito ao princípio democrático e à separação de poderes.

Já a Declaração Francesa nasce de uma revolução que derruba um regime, exigindo assim uma nova constituição. Sofreu influências da declaração norte-americana, até mesmo em virtude da questão cronológica. Traz maior preocupação com a igualdade, e com as questões sociais. Tem um caráter mais geral abstrato, universal. Foi decisiva a contribuição francesa para a constitucionalização dos direitos fundamentais no século XX.

179

Sem se aprofundar no tema, basta apenas referir à mútua influência sofrida por estas duas declarações, salientando uma vez mais a maior preocupação universal da Declaração Francesa e o maior pragmatismo da Americana, dizendo-se inclusive que “os americanos tinham apenas direitos fundamentais, a França legou ao mundo os direitos humanos.”¹⁸⁰

A consolidação da teoria dos direitos fundamentais está ligada à evolução do Estado, de absoluto para liberal e depois para social. Assim, os valores políticos e sociais liberais-burgueses ocupam lugar de destaque nesta história. As primeiras constituições que tratavam dos direitos fundamentais eram predominantemente liberais. A evolução do Estado é que leva à questão das gerações dos Direitos Fundamentais.

¹⁷⁹ Idem pág. 49

¹⁸⁰ SARLET, A **eficácia...** p. 49.

Cumpra apenas ressaltar, que a doutrina mais abalizada hoje prefere a expressão dimensões, porque uma geração não substitui a outra. Não há novas tábuas de valores substituindo as antigas, mas uma evolução no significado e no alcance dos direitos e uma implementação, com o reconhecimento de novos direitos, o qual tem caráter cumulativo.¹⁸¹

De qualquer modo, existe consenso quanto ao alcance dos direitos das várias dimensões.

Portanto, passa-se a analisar estas dimensões, já que se pretende mostrar que o integrar uma família é um direito fundamental, pois somente com este reconhecimento revela-se e resolve a crise entre as novas demandas e as velhas respostas legislativas.¹⁸²

Conforme já se disse, uma dimensão não se separa da outra, ao contrário há remissões constantes de uma dimensão à outra, desde já salientando que o direito à liberdade, amplificado no direito ao pluralismo, é o que mais interessa a este estudo.

Pode-se apontar que os Direitos Fundamentais de 1ª dimensão, reconhecidos nas primeiras Constituições, têm ideologia eminentemente liberal, até mesmo porque o constitucionalismo é uma construção do liberalismo. Podem ser resumidos pelo direito à liberdade, no sentido da mínima e somente necessária intervenção do Estado na vida privada. Pode-se citar o direito à liberdade, à integridade física, à vida, à propriedade. Não se pode deixar de mencionar, até mesmo pela influência jusnaturalista, o direito à igualdade perante a lei. São os direitos civis e políticos, determinantes de uma conduta abstencionista por parte do Estado. “Os direitos de primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da

¹⁸¹ Idem p. 51.

¹⁸² FACHIN, R. op. cit. p. 85.

pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.”¹⁸³

Já os direitos fundamentais de 2ª dimensão, de certa forma servem de base para efetivação dos de 1ª dimensão. Têm a ver com a passagem do Estado (sempre de Direito) liberal para o social, devido ao impacto da industrialização, problemas sociais e econômicos por ela gerados, além da indelével “constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia de seu efetivo gozo.”¹⁸⁴ Para ser livres e materialmente iguais, todos devem poder contar com um mínimo patrimonial suficiente à dignidade, com acesso à educação de qualidade, direito ao trabalho, saúde etc.

São direitos caracterizados por sua dimensão positiva, no sentido de imporem ao Estado obrigações de dar ou fazer. Nos de primeira dimensão, a característica marcante é a omissão, aqui, a ação. Cumpre somente salientar que, apesar de marcante preocupação com direitos sociais, essa dimensão se dirige ainda ao indivíduo, embora inegável que preparam o caminho para o reconhecimento daqueles direitos que irão compor a terceira dimensão, de titularidade difusa ou coletiva.

O reconhecimento e a garantia de tais direitos buscam realizar a transição da liberdade e igualdade perante o Estado, para a liberdade e a igualdade pelo Estado, no sentido de que este deva oferecer condições para a superação do paradigma formal de igualdade, efetivando-a materialmente.

Ainda na esfera dos direitos de segunda dimensão, há que atentar para a circunstância de que estes não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também as assim denominadas ‘liberdades sociais’, do que dão conta os exemplos da liberdade de

¹⁸³ BONAVIDES, op. cit. p. 563.

¹⁸⁴ SARLET, A **eficácia** ... p. 52 .

sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, apenas para citar alguns dos mais representativos.¹⁸⁵

Quando se trata de direitos fundamentais, o problema que se encontra não é em relação à sua teorização ou reconhecimento, mas sua efetivação. A idéia de um Estado onipresente que garantisse tais direitos, fracassou. O mundo globalizado traz exigências e questões múltiplas e novas, causando perplexidade àqueles que deveriam responder a estas questões. A consciência de que o mundo continua dividido entre nações desenvolvidas e não desenvolvidas, as invasões de privacidade por meios tecnológicos, agressões ao meio ambiente em nome de mais desenvolvimento, enfim, questões multifacetadas da atual sociedade são o mote para que se busque o reconhecimento de mais uma dimensão dos direitos fundamentais. Os novos desafios a serem enfrentados pelos direitos fundamentais, podem ser resumidos na tríade segurança, fraternidade e diversidade.¹⁸⁶ Vêm como resposta a uma impureza à liberdade, ocasionada pelos fenômenos acima citados. Protegem o sujeito, mas interessam à sociedade enquanto tal, possuindo titularidade difusa.

São direitos circulares, possuidores de uma horizontalidade característica e uma fortíssima dimensão objetiva, pois protegem bens que, embora possam ser usufruídos de forma individual, são também bens comunitários, dos quais todos são titulares. Enfim, são direitos de 3^a geração, que incluem os direitos do consumidor, de proteção ao patrimônio histórico e cultural, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, etc.¹⁸⁷.

¹⁸⁵ SARLET, A. *Eficácia...* p. 53.

¹⁸⁶ VALE, A. R. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 2004. p.53.

¹⁸⁷ *Ibidem*.

Chega-se assim, aos direitos fundamentais de 4ª dimensão. È primordial insistir que existe uma relação de complementação e atualização dos direitos fundamentais, entre o reconhecimento de uma dimensão e outra, sendo que na essência de todos eles está a dignidade da pessoa humana e os direitos de liberdade, ainda que com nova roupagem e adaptados às atuais exigências do homem.¹⁸⁸

Os direitos da quarta geração não somente culminam a objetividade dos direitos das duas gerações antecedentes como absorvem – sem todavia, removê-la – a subjetividade dos direitos individuais, a saber, os direitos da primeira geração. Tais direitos sobrevivem, e não apenas sobrevivem, senão que ficam opulentados em sua dimensão principal, objetiva e axiológica, podendo, doravante, irradiar-se com a mais subida eficácia normativa a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico.¹⁸⁹

Os direitos de 4ª dimensão surgem como resposta ao fenômeno da globalização que, traz em seu bojo a idéia de que, para se usufruir dos benefícios da economia de mercado, há necessidade de se aderir ao tipo de pensamento dominante. Os Estados devem seguir na seara econômica o consenso de Washington, as pessoas os valores ditados por aqueles que, respeitando as regras do jogo, conseguiram sucesso. Quem ousa questionar estes valores é colocado fora da festa do mercado. Não há espaço para divergências. É para defender, mais uma vez a liberdade, de que os povos possam se auto-determinar e o sujeito, desde que nos limites da licitude, viva como bem entender, sem sofrer nenhum tipo de discriminação, que nascem estes direitos fundamentais. Eles têm a ver com a democracia,

¹⁸⁸ SARLET, *A eficácia...* p. 55.

¹⁸⁹ BONAVIDES, *op. cit.* p. 572.

não no sentido puramente formal eleitoral de sufrágio, e sim no sentido de que os vencidos, as minorias tenham respeitado o conjunto de seus direitos fundamentais.¹⁹⁰

Ainda que se vislumbrem outros aspectos nos direitos fundamentais de 4^a dimensão, tais como democracia, informação, interessa a deste estudo, o direito ao pluralismo, o direito a adotar condutas pessoais diferentes daquelas adotadas pela maioria, no campo sexual, religioso, médico (recusa a determinados tratamentos p. ex.), enfim, o respeito à igualdade através das diferenças.

Trata-se de proteger o pluralismo ético, cultural, permitindo ao sujeito e aos grupos o vivenciar seus valores próprios sem sofrerem discriminações ou exclusões injustificáveis.

Discorrendo sobre os direitos fundamentais de 4^a dimensão, ensina-nos Lorenzetti:

Se bem constituam derivações da liberdade, trata-se de aplicá-las a um campo em que, tradicionalmente, reinou o público, o homogêneo, e que se considerou vital para o funcionamento social.

Estes direitos supõem um comportamento distinto ao dos demais indivíduos, por isso podem ser englobados sob o rótulo de 'direito a ser diferente'.¹⁹¹

Exatamente por serem um limitador à imposições globalizantes, é que os direitos fundamentais de 4^a dimensão ainda não encontram a devida positivação nos ordenamentos jurídicos internos, bem como no campo internacional, ainda permanecem como esperança de se promover uma efetiva cidadania. A efetivação destes direitos corresponde à

¹⁹⁰ BARCELLOS, op. cit. p. 227 .

¹⁹¹ LORENZETTI, op. cit. p. 155.

globalização dos direitos fundamentais e, tal globalização é a única que verdadeiramente interessa aos povos da periferia.¹⁹² Pode-se dizer que “ são direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.”¹⁹³

Existem críticas à teoria dos direitos fundamentais, não sendo objeto nem campo de incidência do estudo a análise destas críticas, ainda que algumas sejam procedentes, com argumentos aceitáveis e racionais, é inegável sua importância para a construção de uma sociedade melhor. Assim, há que sem temer avançar, não correr o risco de inflacionar o rol de direitos fundamentais, sob pena de relegá-los à mais absoluta ineficácia.

Os direitos fundamentais têm íntima ligação com respeito, garantia e defesa do princípio da dignidade da pessoa humana. O ser humano é fim em si mesmo, não podendo ser coisificado para servir de meio ao atingimento de qualquer fim. Têm direitos que decorrem desta condição e desta dignidade, que não é atribuída, posto que inerente, mas reconhecida.

Se por um lado, consideramos que há como discutir – especialmente na nossa ordem constitucional positiva – a afirmação de que todos os direitos e garantias fundamentais encontram seu fundamento direto, imediato e igual na dignidade da pessoa humana, do qual seriam concretizações, contata-se, de outra parte, que os direitos e garantias fundamentais podem – em princípio e ainda que de modo e intensidade variáveis -, ser reconduzidos de alguma forma à noção de dignidade da pessoa humana, já que todos remontam à idéia de proteção e desenvolvimento das pessoas...¹⁹⁴

¹⁹² BONAVIDES, op. cit. p. 571.

¹⁹³ Ibidem.

¹⁹⁴ SARLET, **Dignidade da ...** p. 78.

Já mostrada acima a essencial contribuição da família, para a formação, a estruturação psíquica do sujeito, bem como seu desenvolvimento. A busca pelo bem estar psíquico, por muitos chamada de felicidade, é direito do sujeito. A busca desta felicidade, dentro do ambiente familiar, também constitui um direito.

A família, como fato cultural, pode adotar a forma que for mais adequada aos seus integrantes, para cumprir sua função de ser local privilegiado de convivência, prevalecendo a legitimação da família como grupo social expressivo de afetos, emoções e sentimentos.¹⁹⁵

Assim, inegável que hoje prevaleça o pluralismo familiar, não havendo mais que se falar em família legítima. A adoção do pluralismo familiar, que vai além das três famílias nominadas no art. 226 da CF, é a forma de se garantir o direito fundamental do sujeito de integrar uma família.

Sem nenhuma dúvida que os efeitos pessoais das relações familiares são aqueles que devem ser preservados. Inegáveis, entretanto, os efeitos patrimoniais decorrentes destas relações, assim, o não reconhecimento de outras formas de família, ou de outras entidades familiares, além de negar ao sujeito a possibilidade de integrar um centro de convivência, causar-lhe-iam prejuízos na ordem patrimonial, gerando exclusões inadmissíveis, num ordenamento jurídico que valoriza e respeita o pluralismo.

¹⁹⁵ PETRINI, op. cit. p. 43.

3.5 O PLURALISMO FAMILIAR COMO PARADIGMA DO PROJETO PARENTAL NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA.

Já se demonstrou neste estudo que a família, sendo um fato cultural, é também histórica. Mudam os valores, mudam as idéias, mudam as pessoas, muda a família. Tal dinamismo é que confere à família à capacidade de se adaptar, não aos tempos, não aos ditames legais, sociais ou religiosos, mas aos anseios daqueles que optam por esta forma de convivência, para poder buscar a realização pessoal.

Também demonstrou-se que ao longo da história, várias emoldurações familiares se sucederam. Importante lembrar que, se a família já teve formatações diferentes, outras com certeza existirão no futuro. Aqui, é necessário relembrar e reforçar que, quando são feitas menções a emoldurações familiares, destaca-se aquele tipo estatisticamente preponderante em uma sociedade, com reconhecimento jurídico. Entretanto, em toda a história da humanidade, os vários tipos de emolduração familiar conviveram. Estado, religião, convenções e valores sociais, nunca conseguiram fazer com que as pessoas, para viver em família, adotassem um único modelo. Sempre existiram várias formas de convivência familiar, ainda que somente uma tivesse visibilidade e aceitação social, além de reconhecimento jurídico.

Discorrer sobre o pluralismo familiar, tem relação com o princípio da igualdade e com pluralismo jurídico.

Nos tópicos anteriores, discorreu-se sobre os direitos fundamentais, para respaldar a idéia de que integrar uma entidade familiar, é um direito fundamental. Basta, agora, registrar que a história dos direitos fundamentais é uma história de luta pela limitação de

poder, o que é uma das formas de se garantir a liberdade. Entre outros conteúdos, a liberdade pressupõe a capacidade de, dentro dos limites da licitude, conduzir a vida pessoal como bem entender. Exatamente para defender o direito a liberdade de ser diferente, é que existe o princípio da igualdade. Até mesmo por não ser objeto deste estudo, não se aprofundará nas diferenças entre igualdade formal e material, apenas deixando claro que, ao se referir à igualdade, sempre se fará no sentido de igualdade material. Não há que se garantir o direito à igualdade perante a lei, mas efetivar a igualdade pela lei. Igualdade que pressupõe diferenças. Se as diferenças não existissem, não haveria necessidade do princípio da igualdade.

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

Efetivar a igualdade significa garantir o direito a não discriminação. A existência das diferenças, não pode significar hegemonia e submissão. “Necessário desfazer o equívoco de que as diferenças significam necessariamente a hegemonia ou superioridade de um sobre o outro.”¹⁹⁶

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

¹⁹⁶ PEREIRA, **Princípios fundamentais...** p. 141.

Para que, através da liberdade e da igualdade, consiga-se garantir a todos o pleno exercício da cidadania, tem-se que incluir no princípio da igualdade o respeito às diferenças.¹⁹⁷

Somente com este respeito é que a diversidade, tão característica dos dias atuais, não será mais causa de exclusão. A existência de grupos que são chamados de minorias (ainda que numericamente o sejam) revela o quão longe se está de efetivar a igualdade. Não podem existir minorias, mas cidadãos.

Outro equívoco que se ousa apontar, é buscar igualar os diferentes seguindo o padrão do tratamento discriminatório. Não se iguala, e já foi dito isso, eliminando as saudáveis e essenciais diferenças. Embora se esteja referindo a diferenças que têm a ver com estruturação psíquica, só para fins comparativos, mostrando a importância das diferenças, que sob todos os aspectos individualizam, cumpre lembrar que o exame pela técnica de DNA consegue exatamente isso, encontrar dados genéticos próprios, pessoais, únicos. Referindo-se à igualdade de gêneros, que interessa de perto ao Direito de Família, é pertinente a lição de Maria Berenice Dias “o desafio é considerar as saudáveis e naturais diferenças entre homens e mulheres dentro do princípio da igualdade. Já se encontra superado o entendimento de que a forma de implementar a igualdade é conceder à mulher o tratamento diferenciado que os homens sempre desfrutaram.”¹⁹⁸

Embora o texto se refira a homens e mulheres no âmbito familiar, sua essência deve ser usada em todas as situações onde se busque efetivar a igualdade. Fazê-lo com bases em tratamentos anteriores ou pré-estabelecidos é manter o paradigma da maioria.

¹⁹⁷ Ibidem.

¹⁹⁸ DIAS, op. cit. p. 62.

Depois, também não se garante a igualdade com revanchismo. Aqueles que tiveram direitos equivocados e injustamente negados não serão igualados negando direitos àqueles que outrora foram beneficiados pela existência da desigualdade.

Pode-se afirmar que liberdade e igualdade estão intimamente ligados à noção de Estado Democrático de Direito. “A construção da verdadeira cidadania só é possível na diversidade”¹⁹⁹. É dever do Estado criar condições para que não existam discriminações em função destas diferenças, e é dever de cada um respeitá-las. Não existe democracia sem tolerância. Esse sentido do princípio da igualdade mostra que não há necessidade de maiores explicações para se entender que os direitos fundamentais têm eficácia também nas relações privadas, embora não se aprofundará no tema, pois não integra o objeto deste trabalho.

Se as pessoas têm o direito de ser diferentes, as entidades familiares também terão a forma que seus integrantes desejarem, desde que possam expressar amor e encontrar companheirismo e cumplicidade. As várias formas de entidades familiares, começaram a mostrar sua cara, sem nenhum receio, à medida que a família foi perdendo suas funções. Da perda destas funções, já se tratou em capítulo anterior.

Produzia-se, então, o mais espetacular fenômeno em toda a história da família: sua passagem de unidade institucional a núcleo de companheirismo. A esse fenômeno, sobre que tanto se escreveu, caracterizou-se na literatura do espaço alemão como *funktionsverlust*, perda de funções, ou *funktionsentlastung*, desencargo de funções.²⁰⁰

¹⁹⁹ PEREIRA, R. **Princípios fundamentais...** p. 141.

²⁰⁰ VILELLA, J. B. Repensando o Direito de Família. **Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família.** IBDFAM/OAB-MG:1999. p. 18.

Embora, o pluralismo de entidades familiares sempre tenha sido realidade, o mesmo não se pode dizer de seu reconhecimento e aceitação, o reconhecimento jurídico e a aceitação social.

Embora mantenham, como traços comuns, a solidariedade, o afeto e a colaboração recíprocas, a partir dos quais podem ser identificadas, estas famílias informais assumem vários perfis, cada um deles correspondente a uma instância moral e social, a uma realidade histórica e cultural, surgindo apoiada em razões as mais variadas: de ordem ideológica, contestação do sistema, situações econômicas de abandono, falta de confiança, devendo ser consideradas em função destas peculiaridades, não apenas socialmente, mas também pelos operadores do direito.²⁰¹

Sempre se pretendeu fazer da família, aquilo que ela não é. A pressão estatal e religiosa sempre foi, e ainda é, forte sobre o grupo familiar. Tanto que, por muito tempo, a visão de família sempre foi permeada por aquilo que o jurídico e sagrado queriam que ela fosse, e não por sua essência.²⁰²

Fácil compreender que com esta visão alterada, não houvesse aceitação social para qualquer modalidade de convivência familiar, que não aquela recomendada pela maioria que, em virtude da inegável influência cultural da religião, era a família matrimonializada. O mesmo aconteceu com o jurídico, que reconheceu apenas um tipo de entidade familiar, negando efeitos decorrentes de qualquer outra situação que não originada no casamento. Também há que se ressaltar que o Estado não cria, apenas reconhece a família, isso porque esta preexiste àquele. Entretanto, tal reconhecimento é incompatível com o sistema de

²⁰¹ RAMOS, C., **Família sem casamento**....p. 42.

²⁰² VILELA, op. cit. p. 16.

monismo familiar, já que a realidade é plural, e que as normas intrafamiliares se sobrepõem às normas jurídicas, ainda que de direito de família, extrafamiliares.

Reconhecer a família, contudo, não é apenas abrir-lhe espaço nas constituições e nos códigos, para, ao depois, sujeitá-la a regras de organização e funcionamento. É, antes, assegurar sua faculdade de autonomia e, portanto, de auto-regramento. O casamento e a família só serão o espaço do sonho, da liberdade e do amor à condição de que os construam os partícipes mesmos da relação de afeto.²⁰³

A noção de convivência, de grupo, de troca, é essencial à noção de família. Só há necessidade de regras, quando existem vontades e anseios a serem atendidos. Não existe a necessidade de propriedade sem os não proprietários. Onde não existe o outro, onde não existe convivência, não há necessidade de direito.

Quando se referir às normas intrafamiliares, quis dizer-se sobre a capacidade do grupo em decidir como viver, sobre planejamento familiar, sobre divisão e compartilhamento de responsabilidades, enfim, sobre o direito da entidade familiar determinar seu rumo. Assim, tais regras são estabelecidas através do consenso entre todos os afetados, envolvidos, atingidos por estas regras. Numa comunidade onde impere o afeto e a ética, ou a ética do afeto, isso é o que ocorre.

Ao se referimos às normas extrafamiliares, referia-se às normas jurídicas produzidas pelo Estado, positivada durante muito tempo no Código Civil, e hoje também, na Constituição Federal. Ressalte-se ainda que as normas estatais sempre devem levar em conta a liberdade dos componentes da família, pois, “é preciso demarcar o limite de

²⁰³ VILELA, p. 19.

intervenção do Direito na organização familiar para que as normas estabelecidas por ele não interfiram em prejuízo da liberdade de ser sujeito.”²⁰⁴

Não se pode analisar a transição do monismo familiar para o pluralismo familiar, sem analisar o monismo e o pluralismo jurídico, até mesmo porque, à ordem jurídica compete o reconhecimento e atribuição de direitos à família, em todas as suas manifestações.

Em momentos anteriores deste estudo, viu-se a evolução histórica do Direito, logicamente alicerçada na evolução social que levou ao surgimento do Estado nacional.

Com a vitória do liberalismo, seus valores deveriam ser também exteriorizados na ordem jurídica.

O primeiro método usado para que a ordem jurídica encampasse estes valores foi a codificação. Levando-se em conta o momento histórico, a codificação surgiu como maneira de trazer estabilidade aos estados nacionais, regulamentar de forma unitária um determinado ramo do direito, ou seja, é voltado para um determinado aspecto da vida social.

Como vimos, a codificação da era moderna foi fruto de causas ideológicas que viam no Código a razão última e definitiva do Direito. O momento político do surgimento desses Códigos não pode ser olvidado. A codificação dos idos do século XVIII coincide com um rompimento com o velho regime, com os paradigmas da Idade Média e com a unificação política dos países da Europa que passam a ter as feições políticas atuais. Desse modo, além de ser o retrato de uma ideologia, os Códigos também são instrumentos que se mostraram úteis para reforçar a unidade nacional, ainda instável.²⁰⁵

²⁰⁴ PEREIRA, R. **Direito de Família. Uma ...** p. 3.

²⁰⁵ VENOSA, op. cit. p. 223.

Os códigos, assim exprimem o modelo que se quer implementar em uma sociedade. Ancorados nas idéias liberais, passaram a ser garantia das liberdades individuais, mantendo o Estado longe das relações privadas, sendo também instrumentos de manutenção da dicotomia direito público e privado, levando à necessidade da chamada constitucionalização do direito civil, como visto anteriormente.

Tendo por objetivo a estabilidade e a unidade, trouxeram consigo também a idéia de que Direito é lei, e lei é Direito. Os códigos tentam fazer com que a letra da lei seja definitiva.

O Direito passou a ser aplicado de forma mais racionalista, esquecendo-se dos sentidos do Direito justo e da equidade ensinados nas universidades. Passou-se a ver os Códigos como uma palavra definitiva, com extremo apego à letra da lei. Quando do surgimento dos primeiros Códigos, a hermenêutica, como já analisamos, viu-se restrita, uma vez que se entendia que bastava a exegese dos mais recentes textos para a aplicação do Direito ao caso concreto.²⁰⁶

Assumiu-se ares de centralidade no Direito privado, representando a supremacia do Poder Legislativo sobre o Judiciário, garantindo a autonomia individual, sendo centro da disciplina social.²⁰⁷

Nesta esteira de raciocínio, fica fácil entender através do monopólio estatal, como surgiu a idéia do monismo jurídico. Nenhuma organização, fora o Estado, que tivesse qualquer tipo de regramento, obteria reconhecimento para estas regras. Elas sempre cederiam à força das normas produzidas no âmbito estatal. O que surgiu para garantir a

²⁰⁶ VENOSA, p. 227.

²⁰⁷ AMARAL, op. cit. p. 123.

autonomia, acabou por negá-la. As relações eram regulamentadas pelas leis editadas pelo legislativo, fazendo pouco daquilo que as pessoas decidiam entre si. Direito e Estado, passam a ser considerados como sinônimos.

Em verdade, a representação do centralismo jurídico, embasado no extremismo lógico-formalista da dogmática normativista, tende a eliminar o dualismo jurídico estatal, na perspectiva de que o Estado é identificado com a ordem jurídica, ou seja, o Estado encarna o próprio Direito em determinado nível de ordenação, constituindo um todo único.²⁰⁸

Preparado estava o caminho para que a família também tivesse uma única emolduração reconhecida. Somente o Estado edita leis, outorga direitos através dela, assim, pessoas que unidas pelo afeto, pela solidariedade e objetivos comuns, mas que não têm o selo da homologação estatal (casamento), contrariando a realidade dos fatos, não podem ser consideradas uma família. As normas extrafamiliares sobrepõem-se àquelas decorrentes da vontade dos sujeitos que compõe a família. A distância, o conflito, a dicotomia são inevitáveis. O Estado não pode excluir àqueles que escolhem o modo que lhes é mais adequado para viver em família.

Na singularidade da crise que atravessa o imaginário instituído e que degenera as relações da vida cotidiana, a resposta para transcender a exclusão e as privações provém da força contingente de novos agentes coletivos que, por vontade própria e pela consciência de seus reais interesses, são capazes de criar e instituir novos direitos.²⁰⁹

Com o Código Civil de 1916, que representava, entre outras idéias, a do monismo jurídico, estabeleceu-se o monismo familiar. Sem aqui debater a exclusão social, decorrente

²⁰⁸ WOLKMER, op. cit. p. 57.

²⁰⁹ WOLKMER, p. 159.

principalmente de preconceito, cumpre-se analisar a exclusão jurídica. Amor, afeto, objetivos comuns, filhos, toda realidade sucumbia à falta do casamento, como se o Estado pudesse criar famílias.

Entretanto, a realidade começou a sobrepor ao jurídico. Desde sempre as pessoas buscam a felicidade através da convivência com outro, não sendo este um campo onde o Direito tenha como estipular qual a melhor maneira de se estabelecer esta convivência. Cumpre-lhe apenas exercer sua função, neste campo que não é de atribuição, é de reconhecimento.²¹⁰

A entidade familiar é exemplo ímpar para mostrar como a doutrina do monismo jurídico é uma ficção. Onde existe grupo, há necessidade de regras. Sempre existiram uniões à margem do casamento civil. Na maioria dos casos, viviam e vivem bem, estipulando com o consentimento de todos os afetados, as regras desta convivência. Aliás, este consentimento, daqueles atingidos pela norma, é para Habermas, condição de sua validade.²¹¹

Portanto, é um erro primário supor que as pessoas que mantinham entre si uma convivência amorosa à margem do casamento civil, vivessem sob regime de completa anomia. Não viviam. Só que suas regras tinham isto de particular, que as fazia especialmente adequadas: eram o produto do consentimento único e irrepetível dos parceiros. Uma roupa sob medida, malcomparando, ao invés de uma roupa adquirida pronta. E assim como tais regras eram feitas por eles, por eles eram permanentemente refeitas, revigoradas, alteradas ou revogadas.²¹²

²¹⁰ VILLELA, op. cit. p. 19.

²¹¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade I**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler-UGF. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997 p. 142.

²¹² VILLELA, op. cit. p. 25.

A existência de um único modelo de entidade familiar sempre foi uma mentira, uma ilusão, sustentada por décadas, às custas de exclusão e injustiças injustificáveis.

Ainda que doutrina e jurisprudência, principalmente e especialmente a segunda, a bem da verdade, tenham no tempo se antecipado à legislação, reconhecendo alguns direitos a entidades familiares outras, somente com a Constituição Federal de 1988, é que se estabeleceu o princípio do pluralismo familiar. Apenas lembrando que o pluralismo, o direito a ser diferente, é considerado direito fundamental.

A Constituição Federal de 1988 rompe com a idéia de que somente o casamento funda a família, exemplificando em seu art. 226 mais dois tipos de entidades familiares.

As pessoas buscam uma sociedade mais tolerante, democrática, solidária. Não havia como tais reclamos não chegarem à família. Ao se pedir democracia, pede-se liberdade, pede-se igualdade, que só existe com respeito à diferença, sem imposição de modelos de conduta.

A família perdeu suas funções, passou a ser instrumento de realização de seus componentes, demonstrando de forma a não deixar dúvidas que, a vida como ela é, vem antes da lei jurídica.²¹³

Adotar o pluralismo familiar significa dizer que termos como família legítima, verdadeira, ou família informal, marginal, perdem razão de ser, devendo ser banidos, pois acarretam discriminação. Diante do pluralismo familiar, um grupamento humano ou é ou não é família. A decisão dar-se-á em razão de estarem presentes os elementos identificadores da entidade familiar.

²¹³ PEREIRA, **Princípios fundamentais...** p. 166.

Faz-se necessário ter uma visão pluralista da família, abrigando os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar a identificação do elemento que permita enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independente de sua conformação.²¹⁴

A configuração familiar é outra. Não houve alternativa ao Direito senão reconhecer esta situação. Entretanto, cumpre-se agora discutir o alcance deste reconhecimento.

O pluralismo familiar, limita-se às três espécies de família elencadas no art. 226 da CF? Outros grupos podem ser reconhecidos como entidade familiar?

A seguir, passar-se-á a demonstrar que a moderna hermenêutica constitucional levará ao real sentido de pluralismo familiar, tratando o art. 226 da CF como uma norma de inclusão e nunca como fonte de exclusões.

Não é crível, nem admissível, que, em meio às múltiplas mudanças axiológicas, ainda se tente afirmar que existiria um modelo oficial para as organizações familiares, uma espécie de família estatal, forjada no interesse público, em detrimento, muitas vezes, do desenvolvimento da personalidade de seus membros e que viola suas dignidades.²¹⁵

²¹⁴ DIAS, op. cit. p. 40.

²¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de. Direito Constitucional à família. **Revista Brasileira de Direito de Família**. n. 23 abr/mai: 2004. p. 14.

3.6 A DIVERSIDADE DE ARQUÉTIPOS FAMILIARES E O DIREITO CONTEMPORÂNEO

Enfrentar-se-á agora, aquilo que pode ser considerado o ponto central deste trabalho. Somente se reconhecem as entidades expressamente citadas no art. 226 da CF, ou o ordenamento admite o reconhecimento de outras emoldurações familiares?

Primeiramente, vale ressaltar que não irá se analisar ou conceituar os diversos modelos familiares existentes no teatro social. Primeiro por que isto passaria pela necessidade de nomeação, pois além de limitadora, a nomeação pode ser inadequada. Não é o nome que vai definir a entidade, mas os elementos que a caracterizam.

Em seguida, ao dar nomes buscar-se-ão modelos paradigmáticos, o que inevitavelmente nos levará a comparações, como ocorreu e ainda ocorre na tentativa de comparar, igualar, casamento e união estável.

Enfim, o nome poderia criar, além de situações intransponíveis quanto à possibilidade de reconhecimento, também discriminação.

Independentemente do nome, tendo o grupamento seus elementos caracterizadores, a saber afeto, notoriedade e estabilidade, que serão adiante melhor analisados, estar-se-á diante de uma família, devendo o Estado reconhecê-la como tal, conferindo a estas relações os efeitos decorrentes das relações familiares.

O pluralismo tem a ver com liberdade de escolha. Nominar as entidades familiares faria com que o Estado as regulamentasse, obrigando àqueles que, talvez, queiram exatamente a não regulamentação, a estarem sob seu jugo. Na seara familiar, o Estado deve intervir somente quando necessário. E ainda a nomeação sempre levaria à discussão de

existir um rol taxativo ou exemplificativo, além da inevitável tentação de entender que, uma determinada entidade familiar é melhor, mais segura e tem mais direitos que a outra.

Há que se avançar, e se entender que, as situações são diferentes, podendo gerar alguns efeitos diferentes. Entretanto, sendo da essência da entidade familiar a vida em comum baseada no afeto, os efeitos decorrentes deste núcleo devem ser equânimes, qualquer que seja o formato familiar escolhido pelos integrantes da família.

Devemos, no entanto, citar alguns nomes já usados na doutrina pátria, deixando de lado, àqueles já mencionados na Carta Constitucional. Assim se fala na família anaparental, nas uniões homoafetivas, famílias reconstituídas, famílias nascidas da adoção, famílias com os filhos de criação, pessoas que vivem juntas sem laços legais, mas com forte afeto e compromisso mútuos, sem deixar de citar as polêmicas famílias simultâneas e a família single. O IBGE já identificou mais de trinta emoldurações familiares, o que seria suficiente para demonstrar a inadequação de se dar nomes.

Cada nova entidade familiar nominada, reclamaria nova regulamentação, tendo como modelo as anteriores. Ora, usar modelos para reconhecer a existência de uma entidade e conferir-lhe direitos não é efetivar a igualdade. É antes exigir adequação ao modelo anterior. É discriminar. É negar o indispensável direito à diferença.

Embora não seja objeto deste trabalho discutir a questão da regulamentação das entidades familiares, analisar-se-á o que houve com a União Estável. O guloso direito de família brasileiro, regulamentou aquilo que só existe porque quer ser livre. O novo assusta, e vê-se hoje alguns dos mais ardorosos defensores da liberdade reclamar por mais regulamentação. É negar ao sujeito decidir como viver com outra pessoa, é levar o Estado a se intrometer onde não deve. Buscando a essência da regulamentação civil da família, na

constituição federal, não há necessidade de nenhuma outra regulamentação, a não ser o reconhecimento da entidade familiar. No caso da União Estável, qualquer regulamentação a aproxima do casamento. Já se fala em registro, em alteração do estado civil. Em acontecendo, o que diferenciaria esta entidade daquela formada pelo casamento?

Há nisso tudo um grande paradoxo: a coexistência de expressões convivências distintas, uma característica das sociedades pluralistas e dessacralizadas, resulta negada na prática quando todas elas se submetem às mesmas regras. Quem, podendo casar, prefere a união livre, deveria ter o direito de viver segundo suas próprias regras e não segundo aquelas que deliberadamente rejeitou.²¹⁶

A nomeação e a regulamentação seriam, então, limitadoras e fonte de discriminação. Há arcabouço jurídico suficiente para regulamentar os efeitos destas relações, tanto entre seus sujeitos como em relação a terceiros. A falsa sensação de segurança jurídica trazida pela existência de leis não pode levar ao retrocesso de um positivismo que não comporte os valores da ética e da justiça. “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.”²¹⁷

Ademais, ante os consagrados princípios constitucionais, todos acobertados pelo macro princípio da dignidade humana, não há necessidade nem de nominar, nem de regulamentação infraconstitucional, basta apenas reconhecer, qualquer grupo que apresente os elementos caracterizadores, como família.

²¹⁶ VILLELA, op. cit. p. 26.

²¹⁷ PEREIRA, **Princípio fundamentais...** p. 157.

Qualquer tese restritiva do reconhecimento das entidades familiares não encontra guarida na constituição, senão na interpretação.²¹⁸

Assim, deve-se fazer uma análise das várias possibilidades de interpretação constitucional para demonstrar que o art. 226 da Constituição Federal tem sentido de inclusão, e não o contrário.

Cumpra apenas recordar que as duas relações essenciais no âmbito familiar têm a ver com a cooperação entre os sexos e as gerações. Portanto, existem três elementos caracterizadores de toda e qualquer entidade familiar:

Em todos os tipos há características comuns, sem as quais não configuram entidades familiares, a saber:

- a) afetividade, como fundamento e finalidade da entidade, com desconsideração do móvel econômico;
- b) estabilidade, excluindo-se os relacionamentos casuais, episódicos ou descomprometidos, sem comunhão de vida;
- c) ostensibilidade, o que pressupõe uma unidade familiar que se apresente assim publicamente.²¹⁹

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

Qualquer interpretação não pode partir exclusivamente do artigo 226. A *lex legum*, deve ser considerada no seu todo, o que remete a um clássico método de interpretação, que

²¹⁸ LÔBO, P. L. N. Entidades familiares constitucionalizadas: Para além do *numerus clausus*. **Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e Cidadania. O novo CCB e a *vacatio legis***. Ibdfam/Oab-MG:2002 p. 94.

²¹⁹ LOBO, **Entidades familiares...** p. 91

seria o lógico-sistemático. Nesta na interpretação há que se considerar todo o ordenamento jurídico e seus fundamentos.

A interpretação começa naturalmente onde se concebe a norma como parte de um sistema – a ordem jurídica, que compõe um todo ou unidade objetiva, única a emprestar-lhe o verdadeiro sentido, impossível de obter-se a considerássemos insulada, individualizada, fora, portanto, do contexto das leis e das conexões lógicas do sistema.²²⁰

Tem-se, por conseguinte, que se remeter a outros artigos da Constituição Federal. Logo no art. 1º, diz-se que nossa República constitui-se em Estado democrático de Direito. Já vistas acima as fases pelas quais passou o Estado nacional, há que se entender democracia como muito mais que a vitória da maioria, sem olvidar que o Estado vincula-se ao Direito, não sendo irresponsável em suas ações. A democracia deve tornar a todos cidadãos, permitindo-lhes acesso aos direitos e suas garantias. “A democracia exige mais do que apenas a aplicação da regra majoritária. É preciso que, juntamente com ela, sejam respeitados os direitos fundamentais de todos os indivíduos, façam eles parte da maioria ou não.”²²¹

O art. 1º apresenta como fundamentos da República Brasileira a cidadania e a dignidade da pessoa humana, portanto, a existência do Estado brasileiro só se justifica se houver respeito a estes dois fundamentos. Qualquer norma que venha a ser produzida pelo legislativo brasileiro, tem que levar em conta estes dois fundamentos, no sentido de garantir sua efetivação.

Garantir a plena cidadania é preservar a dignidade da pessoa humana. Ainda que

²²⁰ BONAVIDES, op. cit. p. 445.

²²¹ BARCELLOS, op. cit. p. 227.

se discuta sobre o conceito de dignidade da pessoa humana, neste momento cumpre apenas lembrar aquele que nos diz que o homem não pode ser meio, ele é fim em si mesmo. Deve ser o centro do ordenamento jurídico, em torno dele gravitam os institutos jurídicos, os quais têm como função o exercício pleno desta dignidade. “Em sentido amplo, compatível com nossa CF dirigente, cidadão é também aquele que participa da vida do Estado, pessoa humana titular dos direitos fundamentais (CF art. 5º), cuja dignidade humana (CF 1º III) tem de ser respeitada pelo Estado e demais concidadãos.”²²²

Já em seu art. 3º , a Carta Política de 1988, apresenta como objetivos fundamentais da República Brasileira, entre outros: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, além da promoção do bem de todos, vedado o preconceito de qualquer espécie. Fica clara a opção por uma sociedade plural, onde as diversas categorias ideológicas, éticas devam encontrar guarida.

A constituição opta, pois, pela sociedade pluralista que respeita a pessoa humana e sua liberdade, em lugar de uma sociedade monista que mutila os seres e engendra as ortodoxias repressivas. O pluralismo é uma realidade, pois a sociedade se compõe de uma pluralidade de categorias sociais, de classes, grupos sociais, econômicos, culturais e ideológicos.²²³

Elenca também como objetivo a promoção do bem de todos. Ora, ao longo de todo estudo, referimo-nos sempre à importância da família na estruturação psíquica do sujeito. Seja nas relações de gênero ou entre as gerações, “entender como a família pode ser a

²²² JUNIOR, NELSON N. e NERY, R. M. A. **Constituição Federal Comentada e Legislação constitucional**. São Paulo: RT,2006 p. 118.

²²³ SILVA, J. A. **Curso de Direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros,2002 p. 143.

instância que transmite valores orientando o indivíduo na construção de sua organização subjetiva é fundamental.”²²⁴

A família foi, é e continuará sendo o núcleo básico de qualquer sociedade. Sem família não é possível nenhum tipo de organização social ou jurídica. É na família que tudo principia. É a família que nos estrutura como sujeitos, e é nela que encontramos algum amparo para o nosso desamparo estrutural.²²⁵

Permitir, então, a pluralidade familiar é uma das formas de permitir ao sujeito o integrar uma família, para que esta exerça sua função serviente, como modo de estruturação e complementação do ser.

Já se pode agora referir-se ao art. 5º da CF 88, analisando, de forma mais direta, os invioláveis e fundamentais direitos à igualdade e à liberdade. Abordar-se-á primeiramente, a questão da igualdade. Já foi dito que só haverá efetivação do direito à igualdade se houver respeito às diferenças, o que, aliás, decorre da Constituição de 1988, a qual veda a discriminação de qualquer natureza. Sempre há que se lembrar de que, ao se referir à igualdade, será à igualdade ou isonomia material, ultrapassando a idéia liberal da igualdade meramente formal. Só existe sociedade, onde existe o outro, e assim não se pode negar a existência de desigualdades fenomênicas. ROCHA²²⁶, citada por Silva (2002, p.212):

²²⁴ ZAMBERLAM, C. O. **Os novos paradigmas da Família contemporânea. Uma perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro:Renovar,2001 p. 9.

²²⁵ PEREIRA, R. C. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. **Direito de Família e psicanálise. Rumo a uma nova epistemologia**.(Coord.) Giselle Câmara Groeninga e Rodrigo da Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Imago,2003 p. 157.

²²⁶ ROCHA, C. L. A, **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte:Jurídicos lê,1990 p.118.

Não se aspira uma igualdade que fruste e desbaste as desigualdades que semeiam a riqueza humana da sociedade plural, nem se deseja uma desigualdade tão grande e injusta que impeça o homem de ser digno em sua existência e feliz em seu destino. O que se quer é a igualdade jurídica que embase a realização de todas as desigualdades humanas e as faça suprimimento ético de valores poéticos que o homem possa desenvolver. As desigualdades naturais são saudáveis, como são doentes aquelas sociais e econômicas, que não deixam alternativas de caminhos singulares a cada ser humano único.

Ninguém pode ser discriminado ou excluído pelas suas opções de vida, não sendo necessário aderir ao modo de vida dominante ou da maioria.

Com efeito, o princípio da igualdade, que se encontra subjacente à regra da maioria, exige que mesmo as minorias, mesmo os vencidos, sejam respeitados em sua humanidade, no conjunto de direitos fundamentais inerentes à sua condição humana que lhes possibilita, afinal, serem considerados iguais aos demais. Se assim não fosse, a igualdade tão propalada seria meramente circunstancial – dependeria de se fazer ou não parte da maioria – e não essencial, decorrente da natureza humana.²²⁷

Elenca também a constituição de 1988 como direito fundamental, a liberdade. Aliás, pode-se dizer que a história dos direitos fundamentais é uma história de luta por liberdade, em seus vários aspectos. Não a liberdade puramente individual do liberalismo, que era liberdade para uns e opressão para outros. Uma liberdade baseada na busca incessante pela igualdade material, até mesmo porque uma não anda sem a outra. Não é uma liberdade que permita fazer tudo o que se quer. Uma tal aceção levaria à negação da liberdade para muitos.

²²⁷ BARCELLOS, op. cit. p. 227.

Não é objeto deste trabalho estudar a legitimidade ou não dos ordenamentos jurídicos, e quais seriam as saídas diante de um ordem coativa ilegítima. Entretanto, tem-se que analisar a liberdade sempre em consonância com a legalidade. A liberdade de fazer, agir e atuar, só pode ser limitada por um sistema coativo legítimo. A liberdade é sempre regra, sua restrição é que deve ser excepcional. Não se admitem restrições à liberdade por analogia, de modo duvidoso, por indução, senão única e tão-somente devem estar expressamente positivadas.

Dele se extrai a idéia de que a liberdade, em qualquer de suas formas, só pode sofrer restrições por normas jurídicas preceptivas (que impõem uma conduta positiva) ou proibitivas (que impõem uma abstenção), provenientes do Poder legislativo e elaboradas segundo o procedimento estabelecido na Constituição. Quer dizer: a liberdade só pode ser condicionada por um sistema de legalidade legítima.²²⁸

Ninguém, portanto, é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude da lei. O art. 226 da CF de 1988, bem como o Código Civil de 2002, em nenhum momento determinam como devem as pessoas formarem família. O que faz o Código é regulamentar aquelas que possuem uma denominação, levando-se em conta que embora referida na Carta Política, não há uma única palavra no Código sobre as famílias monoparentais. Também não existem proibições, salvo o não reconhecimento de algumas situações onde existem os impedimento matrimoniais, a teor do art. 1727.

Portanto, salvo os impedimentos, a liberdade no que diz respeito à constituição de famílias em nosso ordenamento jurídico é ampla. À tal conclusão se chega, usando métodos tradicionais de interpretação constitucional. Na seara dos direitos fundamentais, e

²²⁸ SILVA, op. cit. p. 235

pertencer a uma família é fundamental, não cabe ao direito atribuir, senão reconhecer e garantir. A família preexiste ao Direito, portanto, presentes afeto (com intenção de vida em comum e familiar), estabilidade e publicidade, cabe ao Direito reconhecer a entidade familiar, protegendo seus integrantes e garantido-lhes os direitos das relações familiares.

Embora poucos autores levem o tema a esta extensão, o inciso X do art. 5º da CF, também interessa de perto quando garante a inviolabilidade da intimidade e da vida privada. Nada há de mais íntimo, mais privado, mais pessoal, que a decisão de se buscar a felicidade em uma entidade familiar. A decisão de se unir a alguém, com o objetivo desta busca pessoal, seja este alguém do mesmo sexo ou não, a decisão da paternidade/maternidade, dizem respeito somente às pessoas que as tomam. Envolve sentimento, o mais puro, aquele que é o único que para além das relações pessoais pode efetivamente ajudar na construção de uma sociedade melhor. Com amor, afeto e ética, praticados por todos, ter-se-á uma humanidade melhor, lembrando que a família inegavelmente prepara os cidadãos. Nada mais humano que buscar amor. Nada mais íntimo, que buscá-lo em uma família.

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 humanidade em todo o agrupamento humano, a partir de sua grei inicial: a família.²²⁹

²²⁹ BARROS, *Direitos humanos da...* p. 149.

Não deve o Estado, nem terceiros, questionar modo de vida de quem quer que seja, respeitando sua privacidade e sua intimidade, o que tem a ver com respeito às suas escolhas. Deve-se aceitar a pluralidade, tolerar a diferença, não invadindo aquela esfera que é reduto de nossa individualidade. O direito brasileiro, apesar de algumas inovações e de uma larga produção doutrinária, ainda padece da excessiva patrimonialização. Sempre que se fala em inviolabilidade da intimidade ou vida privada, encontram-se comentários sobre sigilo bancário, indenização pecuniária por dano moral. Mas pouco se fala sobre o direito a de forma autônoma e ética, dar à vida (nos limites legítimos da legalidade) o rumo que bem se entende, usar a inerente autonomia humana para escolher entre os inúmeros caminhos e objetivos possíveis. Sendo invioláveis, as decisões pessoais não podem consistir também em fonte de discriminações.

É também inviolável a vida privada (art. 5º X). Não é fácil distinguir vida privada de intimidade. Aquela, em última análise, integra a esfera íntima da pessoa, porque é repositório de segredos e particularidades do foro moral e íntimo do indivíduo. Mas a constituição não considerou assim. Deu destaque ao conceito, para que seja mais abrangente, como conjunto de modo de ser e viver, como direito de o indivíduo viver sua própria vida.²³⁰

Com esta análise, dentro da própria Constituição, dentro do sistema jurídico brasileiro, encontram-se os argumentos para demonstrar que o art. 226 da CF é exemplificativo, sendo de rigor o reconhecimento de qualquer entidade familiar que apresente os elementos caracterizadores. Tal reconhecimento, tendo em vista o expressamente previsto na Carta Política, prescinde de nominá-las ou regulamentá-las.

²³⁰ SILVA, op. cit. p. 207.

Outros argumentos também podem ser lançados em defesa da tese. Torna-se necessário lembrar que o vocábulo também significa da mesma forma, outrossim, devendo ser utilizado para incluir, nunca para excluir. Não se pode olvidar que, as famílias ali enumeradas são as mais comuns no cotidiano, mas não são as únicas. Na lúcida lição de Netto Lôbo, que foi quem primeiro enfrentou o tema:

A regra do §4º do art. 226 integra-se à cláusula geral de inclusão, sendo esse o sentido do termo também nela contido. Também tem o significado de igualmente, da mesma forma, outrossim, de inclusão de fato sem exclusão de outros. Se dois forem os sentidos possíveis (inclusão ou exclusão), deve ser prestigiado o que melhor responda à realização da dignidade da pessoa humana, sem desconsideração das entidades familiares reais não explicitadas no texto.²³¹

Em uma sociedade aberta e plural, sendo o pluralismo reconhecido pela própria constituição, exige-se uma tarefa de interpretação da constituição também aberta, plural, capaz de resolver os conflitos inerentes a uma sociedade pluralista. A tarefa, pois, de interpretar não deve se prender a extremado positivismo, nem pode ser vista como unicamente uma tarefa dos tribunais, sendo fruto de atuação de todos os atores sociais.

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição.²³²

²³¹ LÔBO, **Entidades familiares...** p. 95.

²³² HABERLE, P. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição.** Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor:2002 p. 15.

Netto Lôbo²³³, citando vários autores, aponta ainda critérios outros de interpretação que levam à conclusão de que o art. 226 da CF é norma geral de inclusão. Há necessidade de interpretar “amplamente” as normas que venham eliminar diferenças, exclusões ou injustiças. Traz ainda as regras segundo as quais, a interpretação deva conferir à constituição a maior efetividade, bem como de que interpretação constitucional é “concretização”.

O art. 226 da CF, ao espancar com o monismo familiar, alberga em sua proteção, qualquer forma de entidade familiar. Não seria interpretar amplamente, entender que somente as três entidades referidas mereçam reconhecimento e, por conseguinte, proteção. Muito menos se pode falar em máxima efetividade, se há um princípio de pluralismo limitado a três entidades. Sendo a Constituição Federal fundada na dignidade da pessoa humana, recusar o reconhecimento às entidades familiares, que tem função serviente em relação à pessoa, seria evitar a concretização dos direitos fundamentais. A proteção à família, não se dirige ao grupo, enquanto ente autônomo, mas à pessoa. “Os direitos atribuídos aos componentes da família garantem, tutelam e promovem diretamente exigências próprias da pessoa e não de um distinto organismo, expressão de um interesse coletivo superior, fundamento de direitos e deveres.”²³⁴

No Estado denominado democrático e social, as opções constitucionais têm forte carga política. Isso não significa que o sujeito deva ser anulado, simplesmente, há que se considerar que todos são dotados de dignidade, devendo-se estabelecer o respeito aos

²³³ LÔBO, **Entidades familiares...** p. 98.

²³⁴ PERLINGIERI, P. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional.** Trad. Maria Cristina De Cicco. Renovar:2002 p. 245.

direitos, de forma especial à liberdade e à igualdade, para a construção de uma sociedade solidária e justa. Mesmo com opções políticas deve ser um constitucionalismo jurídico, que tenha absorvido todas as mudanças sociais, um constitucionalismo pronto a amparar uma sociedade plural. Um constitucionalismo que tenha natureza flexível e dúctil. A esta altura, dispensável qualquer palavra sobre a soberania constitucional, no sentido de que o direito infraconstitucional a ela deva se amoldar. Uma constituição principialista como a CF de 1988, deve ter flexibilidade suficiente para que nenhum princípio tenha caráter de absoluto, pois somente com a compatibilização com outros princípios é que cidadania, liberdade e inclusão estarão garantidas.

Outra não é a lição de Gustavo Zagrebelsky, naquilo a que ele se refere como a ductilidade constitucional.²³⁵

Ao longo deste estudo, demonstrou-se a importância para o sujeito, para sua formação e estruturação e para o fato de pertencer a uma família. No desempenho dos papéis de cada membro da família, opera-se a passagem da natureza para a cultura. A família tem íntima ligação com a natureza, embora fato cultural. Não pode o direito desprezar a subjetividade presente no fundamental direito de compor uma família.

²³⁵ ZAGREBELSKY, G. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Trad. Marina Gascón. pág. 14-15 Editorial trota:1995 . “Si, mediante una palabra lo más aproximada posible, quisiéramos indicar el sentido de este carácter esencial del derecho de los Estados constitucionales actuales, quizás podríamos usar la imagen de ductilidad. La coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a su cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir. Solamente asume carácter absoluto el metavalor que se expresa en el doble imperativo del pluralismo de los valores (en lo tocante al aspecto substancial) y la lealtad en su enfrentamiento (en lo referente al aspecto procedimental).

Viu-se também a evolução do direito, com certa ênfase no Direito de família, principalmente o pátrio. O Estado, através do Direito, apossou-se da família, cometendo-lhe uma série de atribuições e encargos, colocando-a acima da pessoa.

A evolução do Estado trouxe mudanças para o Direito, sendo a principal delas o lugar de centralidade ocupado a partir destas evoluções pela Constituição. Juntamente com esta nova visão constitucional, os princípios ocupam seu devido lugar, todos acobertados e agasalhados pelo princípio maior da dignidade da pessoa humana. Dignidade esta, efetivamente protegida pelo direitos fundamentais.

Se a sociedade é plural, o Estado deve recepcionar este pluralismo e a vivência familiar é baseada no consenso, na ética, no afeto, onde todos os afetados pelas normas desta convivência dão seu assentimento. Devem ser recepcionadas as chamadas normas intrafamiliares. As pessoas podem definir o tipo de entidade familiar que irão compor, devendo tal decisão ser respeitada pelo Direito, e seu componente ter garantidos os direitos decorrentes das relações familiares.

Mais do que reconhecer que o art. 226 da CF é exemplificativo, há também que se reforçar que, estando presentes os elementos caracterizadores da entidade familiar, não há necessidade de nomeá-las. Os nomes sempre remetem às entidades anteriormente reconhecidas, o que nos levaria a uma igualdade baseada na maioria, pois, inevitavelmente, usar-se-iam modelos. O mesmo se aplica à regulamentação, pois esta usaria como paradigmas as entidades anteriormente regulamentadas.

Quando a legislação infraconstitucional não cuida de determinada entidade familiar, ela é regida pelos princípios e regras constitucionais, pelas regras e princípios gerais do Direito de Família aplicáveis e pela contemplação de suas especificidades. Não pode haver, portanto, regras únicas, segundo modelos únicos ou preferenciais. O que as unifica é a

função de locus de afetividade e da tutela da realização da personalidade das pessoas que as integram; em outras palavras, o lugar dos afetos, da formação social onde se pode nascer, ser, amadurecer e desenvolver os valores da pessoa.²³⁶

Famílias igualitárias, onde se encontre calor humano, proteção. Local de respeito à liberdade de cada um, mas onde se conjuguem esforços e se pratique a solidariedade. A família quer estar menos sujeita às normas e mais à vontade de seus componentes. Conflitos existirão, mas vale a pena lutar pela família fundada no afeto. Vale a pena passar da família matrimonializada para a plural.

Vale a pena empreender a travessia do Direito Civil de família, para o direito constitucional, para o reconhecimento e garantia do direito fundamental à família.

²³⁶ LOBO, **Entidades familiares...** p. 107.

CONCLUSÃO

Chega-se ao fim de uma etapa, não de uma caminhada. Buscar a felicidade junto de alguém, na formação de uma família, pertence à ordem do desejo, portanto infensa a modelos. A sociedade porosa e aberta, conviveu, convive e sempre vai conviver com diversos arquétipos familiares. A sua proteção exige trabalho constante.

No contexto do pluralismo religioso, ético e cultural, todas as formas de vivência da intimidade e de arranjos familiares têm direito de cidadania. Muito provavelmente não mais haverá um modelo de família predominante, ao qual se reconheça um significado normativo. O processo de fragmentação da cultura moderna multiplicará novas possibilidades e opções inéditas. Somente a experiência poderá mostrar, no tempo, quais opções se revelam mais favoráveis para a construção de uma vida familiar e social mais correspondente às exigências humanas ou se todas terão cumprido a única finalidade de satisfazer o ímpeto de liberdade individual, independentemente das concretas realizações a que dão vida.²³⁷

Os integrantes da família, qualquer que seja sua forma, exigem que ela seja instrumento de estruturação psíquica, de vivência da alteridade, de conjugação de esforços, de inserção no mundo, de inserção à cidadania. Repersonalizar o direito, significa enxergar qualquer instituto jurídico, sob a perspectiva do sujeito. O ser humano enquanto centro do ordenamento, tem um alcance amplo, no sentido de que, todos os institutos jurídicos sejam funcionalizados, isto é, sirvam ao desenvolvimento da dignidade do homem, com a família, não pode ser diferente.

²³⁷ PETRINI, op. cit. p. 51

Neste caminho, fundamental o papel de se garantir eficácia às normas constitucionais, pois ao se referir a constitucionalização, busca-se “uma alteração profunda da ordem pública, a partir da substituição dos valores que permeiam o direito civil, no âmbito do qual a pessoa humana passa a ter prioridade absoluta.”²³⁸

Cultural e histórica, a família antecede ao direito. Este não tem sobre aquela poder de atribuição, senão de reconhecimento. Tal reconhecimento, entretanto, deve levar em conta a superação do direito privado clássico rumo ao direito civil constitucional e à efetivação do fundamento de nossa república que é a dignidade da pessoa humana.

Parece não restar dúvida, enfim, de que o núcleo familiar que se descortina contemporaneamente mostra-se desintoxicado do ancestral rigor da legitimidade. O modelo do legislador já não suporta ofertar-se como único ou melhor, mesmo porque o descompasso gravado entre ele e a multiplicidade de modelos apresentados na vida como ela é, de tão enorme, já não admitia a sobrevivência de outra saída que não esta, adotada, enfim, pelo legislador pátrio, de constitucionalizar relevantes inovações...²³⁹

Neste sentido, o respeito à liberdade é fundamental. No âmbito familiar, a liberdade de formar uma entidade familiar, dando a ela a forma que facilite que esta cumpra sua função serviente, está intimamente ligado ao respeito às diferenças, que é a única forma de garantir a igualdade.

Não há necessidade de modelos ou regulamentações das diversas formas

²³⁸ TEPEDINO, G. A constitucionalização do Direito Civil: perspectivas interpretativas diante do novo código. **DIREITO CIVIL: Atualidades**. (Coord.) César Fiúza et al Belo Horizonte:Del Rey,2003.

²³⁹ HIRONAKA, G. M. F. N. Tendências do Direito Civil no século XXI. **DIREITO CIVIL: Atualidades**. (Coord.) César Fiúza et al Belo Horizonte:Del Rey,2003.

familiares. É preciso que se mantenham as já existentes, ou até mesmo, que se regulamentem e nominem aquelas, que por suas particularidades exijam tal intervenção do legislador.

A tentação da regulamentação consulta de perto o ideal liberal de monismo jurídico e segurança jurídica. Entretanto, o reconhecimento do pluralismo, com fundamento nos princípios, ainda que para alguns possa gerar insegurança, opera a “recuperação discursiva de valores como ética e justiça.”²⁴⁰ A regulamentação, que invade a esfera de privacidade do sujeito, pode gerar exclusões.

O Direito, apreendendo relações sociais, organiza sua sistemática de modo a estabelecer `modelos` de conduta e, conseqüentemente, excluir outras realidades. As peculiaridades, as diversidades da vida são reduzidas pelo Direito. Quando o Direito `diz` - define -, outrossim exclui. A linguagem jurídica, ao mesmo tempo em que assegura alguns fatos como produtores de efeitos jurídicos, exerce a exclusão daqueles fatos não disciplinados.

241

O fundamento do pluralismo é buscado no fundamento da república, e por conseguinte, do ordenamento jurídico, que é a dignidade da pessoa humana. Mais do que alargar o conceito de família, a constituição recolocou o ser humano em seu devido lugar, como fim e não meio, relegando a ele a definição de que em qual tipo de família quer viver. “Garante-se, desta forma, a liberdade de escolha no que tange ao modo de constituição de

²⁴⁰ FACHIN, L. **Teoria crítica do direito civil**. p. 3.

²⁴¹ MATOS, A. C. H. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina**. Rio de Janeiro:Renovar,2000 p.10.

família, elemento inovador da Constituição Federal que permite afirmar a existência de uma pluralidade jurídica.”²⁴²

A regulamentação ainda, poderia se transformar em desrespeito à liberdade. Tome-se, por exemplo, as uniões de pessoas do mesmo sexo. O seu não reconhecimento como entidade familiar, fere frontalmente a Constituição Federal de 1988, lado outro, reconhecê-la como União Estável, ainda encontra resistências, o que redundaria em decisões que acabam por excluir as pessoas do laço familiar por sua opção sexual. Na ausência de modelos, basta, com fundamento na CF de 1988, o reconhecimento como entidade familiar. Tal postura deve ser estendida a qualquer entidade familiar.

Se o direito é posterior à família, não pode defini-la, nem alargar seu conceito. Quem pode e deve realizar tal tarefa é o homem, e o direito, que se pretende inclusivo, deve reconhecer a família, conferindo aos seus sujeitos os direitos decorrentes das relações familiares.

Se a constituição garante a liberdade, preserva a igualdade, respeitando as diferenças, é bastante óbvio que estes homens e mulheres livres e diferentes irão compor formas familiares diversas. Não há como negar que o pluralismo familiar estabelecido por nossa constituição federal, ultrapassa os três tipos de família ali exemplificados.

Sem dúvida, então, a única conclusão que atende aos reclamos constitucionais é no sentido de que o rol não é – não pode ser nunca! – taxativo, por deixar sem proteção inúmeros agrupamentos familiares não previstos no Texto Constitucional, até mesmo por absoluta impossibilidade.

²⁴² CARBONERA, S. M. **Guarda de filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000 p.37.

Não fosse só isso, ao se observar a realidade social premente, verificando-se a enorme variedade de arranjos familiares existentes, apresentar-se-ia outro questionamento: seria justo que os modelos familiares não previstos na lei não tenham proteção legal? ²⁴³

Promover a dignidade do homem através da efetivação de seus direitos fundamentais é tarefa constante. É uma constante luta entre aqueles que querem negar estes direitos e toda a sociedade, que só será justa, solidária e ética quando haja uma plena efetivação destes direitos.

A família deve servir ao homem e não o contrário. Sendo baseado no afeto, havendo estabilidade e publicidade, qualquer grupo merece ser reconhecido como família, sem que lhe sejam impostos modelos, deixando que as regras de convivência nasçam do consentimento.

Mosaico da diversidade, ninho de comunhão no espaço plural da tolerância. Tripé de fundação, como se explica. Diversidade cuja existência do outro torna possível fundar a família na realização pessoal do indivíduo que respeitando o outro edifica seu próprio respeito e sua individualidade no coletivo familiar. Comunhão que valoriza o afeto, afeição que recoloca novo sangue para correr nas veias de um renovado parentesco, informado pela substância de sua própria razão de ser e não apenas pelos vínculos formais ou consangüíneos. Tolerância que compreende o convívio de identidades, espectro plural, sem supremacia desmedida, sem diferenças discriminatórias, sem aniquilamentos. Tolerância que supõe possibilidade e limites. Um tripé que, feito desenho, pode-se mostrar apto a abrir portas e escancarar novas questões. ²⁴⁴

O hoje reconhecido pluralismo familiar ainda é insuficiente, até mesmo porque, permite a possibilidade de discussão sobre seu alcance.

²⁴³ FARIAS, op. cit. p. 10

²⁴⁴ FACHIN, L. **Elementos críticos do direito de família**. p. 306.

Há, finalmente, que se mirar no sujeito e não na família. A ele, sujeito aquela deve servir. Com este fundamento, e somente com este, deve-se permitir ao sujeito dar à sua família a forma que bem entender, garantindo-lhe o fundamental direito de pertencer a uma família. Nesta esteira de raciocínio estando presentes os elementos caracterizadores o reconhecimento não só é possível, como é dever do Estado.

Além disso, a dignidade é também princípio jurídico, uma vez que é o norte hermenêutico de todo o Direito, que exige a releitura de todos os institutos sob o novo olhar da pessoa humana, cujo conteúdo deve ser preenchido com os valores eleitos pela população, muitos deles jurisdicizados. Por isso, é norma-fonte inesgotável de direitos e garantias fundamentais.²⁴⁵

A dignidade humana que encontra alicerce nos fundamentais direitos à liberdade e à igualdade, independe de ser outorgada pelo Direito. Entretanto, pode o Direito, desde que, mire o ser como sujeito de necessidades, ser instrumento de garantia e efetivação desta dignidade. Reconhecendo a pluralidade de formas de família, reconhece a liberdade dos sujeitos que a integram. Deste modo, permitir ao sujeito que configure sua família, como m entenda, reconhecendo-lhes os direitos inerentes é assegurar-lhe o fundamental direito de amar e ser amado, e nesta troca, ser feliz.

²⁴⁵ TEIXEIRA, A. C. B. **Família, Guarda e autoridade parental**. Rio de Janeiro:Renovar, 2005 p. 65.

BIBLIOGRAFIA

ALDROVANDI, A.; SIMIONI R. L. **O direito de família no contexto de organizações socioafetivas: dinâmica, instabilidade e polifamiliaridade.** *Revista Brasileira de Direito de Família.* n. 34 . fev/mar., 2006.

AMARAL, F. **Direito Civil. Introdução.** São Paulo: Renovar, 2006.

AZEVEDO, A. J. Réquiem para uma certa dignidade da pessoa humana. **Família e cidadania. O Novo CCB e a vacatio legis.** *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família.* IBDFAM/OAB-MG, 2002.

BARCELLOS, A. P. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana.** São Paulo: Renovar, 2002.

BARROS, S. R. A ideologia do Afeto. *Revista Brasileira de Direito de Família.* n 14 jul/set. 2002 .

_____. Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais **In Direito de Família e psicanálise. Rumo a uma nova epistemologia.** (Coord.) Giselle Câmara Groeninga e Rodrigo da Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

BOBBIO, N. Presente e futuro dos Direitos do Homem. **A era dos Direitos** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2005.

BRAGANHOLO, B. H. Algumas reflexões acerca da evolução, crise e constitucionalidade da família. *Revista Justiça do Direito.* v. 18 n. 1 UFP editora: 2004.

CARBONERA, S. M. **Guarda de filhos.** Na família constitucionalizada. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2000.

COSTA, Judith Martins. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. **Constituição, Direitos fundamentais e direito privado.**(Org.) Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria Advogado: 2003.

COULANGES, F. **A Cidade Antiga** Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

COURT, P. M. Família e sociedade contemporâneas. **In Família, sociedade e subjetividades. Uma perspectiva multidisciplinar.** Orgs. João Carlos Petrini e Vanessa Ribeiro Simon Cavalcanti. São Paulo: Vozes, 2005.

DIAS, M. B. **Manual de Direito das Famílias** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ENGELS, F. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Trad. Ruth M. Klaus. São Paulo: Centauro Editora.

FACHIN, L. E. **Estatuto jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Família, Direitos e uma nova cidadania. **Família e Cidadania. O novo CCB e a vacatio legis**. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de família. IBDFAM/OAB-MG : 2002.

_____. **Elementos críticos do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FACHIN, L. E.; RUZYK, C. E.P. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**.(Org.) Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

FACHIN, R. A. G. **Em busca da família do novo milênio. Uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de família brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____.Direito Constitucional à família. **Revista Brasileira de Direito de Família**. n. 23 abr/mai : 2004.

S, C. C. de. Direito constitucional à família (ou famílias sociológicas versus famílias reconhecidas pelo direito: um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade **Revista Brasileira de Direito de Família**. Abr/mai: 2004).

FIUZA, C. A. C. Mudanças de paradigmas. Do tradicional ao contemporâneo. **Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. A família na travessia do milênio** IBDFAM/OAB-MG: 2000.

FREYRE,G. **Casa Grande Senzala**. 48ª edição. São Paulo: Global Editora, 2003.

Freud, S. **Totem e Tabu e outros trabalhos**. In Obras psicológicas completas de Sigmund Freud. Edição standard brasileira. V.13. Rio de Janeiro: Imago. (Trabalho original publicado em 1920).

GAMA, G. C. N. **O companheirismo. Uma espécie de família**. 2ª edição. São Paulo: RT, 2001.

GROENINGA, G. C. Família: um caleidoscópio de relações. **Direito de Família e psicanálise. Rumo a uma nova epistemologia.** (Coord.) Giselle Câmara Groeninga e Rodrigo da Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

HABERLE, P. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição.** Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade I.** Trad. Flávio Beno Siebeneichler-UGF. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HIRONAKA, G. M. F. **Tendências do Direito Civil XXI. A constitucionalização do Direito Civil: perspectivas interpretativas diante do novo código. DIREITO CIVIL: Atualidades.** (Coord.) César Fiúza et al Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

JÚNIOR, H. T. A onda reformista do direito privado e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil.** n 40. Mar/Abr: 2006.

NERI JUNIOR, N ; NERY, R. M. A. **Constituição Federal Comentada e Legislação constitucional.** São Paulo: RT, 2006.

KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos.** Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002.

LEITE, E. O. **Direito civil aplicado. v. 5. Direito de família.** São Paulo: RT, 2005.

LISBOA, R. S. **Manual de Direito Civil. V. 5. Direito de família e das sucessões.** São Paulo: RT, 2006.

LÔBO, P. L . N. **Código Civil Comentado. Direito de Família. Relações de Parentesco. Direito Patrimonial. V. VI.** (Coord.) Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. Constitucionalização do Direito Civil. **Direito Civil Atualidades.** (Coord.) César Fiúza e outros. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. Constitucionalização do Direito Civil. **Revista de Informação Legislativa.** 36 n. 141 jan/mar, 1999.

_____. A repersonalização das relações de família. **Revista Brasileira de Direito de Família.** n 4 jun/jul, 2004.

_____. Entidades familiares constitucionalizadas: Para além do *numerus clausus*. **Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e Cidadania. O novo CCB e a *vacatio legis***. IBDFAM/Oab-MG, 2002.

LORENZETTI, R. L. **Fundamentos do direito privado**. Trad. de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998.

MATOS, A.C.H. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MIRANDOLA, G. P. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Edição Bilíngüe. Trad. Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Edições 70, 1989.

PEREIRA, R. da C. **Direito de Família Uma abordagem psicanalítica**. 3. edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família**. Del Rey: 2005.

_____. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. **Direito de Família e psicanálise. Rumo a uma nova epistemologia**. (Coord.) Giselle Câmara Groeninga e Rodrigo da Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

PERLINGIERI, P. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERROT, M. **O nó e o ninho**. In: HARAZIM, D. (org.) *Veja 25 anos - Reflexões para o futuro*. São Paulo: Abril, 1993.

PETRINI, J. C. Mudanças sociais e mudanças familiares. **In Família, sociedade e subjetividades. Uma perspectiva multidisciplinar**. Org. João Carlos Petrini e Vanessa Ribeiro Simon Cavalcanti. Petrópolis: Vozes, 2005.

_____. **Família sem casamento: da relação existencial de fato a realidade jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

RAMOS, C. L. S. Família constitucionalizada e pluralismo jurídico. **A família na travessia do milênio. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família**. IBDFAM/OAB-MG: 2000.

SANTOS, B. S. **A crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência**. 4ª ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

STRAUSS, L. C. **As estruturas elementares do parentesco**. 3ª edição. Petrópolis: Vozes, 2003.

TEIXEIRA, A.C.B. **Família, guarda e autoridade parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TEPEDINO, G. Premissas Metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. **In Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. Normas constitucionais e relações de direito Civil na experiência brasileira. **Temas de Direito Civil Tomo II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Tendências do Direito Civil XXI**. A constitucionalização do Direito Civil: perspectivas interpretativas diante do novo código. **DIREITO CIVIL: Atualidades**. (Coord.) César Fiúza et al Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

THERBORN, G. **Sexo e Poder. A família no mundo 1900-2000**. Trad. Elisabete Dória Bilac. São Paulo: Contexto, 2006.

VALE, A. R. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 2004.

VENOSA, S. S. **Introdução ao estudo do direito. Primeiras linhas**. São Paulo: Atlas, 2004 .

VILELLA, J. B. Repensando o Direito de Família. **Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família**. IBDFAM/OAB-MG, 1999.

WINGEN, M. **A caminho de uma ciência da família?** Considerações preliminares para a fundamentação de uma disciplina ancorada na interdisciplinaridade. (**Auf dem Wege zur Familienwissenschaft?**). Trad. Elisete Antoniuk Sergio Antonio. Porto Alegre: Fabris Editor, 2005.

WOLKMER, A. C. **Pluralismo jurídico**: Fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Alfa-omega, 2001.

ZAGREBELSKY, G. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Trad. Marina Gascón. pág. 14-15. Editorial trota: 1995.

ZAMBERLAM, C. O. **Os novos paradigmas da Família contemporânea. Uma perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.