



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ – UECE
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO – ESMP
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DE FAMÍLIA, REGISTROS
PÚBLICOS E SUCESSÕES**

ÂNGELA TERESA GONDIM CARNEIRO CHAVES

**A AFETIVIDADE COMO FUNDAMENTO DAS NOVAS ENTIDADES
FAMILIARES: UMA ABORDAGEM CONSTITUCIONAL**

**Fortaleza / CE
2011**

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

Ângela Teresa Gondim Carneiro Chaves

**A AFETIVIDADE COMO FUNDAMENTO DAS NOVAS ENTIDADES FAMILIARES:
UMA ABORDAGEM CONSTITUCIONAL**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito de Família, Registros Públicos e Sucessões do Centro de Estudos Sociais Aplicados, da Universidade Estadual do Ceará, como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Direito.

Orientadora: Profa. Alcyvânia Maria Cavalcante de Brito Pinheiro, Ms

**Fortaleza - Ceará
2011**

C512a Chaves, Ângela Teresa Gondim Carneiro.
A Afetividade como abandono das novas entidades familiares: uma abordagem constitucional / Ângela Teresa Gondim Carneiro Chaves. – Fortaleza, 2011.
76 p.
Orientador (a): Profa. Ms. Alcyvânia Maria Cavalcante de Brito Pinheiro
Monografia (Especialização em Direito de Família, Registros Públicos e Sucessões) – Universidade Estadual do Ceará, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Escola Superior do Ministério Público do Ceará.
1. Direito de Família. 2. Entidades familiares. 3. Constitucionalização. 4. Afetividade. I. Universidade Federal do Ceará, Escola Superior do Ministério Público do Ceará.

CDD: 342.16

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DE FAMÍLIA,
REGISTROS PÚBLICOS E SUCESSÕES

Título do Trabalho:

**A AFETIVIDADE COMO FUNDAMENTO DAS NOVAS ENTIDADES
FAMILIARES: UMA ABORDAGEM CONSTITUCIONAL**

Autora: Ângela Teresa Gondim Carneiro Chaves

Defesa em: ___/___/2011

Conceito obtido: _____

Nota obtida: _____

Banca Examinadora

**Orientadora: Profa. Alcyvânia Maria Cavalcante de Brito Pinheiro, Ms
Universidade de Fortaleza - UNIFOR**

**Examinador:
Escola Superior do Ministério Público- ESMP**

**Examinador:
Universidade Estadual do Ceará - UECE**

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus sempre e por tudo.

Agradeço a minha família, que sempre me incentiva e compreende as ausências involuntárias, mas necessárias à conclusão deste trabalho.

Agradeço a minha orientadora Alcyvânia Maria Cavalcante de Brito Pinheiro, sempre disponível, pelos seus ensinamentos, profissionalismo e incentivo, que me fizeram perseverar na pesquisa científica.

Por fim, agradeço a todos da Escola Superior do Ministério Público e colegas de turma, pela alegria do convívio que tornou agradável o curso de especialização em direito de família, registros públicos e sucessões.

DEDICATÓRIA

À minha mãe, presença constante na minha vida, cuja memória me acompanha, orientando-me e inspirando-me. Dedico-lhe meus esforços com gratidão por tudo o que sou, em grande parte resultado de seu exemplo, que é não só a melhor forma, mas a única maneira de educar.

A meus filhos, sementes que lanço ao mundo, com a esperança de que frutifiquem e devolvam ao universo o muito que ele nos tem gratuitamente concedido.

A meu marido, companheiro constante, que torna minha jornada mais leve, meus caminhos mais alegres e com quem espero envelhecer feliz e realizada.

A meu pai e irmãos, meus portos seguros, amigos fiéis e inseparáveis, confidentes e referenciais de amor.

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo geral demonstrar que o ordenamento jurídico brasileiro deve proteger um número mais ampliado de entidades familiares e não somente aquelas expressamente descritas no art. 226 e parágrafos da Constituição Federal de 1988. Para tanto, identifica a força normativa dos princípios norteadores das novas famílias, dentre os quais, com especial destaque, a afetividade, como fundamento para constituição das famílias. Enfoca se a função dos princípios deve ser considerada como fonte supletiva do Direito ou como norma jurídica de aplicação imediata, no contexto do pós-positivismo jurídico. Delineia o fenômeno da constitucionalização do direito privado, resultado da transição da modernidade para a pós-modernidade, substituindo as idéias liberais que consideravam a Constituição como documento eminentemente político, distante do fato social, e conferiam às codificações a primazia na solução dos conflitos interpessoais. Descreve o tratamento dispensado às famílias nas Constituições brasileiras. A família sofreu severas alterações, o que se refletiu no seu tratamento constitucional, passando-se a reconhecer e proteger outras formas de arranjos familiares, além daqueles tradicionalmente constituídos exclusivamente pelo vínculo do casamento. Apontam-se as novas formas de entidades familiares, com uma abordagem no Direito Constitucional e no Direito Civil. São objeto de compreensão as modalidades explícitas e implícitas de entidades familiares, estas últimas constituindo-se de uma construção doutrinária e jurisprudencial. Finalmente, será apreciado como os avanços normativos têm atendido aos novos arranjos familiares e como ainda persistem lacunas legislativas em relação a alguns tipos de núcleos familiares, ainda não plenamente normatizados e como o estudo dos princípios e da constitucionalização do direito de família pode ajudar no suprimento da inexistência de previsão expressa no ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Entidades Familiares. Constitucionalização. Força Normativa dos Princípios. Afetividade.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CF/88	Constituição Federal
CC/02	Código Civil de 2002
PNAD	Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
MPRS	Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul
INSEE	Instituto Nacional de Estatística e Estudos Econômicos da França

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	O NEO CONSTITUCIONALISMO: A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	14
2.1	O neo constitucionalismo: a força normativa dos princípios no ordenamento jurídico.....	14
2.2	Princípios.....	17
2.2.1	Funções: complementação ou fundamentação.....	19
2.3	A constitucionalização do Direito Privado.....	24
3	ENTIDADES FAMILIARES.....	28
3.1	Historicidade.....	28
3.2	Evolução constitucional.....	32
3.3	Entidades Familiares Explícitas.....	36
3.3.1	Casamento.....	37
3.3.2	União estável.....	40
3.3.3	Família monoparental.....	42
3.4	Entidades Familiares Implícitas	43
3.4.1	União homoafetiva.....	45
3.4.2	Família recomposta.....	50
3.4.3	Família solidária.....	51
4	PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA.....	53
4.1	Constitucionais (gerais).....	53
4.1.1	Dignidade da pessoa humana.....	53
4.1.2	Igualdade.....	56
4.1.3	Liberdade.....	57
4.2	Específicos.....	58
4.2.1	Estabilidade.....	58
4.2.2	Ostensividade.....	59

4.3	Afetividade.....	60
4.3.1	Conceito.....	62
4.3.2	Conteúdo.....	63
4.3.3	Aplicação nas Entidades Familiares.....	64
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	66
	REFERÊNCIAS.....	73

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho originou-se da constatação das mudanças das realidades social e jurídica no que se refere às famílias (GLANZ, 2005; PENA JR., 2008; TEPEDINO, 2006). A família é, tradicionalmente, considerada a *célula mater* da sociedade, de onde emanam relações jurídicas primárias e essenciais, desde a concepção – não devemos esquecer as questões relativas à reprodução assistida - até a morte, aí compreendidos o casamento, a dissolução da sociedade conjugal e/ou extinção do matrimônio, guarda, alimentos, adoção e sucessão, dentre outras.

Por ser o palco onde se desenvolvem relações jurídicas relevantes e sofrer diretamente influências culturais e históricas, a família ocidental modificou-se nos últimos anos, tanto sob o aspecto sociológico quanto jurídico, apresentando-se, modernamente, com uma diversidade de modelos possíveis e não mais como um padrão único de organização (LOBO, 2002). Tais alterações, aliadas aos avanços científicos, causam perplexidades em relação a temas polêmicos ligados à bioética e seus reflexos no direito das famílias, por exemplo, que serão tratados em outra ocasião.

Não se pode deixar de reconhecer que os verdadeiros laços de amizade, solidariedade e afetividade conferem maior autenticidade aos vínculos familiares, fundamentando os relacionamentos para além da consangüinidade. Estes novos princípios, elencados como basilares das novas famílias, reforçam a ampliação da proteção jurídica às novas famílias.

A Constituição Federal de 1988 passou a proteger expressamente a união estável e a família monoparental, além daquela constituída pelo casamento, apesar de, implicitamente, haver certa preferência pelo matrimônio, conforme a dicção final do §3º do art.226.

O Código Civil de 2002, compilando as legislações posteriores à Constituição Federal (Lei n. 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.560/92 sobre investigação de paternidade e Leis n. 8.971/94 e 9.278/96 sobre união estável e concubinato), pretendeu consolidar e conferir segurança jurídica às

novas famílias, regulando questões relativas à união estável, à guarda dos filhos, aos alimentos, ao patrimônio, regime de bens e sucessões, assuntos que, entretanto, por sua especificidade, não serão abordados nesta monografia.

O novo Código Civil, não obstante, foi omissivo em relação às chamadas entidades familiares implícitas, deixando margem a que o intérprete complemente a lacuna legal. Há quem sustente certo anacronismo do Código Civil de 2002, que não assimilou totalmente os novos paradigmas das entidades familiares (LOBO, 2010).

Ainda dependem de normatização algumas espécies de núcleos familiares, como a família solidária, a união homoafetiva, a família reconstituída, dentre outras, objetos de uma permanente construção jurisprudencial e doutrinária, já que a realidade não deixa escapar estas possibilidades, que desafiam o intérprete e aplicador do Direito, em sentido amplo.

De outro lado, o novo constitucionalismo está assentado no reconhecimento jurídico dos princípios, que devem preencher o conteúdo da norma dita aberta, havendo distinção de tratamento entre as chamadas normas regras e normas princípios. No caso das regras, utiliza-se a hermenêutica clássica, aplicando-se a interpretação literal, histórica, teleológica e sistemática. No que tange às normas abertas, a sistemática de exegese reclama ponderação de valores e observação dos elementos basilares do Estado onde se assentam os fundamentos da norma analisada (DWORKIN, 2005). Utilizaram-se, como marcos teóricos para abordagem deste tema, as obras de Robert Alexy e Ronald Dworkin, autores que influenciam a nova hermenêutica constitucional brasileira.

A constitucionalização do Direito de Família impõe que a todo este microsistema de relações privadas sejam aplicados os princípios e fundamentos da república brasileira, especialmente aqueles descritos no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, que faz alusão ao bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social.

Como objetivo geral deste trabalho busca-se identificar que o ordenamento jurídico protege um número reduzido de entidades familiares e demonstrar que é possível, através do estudo dos princípios e da

constitucionalização do Direito de Família, definir outros tipos de família e não somente aquelas expressamente descritas no art. 226, e parágrafos, da Constituição Federal de 1988. A redação do artigo constitucional é do tipo aberta, sendo necessário, portanto, compreender que a abordagem do neo constitucionalismo impõe um novo modelo de hermenêutica das chamadas normas-princípio e os critérios de sua aplicação, especialmente em face da lacuna legislativa.

Os objetivos específicos da pesquisa consistem em apontar como o conceito jurídico de família sofreu alterações, partindo de um modelo conservador para os modernos arranjos familiares, por meio de uma análise descritiva das Constituições da República. Nesta seqüência de idéias, é indispensável apresentar a evolução histórica e constitucional dos princípios que orientam os conceitos de família, especialmente do casamento, por se tratar de sua composição mais tradicional. Dentro desta abordagem histórico-evolutiva, definir, com destaque, a afetividade como base das estruturas familiares contemporâneas.

Justifica-se a escolha do tema pela necessidade de os operadores do direito concretizarem os princípios da igualdade e liberdade - derivados da dignidade da pessoa - e assim apontar para a possibilidade de extensão da proteção estatal - materializada através da adoção de políticas públicas e amparo previdenciário - através do Poder Judiciário, por meio de decisões que reconheçam a pluralidade das famílias, em situações não normatizadas. Dentre os princípios constitucionais especificamente aplicáveis ao Direito de Família, destacam-se: a afetividade, a ostensividade e a estabilidade, que devem ser observados como parâmetro para o reconhecimento das entidades familiares implícitas, já que deve haver critério para essa finalidade.

O primeiro capítulo é dedicado ao neo constitucionalismo e à relevância dos princípios no ordenamento jurídico pátrio. Demonstram-se como os princípios deixaram de ser vetores interpretativos para serem aplicados de forma direta pelo intérprete da norma, sem que isto signifique substituição ao legislador. Aborda-se o fenômeno da constitucionalização do direito privado e suas repercussões no Direito de Família. No segundo capítulo, são minudenciadas as entidades familiares, tanto explícitas quanto implícitas e suas particularidades, pois, quanto a estas últimas, ainda estão a depender de normatização algumas espécies de núcleos familiares.

No terceiro capítulo, são abordados os princípios gerais da Constituição Federal e aqueles aplicáveis ao Direito de Família, com ênfase ao princípio da afetividade. A abordagem foi eminentemente constitucional, não havendo a pretensão de se detalhar o universo legal sobre essas novas entidades familiares.

Nas conclusões finais, é feito o contraponto entre os padrões de família apresentados, apontando-se as dificuldades do reconhecimento de entidades implícitas no direito de família, apesar da possibilidade de inclusão destas na proteção jurídica, através dos recursos da nova hermenêutica constitucional. A utilização imediata dos princípios, no direito de família, confere maior objetividade às decisões e atende ao dinamismo que este ramo do direito está sujeito.

A pesquisa é qualitativa e descritiva, com coleta de dados eminentemente bibliográfica e documental, utilizando-se, como metodologia, da análise do discurso da doutrina, em seus aspectos históricos e argumentativos, com ênfase em autores de referência no assunto, buscando-se enfoques que estimulem a abordagem dialética do tema proposto. A pesquisa é aplicada, já que se buscou, na medida do possível, colaborar para a construção de uma argumentação que defenda a inclusão das chamadas entidades familiares implícitas nas decisões judiciais compatíveis com os aspectos abordados.

Os resultados obtidos, embora não esgotem o universo de discussões sobre o assunto, apontam para ampliação da compreensão sobre o tema, tendo em vista que o trabalho, além de oferecer um enfoque sobre a implicação do princípio da afetividade na formação dos laços familiares, através da análise do constitucionalismo contemporâneo, esboça um panorama histórico evolutivo do conceito jurídico da família e sua recepção no ordenamento jurídico, com ênfase para as entidades familiares implícitas.

2 O NEO CONSTITUCIONALISMO: A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

2.1 O neoconstitucionalismo: a força normativa dos princípios no ordenamento jurídico

Na evolução do Direito, para explicação do fenômeno jurídico, partiu-se de um paradigma jusnaturalista cosmológico – período clássico da filosofia antiga -, evoluindo-se para o teológico – durante o medievo - e, posteriormente, racional – no início da idade moderna -, até o jusnaturalismo contemporâneo, que sofreu influência do historicismo e sociologismo jurídico e encontra em Rudolf Stammler e Giorgio Del Vecchio seus mais significativos expoentes.

O século XX presenciou o surgimento do juspositivismo, que atingiu seu apogeu com a denominada “escola de Viena”. Este último paradigma, devido às dificuldades provocadas especialmente pelo excessivo apego ao formalismo – que reduz o sistema jurídico a um esquema fechado de normas expressas, sujeitas a um controle de validade e não de legitimidade -, acabou sendo ultrapassado em sua forma pura (SOARES, 2010).

Na contemporaneidade, ultrapassadas todas essas fases, surge o movimento denominado pós positivismo que sofre influxos da teoria dos princípios. Trata-se de uma superação entre a divisão marcada por idéias positivistas e naturalistas, e corresponde ao retorno da axiologia à ciência do Direito.

Esta nova forma de pensar e fazer a ciência do Direito tem reflexos no novo constitucionalismo, já que há o consenso de que as Constituições dos países, além de se constituírem na mais elevada espécie normativa, fonte, portanto, de toda a produção jurídica, possuem força simbólica, pois consolidam a estrutura de poder dos Estados, em seus múltiplos relacionamentos externos, através do exercício da soberania; determinam o tratamento destas estruturas com os cidadãos, assim como disciplinam aspectos relevantes das relações interpessoais. As Constituições, além de estabelecerem o diálogo entre o Direito e a Política, assim entendida como a

organização do Estado e os fundamentos de seu poder, determinam direitos fundamentais e princípios basilares que devem ser utilizados para garantir a coerência geral e a segurança do sistema jurídico.

Para Maia (2010, p.52), “o ponto de partida do constitucionalismo moderno é o assim chamado ‘período de reflexão constitucional norte-americano’”, na segunda metade do século XVIII. O autor aponta a célebre decisão do juiz John Marshall no caso *Marbury v. Madison* como marco inicial do novo constitucionalismo, eis que no voto proferido naquele julgado houve uma clara definição da supremacia constitucional, inaugurando um pensamento jurídico de que as leis ordinárias devem se submeter à Constituição para serem consideradas válidas. Ao dar lugar de destaque à Constituição, o juiz em comento dividiu o direito em constitucional e infraconstitucional, estabelecendo os primórdios do controle difuso de constitucionalidade das leis.

No século XX, no período conhecido como “entre guerras”, o direito alemão também deu seu contributo para a formação de uma consciência constitucional, através da Constituição de Weimar, a primeira da curta República (1919-1933). Embora o texto constitucional não abolisse inteiramente a monarquia, deu-lhe uma nova feição (monarquia parlamentarista), sob a pressão da profunda crise do liberalismo, da intensa recessão econômica e crise de poder advindas, em parte, da 1ª grande guerra. Significou o início da transição do estado liberal para o social.

Neste panorama, houve a transição do poder do monarca para a soberania popular, incorporado no texto da lei fundamental alemã, cujo principal mérito foi o de despertar as discussões sobre a unidade do poder estatal, as bases democráticas deste poder, além de estabelecer um catálogo de direitos fundamentais, influenciados pelas idéias morais de Kant (2006), para quem o homem é portador de uma dignidade intrínseca e, portanto, possuidor de direitos inalienáveis.

Em 1920, foi elaborada a Constituição da Áustria, em grande medida concebida por Hans Kelsen, representante jurídico da denominada “escola de

Viena”, que elaborou uma teoria onde justificou a preponderância constitucional, através da hierarquia de normas e lançou as bases do controle concentrado de constitucionalidade, através de um Tribunal Constitucional. Para Kelsen, o grande desafio do jurista consiste em realizar o processo individualizador do Direito, ou seja, partindo de uma norma determinante, chegar à concretude da norma determinada, seja ela uma lei, sentença judicial, ato administrativo ou contrato entre as partes (Maia, 2010).

Apesar de Kelsen haver lançado os fundamentos de validade do direito em linguagem científica e com argumentos de lógica jurídica, somente após a segunda grande guerra e derrocada dos regimes totalitários é que as Constituições adquiriram relevo na implantação dos regimes democráticos e dos direitos fundamentais, com reflexos nos ordenamentos jurídicos internos de cada país.

O constitucionalismo contemporâneo põe fim à conhecida “era dos estatutos”, onde predominava uma visão fragmentada do ordenamento jurídico, em suas diversas acepções de direito privado, público, processual, etc. A Constituição dita uma visão de conjunto, orientando valores que devem ser observados na produção normativa e sua interpretação, prevalecendo sobre uma hermenêutica isolada e disjuntiva.

Todo este cenário onde se desenvolve o chamado moderno constitucionalismo não pode ser dissociado de sua contingente historicidade. A pós-modernidade, sob aspecto filosófico, traz à tona o relativismo, em grande parte fruto da influência do ceticismo de Heidegger e do niilismo de Nietzsche, para quem o conceito de realidade é fluido e oscilante e os sistemas da razão propugnados por Kant e Hegel – na filosofia e Newton – na física, não passam de novos sistemas de dominação que substituem a religião e a metafísica (HRYNIEWICZ, 2009).

Neste contexto marcado pelo relativismo, as normatizações desempenham uma função essencial de estabelecer critérios estáveis para manutenção do que se costuma chamar de segurança jurídica, traduzida em certo grau de previsibilidade de tratamento jurídico entre pessoas que se encontram em situações semelhantes. Deve-se afastar, tanto quanto possível, o exacerbado

subjetivismo judicial, apesar da multiplicidade de situações concretas e da impossibilidade de previsão legal de todas elas.

O neo constitucionalismo, portanto, revigora algumas antigas discussões, como por exemplo: a polarização entre o objetivismo e o subjetivismo. O desafio consiste em estabelecer uma nova hermenêutica que privilegie a ponderação de interesses, nos casos de lacuna legal ou de normas do tipo abertas, visando à intervenção mínima no núcleo essencial dos direitos fundamentais em conflito e preservação dos direitos em jogo, e que supere o relativismo na análise do caso concreto. O intérprete deve, tanto quanto possível, resguardar a segurança jurídica e a estabilidade da ordem jurídica, para evitar decisões casuístas, lançando mão não só de uma argumentação coerente e lógica, mas apontando os fundamentos de sua opção valorativa.

Outro debate se impõe: um novo olhar sobre direito, política e moral, uma vez que os princípios, defende Alexy (2008), encerram um forte conteúdo ético e moral, sendo necessário, ao intérprete, extrair o seu máximo alcance, de forma a atingir a justiça, que será tanto mais justa quanto mais legítima.

Sem provocar uma profunda discussão filosófica acerca do conceito de vontade geral, preconizada por Rousseau, a idéia de legitimidade que ora se cogita é a de receptividade social da vontade normativa. Tanto mais legítima é a norma quanto maior for a adesão social a ela e, da mesma forma em relação às decisões do Poder Judiciário, que serão mais justas quanto mais se aproximarem deste assentimento.

2.2 Princípios

Modernamente, os princípios – explícita ou implicitamente expressos – ganham importância na solução de conflitos, cada vez mais complexos, constituindo-se verdadeiros parâmetros de aplicação dos dispositivos constitucionais e, por que não dizer, de todo o ordenamento infraconstitucional que deles depende.

A questão que ora se enfrenta é saber se os princípios deixaram de funcionar como meros norteadores interpretativos, para assumirem uma feição de norma supralegal, com força cogente, devendo ser obedecidos, sob pena de subversão do ordenamento jurídico.

Dentre os princípios implícitos no ordenamento jurídico, destacam-se os da proporcionalidade e razoabilidade, que são utilizados para solucionar questões mais complicadas, que envolvem a disputa entre outros princípios. Por esta razão, alguns autores os denominam de “metaprincípios”, pois se colocam num patamar superior (ou anterior) aos princípios que estão sendo diretamente utilizados numa situação de conflito.

Braga *apud* Welter (2007, p.71), ressalta a distinção entre razoabilidade e proporcionalidade:

É efetivada a bipartição do conceito entre os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sob os seguintes argumentos:

a) *razoabilidade* é prudência, ponderação, sapiência, tolerância, equilíbrio, moderação, harmonia, não arbitrário ou caprichoso, senso comum, boa fé, honestidade, lealdade, sinceridade, correção, moralidade, adequação, idoneidade, aceitabilidade, logicidade, bom senso;

b) *proporcionalidade* quer dizer avaliação entre os custos e os benefícios das medidas e restrições impostas, proporção, medida ou solução justa, adequada e necessária, Máximo de benefício com o mínimo de sacrifício.

Esta distinção, entretanto, não é considerada relevante nesta pesquisa, uma vez que os termos proporcionalidade e razoabilidade são tomados como sinônimos, não se considerando o rigor semântico que diferencia os vocábulos.

Na aplicação da proporcionalidade, o intérprete depara-se com um problema relevante para a adoção da medida mais justa, adequada e necessária, qual seja, a valoração do conteúdo normativo, pois deve haver a compreensão de que a norma exterioriza os valores eleitos como essenciais na estrutura do Estado.

Partindo da premissa trazida pelo pós positivismo de que o valor foi reapropriado pela ciência do direito, Alexy (2008, p.36), elucida que:

O problema dos valores surge sobretudo quando da interpretação do material normativo empiricamente constatável e do preenchimento de suas lacunas. Nesse sentido, é possível falar em um “*problema de complementação*”. E, na medida em que para a identificação do material normativo são necessárias valorações, a esse problema soma-se o *problema da fundamentação*. (grifos do original).

Segundo este autor, pode-se recorrer aos valores em duas situações: no preenchimento das lacunas e na identificação do conteúdo normativo. Na primeira hipótese, os valores suprem as omissões e na segunda, desvendam o sentido e alcance da norma jurídica.

Em relação às idéias de Alexy, verifica-se que, em última análise, o autor recorre à axiologia para solucionar o conflito entre princípios e a crítica feita à sua teoria reside em que, diante da multiplicidade de sentidos possíveis, o discurso jurídico deve buscar fundamentação deontológica – e não axiológica (como preconiza o autor) - capaz de fundamentar as opções do aplicador da norma.

2.2.1 Funções: complementação ou fundamentação

Neste estudo, verificam-se duas vertentes sobre a aplicação dos princípios: a da complementação e a da fundamentação. Os defensores da complementação (PRADO e FERRAZ JR. *apud* GALDINO, 2007) argumentam que se deve recorrer à teoria geral do Direito, para solução da omissão normativa, utilizando-se os princípios como fonte subsidiária ou supletiva. Já os adeptos da idéia da fundamentação (BARROSO, 2010 e LOBO, 2010) sustentam que os princípios têm força própria, gozando de autonomia no sistema normativo, podendo ser aplicados de forma direta.

Convém um breve exame sobre a interpretação jurídica. Pode-se afirmar que houve o redimensionamento filosófico da interpretação jurídica desde o início do século XIX, com o teólogo protestante Friedrich Schleiermacher, que ampliou a área de aplicação da hermenêutica. A partir dele, cita-se Wilhelm Dilthey, para quem a atividade de interpretativa deve valorizar a experiência humana, rompendo com o

transcendentalismo dos idealistas alemães. Martin Heidegger, apesar de refutar o predicado de 'existencialista', rompeu com a tradição kantiana do dualismo sujeito-objeto, colocando o homem como capaz de contemplar o eu e o mundo. Hans-Georg Gadamer fez emergir uma nova concepção, que coloca o hermeneuta em constante relação com o conteúdo interpretado, influenciando e sendo influenciado, que ele denomina de círculo hermenêutico. Para Paul Ricoeur, a hermenêutica seria o desvelamento do significado para além da linguagem que, por si só, revela um novo horizonte para a experiência humana. Chaïm Perelman concilia ética e justiça, afirmando que, apesar de o conteúdo do justo poder abarcar inúmeros sentidos, existem algumas máximas que sintetizam concepções mais correntes sobre como aplicar a norma para atingir o justo (SOARES, 2010).

Mais recentemente, o estudo dos signos, a semiótica, impõe ao exegeta a compreensão profunda da linguagem, não só como instrumento de comunicação, mas com sua força simbólica própria.

Os juristas mais influenciados pela doutrina conservadora ainda entendem que os princípios não se prestam a resolver o problema da lacuna legal de forma direta. Parte-se do dogma da completude do ordenamento jurídico, segundo o qual, por uma questão de coerência interna do sistema jurídico, não se concebe que a ausência de regra deixe uma situação sem a tutela jurisdicional. Para isso, deve-se recorrer, em última análise, da analogia e dos princípios gerais do direito, segundo preceitua a lei de introdução ao Código Civil, como fontes integradoras do sistema. (BERNARDO, *on line*, 2006).

Outros autores, mais aproximados do neo constitucionalismo e do pós-positivismo, defendem novas técnicas de aplicação do direito, especialmente no caso de aparente conflito entre normas ou de lacunas no ordenamento jurídico. Alguns estudos mais avançados apontam que os princípios não se constituem apenas em fonte integradora do ordenamento jurídico, mas são eles próprios a solução dos conflitos e têm o condão de suprir as lacunas, preenchendo o conteúdo das chamadas normas de tipo aberto.

Dentre os mais conservadores, referencia-se Luiz Regis Prado e Tércio Sampaio Ferraz Jr. *apud* Barreto e Galdino (2007, p.285), para quem os princípios não são considerados normas, antes fonte integradora do sistema, atendendo ao dogma da plenitude do ordenamento jurídico, que preceitua que a lei pode ser omissa, nunca o ordenamento, sempre havendo uma decisão judicial possível. São suas palavras:

Luiz Regis Prado, juntamente com Tércio Sampaio Ferraz Jr., consideram que os princípios gerais de direitos são regras de coesão e não são normas. São as palavras de Regis Prado acerca dos princípios gerais de direito: “não são normas jurídicas *stricto sensu* e não integram o repertório do ordenamento jurídico, mas tomam parte em sua estrutura, isto é, na relação entre as normas de um sistema, conferindo-lhes coesão”. Tércio Sampaio Ferraz Jr. diz que os princípios gerais de direito, ainda que possam ser aplicados diretamente, não são normas, são princípios. E, na sua forma indefinida, “compõem a *estrutura* do sistema, não o seu repertório. São regras de coesão que constituem as relações entre as normas como um todo”.

Em sentido contrário, Pereira *apud* Lobo (2010, p. 23),:

Ao mesmo tempo que os direitos fundamentais passaram a ser dotados do mesmo sentido nas relações públicas e privadas, os princípios constitucionais sobrepujaram-se à posição anteriormente adotada pelos *Princípios Gerais do Direito*. (sic)

Reforçando este entendimento, Bobbio *apud* Pereira (2006, p.26/27), assevera que a discussão sobre a normatividade dos princípios já se encontra ultrapassada na teoria geral do direito, pois é amplamente aceita a idéia de que o ordenamento jurídico não se compõe somente de regras expressas na legislação:

Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê porque não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?

Não se pode deixar de enxergar uma forte influência da concepção kelseniana na literatura de Bobbio, já que aquele teórico iniciou um estudo sistemático sobre a ciência do Direito, sendo o responsável pela introdução da noção da chamada norma hipotética fundamental, que, por seu turno, despertou para a importância dos princípios como base do ordenamento jurídico.

Com o avanço das pesquisas no que concerne à localização dos princípios no ordenamento jurídico, alguns autores (Bobbio, Dworkin, Alexy), mais recentemente, dedicaram-se a compreendê-los melhor, conceituando-os e fixando-lhes a força normativa.

Coube a Alexy (2008), estabelecer que a dicotomia entre regra e princípio é antiga e a longevidade das discussões em torno do assunto se deve à falta de clareza doutrinária e à pluralidade de critérios distintivos. Prossegue aduzindo que há várias formas de diferenciar regra de princípio, tais como os critérios: da *generalidade*, da *determinabilidade dos casos de aplicação*; *normas de argumentação ou normas de comportamento*, dentre outros. A originalidade do pensamento de Alexy reside exatamente na oferta de um novo critério distintivo, baseado na solução do conflito entre regras e princípios. Em síntese, o conflito entre regras se resolve por uma cláusula de exceção, vale dizer, pela declaração de invalidade de uma das regras, normalmente a anterior. Logo, o critério é de exclusão; uma regra anula outra.

Ainda segundo o mesmo autor, fenômeno diferente ocorre com os princípios que, em caso de colisão, podem coexistir, sem a exclusão total de um deles. Os princípios se resolvem por um critério de proporcionalidade, melhor dizendo, pela introdução de um metaprincípio, o da razoabilidade, que aquilata a precedência de um princípio sobre outro. Ou seja, a colisão de princípios se submete a um sopesamento dos valores envolvidos.

Desta análise, observa-se que os princípios são corriqueiramente utilizados nas decisões judiciais, não só como recurso interpretativo de regras de conteúdo aberto, como também são aplicados de forma direta nas situações onde

direitos fundamentais estejam em colisão. Isso se deve porque o ordenamento jurídico possui um modelo misto de regras e princípios, já que, isoladamente, nenhum modelo se mostra suficiente para resolver a multiplicidade de fatos da realidade.

Dworkin (2005), por sua vez, reconhece a importância dos princípios no ordenamento jurídico, apontando-os como vetores para o julgador, na solução de conflitos. Ao contrário do que possa parecer, a utilização dos princípios confere maior grau de objetividade às decisões, na medida em que oferece padrões de valores juridicamente relevantes na análise do caso concreto. Os princípios afastam a excessiva subjetividade judicial e apontam, na ponderação dos bens jurídicos envolvidos na lide, qual deve prevalecer, da melhor maneira a atender aos ditames constitucionais.

Dworkin, em obra intitulada *Levando os direitos a sério*, apud Barreto e Galdino (*on line*, 2007), estabelece a diferença entre regra e princípio da seguinte maneira:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.¹⁴ [...] Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância (grifo nosso).

Ao analisar os sistemas jurídicos norte-americano e inglês, onde os juízes tomam decisões políticas, Dworkin (2005), faz percucientes observações sobre a atuação dos julgadores nos países que adotam o *common law*. É interessante constatar que muitas das indagações propostas pelo autor também se aplicam aos sistemas não consuetudinários, como o adotado no Brasil. A título de exemplo e focando mais especificamente ao objetivo do presente trabalho, vale argumentar que o autor (2005, p.08), sustenta que: “*a concepção centrada nos direitos, portanto, é mais complexa que a concepção centrada no texto legal*”. Esta argumentação se

ajusta com muita propriedade à possibilidade de ampliação dos tipos de entidades familiares, a despeito da limitada descrição constitucional e da omissão legislativa.

Pereira (2004, p.24), sintetiza que os princípios gerais do direito são fonte imediata do Direito, não se justificando a sua função unicamente supletiva ou complementar da regra (lei):

A expressão “princípios gerais do direito” é de uso corrente nos ordenamentos jurídicos e está expressa na maioria dos códigos civis e de processo civil do mundo ocidental. Com a crescente tendência de constitucionalização do Direito Civil, consequência dos movimentos sociais e políticos de cidadania e inclusão, os princípios gerais têm-se reafirmado cada vez mais como uma importante fonte do direito e têm-se mostrado para muito além de uma supletividade. Eles se revestem de força normativa imprescindível para a aproximação do ideal de Justiça.

Pode-se inferir, portanto, o elevado grau de normatividade desempenhado pelos princípios na integração do ordenamento jurídico, sendo inegável sua utilidade prática e sua força normativa, tanto quanto as regras explicitamente consagradas. Desobedecer aos princípios significa desatender à finalidade da norma e desvirtuar sua correta aplicação.

2.3 A constitucionalização do direito privado

A constitucionalização do Direito Civil consiste, basicamente, na utilização dos princípios constitucionais na aplicação de todo o direito infraconstitucional, que deve ter em mira a compatibilização entre Carta Magna e as demais codificações. Pena Jr. (2008, p.6), assim se manifesta sobre o assunto:

...verificamos que ela busca transferir toda problemática antes reservada à órbita civilística para o âmbito constitucional, submetendo o Direito Civil, com seus princípios fundamentais, aos preceitos constitucionalmente instituídos. Entendemos ser essa constitucionalização indispensável, principalmente para a percepção do Direito de Família contemporâneo.

Na realidade, trata-se de um fenômeno abrangente, observado na forma de como lidar com o aparato normativo. Após a revolução francesa, com o declínio do *ancien regime*, o código civil buscou trazer segurança jurídica às relações, sendo o magistrado a “boca da lei”. Este período corresponde ao apogeu da interpretação literal, limitando a atividade criativa na aplicação do Direito. Remonta a este período o excessivo apego ao estatuto civil. O declínio do liberalismo e a emergência de novas situações – resultantes, em parte, da revolução industrial – fizeram surgir a necessidade de outras codificações, visando a atender a problemas específicos, tais como as relações de trabalho, por exemplo.

No Brasil, ainda que tardiamente, ao final do século XX, especialmente nos anos pós constitucionais, assistiu-se a uma produção legislativa intensa, criando-se diversos microsistemas jurídicos destinados à tutela de novos direitos: infância e juventude, consumo, meio ambiente, dentre outras. Diante dessa realidade, o Código Civil passou a ser utilizado de forma residual, subsidiária, deixando de ser o centro do ordenamento jurídico (PENA JR., 2008).

Concomitantemente ao declínio do Código Civil, ocorreu a revitalização do Direito Constitucional, que passara por um longo período de desprestígio durante a ditadura militar brasileira. O processo de redemocratização nacional reclamou uma nova Carta Política dotada de poderes e princípios que reorientassem o nosso ordenamento jurídico, no sentido de garantir dignidade, liberdade e igualdade – horizontes da nova República brasileira.

Corroborando este raciocínio, Barroso (2010, p.364),:

...a Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema.

A proteção à família tem previsão constitucional no Brasil desde muito cedo. Entretanto, inicialmente, de forma muito restritiva visando ao reconhecimento

do casamento civil para formação das famílias. Apenas recentemente, com a vigência de uma Constituição principiológica, é que esta proteção pode ser entendida de forma mais completa, pois contempla a igualdade entre os sexos e entre pais e filhos; a transformação do pátrio poder em poder familiar – exercido concorrentemente entre os pais -; o reconhecimento da união estável como unidade familiar; e mais recentemente, por força da Emenda Constitucional nº 66/2010, a extinção da separação judicial, já que o divórcio passou a ser a única forma de dissolução do vínculo matrimonial, superando-se a necessidade de dois procedimentos para esta finalidade.

Pena Jr. (2008), distingue constitucionalização de publicização, referindo-se, quanto a esta última, como a crescente intromissão do Estado nas relações privadas e na vida afetiva das relações familiares. Entende o autor que há uma tendência de “alargamento dos direitos indisponíveis do Estado” (2008, p.6). A publicização não é vista com bons olhos pela doutrina especializada (LOBO, 1999), em virtude de entenderem indevida a interferência na privacidade e liberdade individuais, constitucionalmente protegidas.

Em alguns setores da vida privada, o respeito ao sigilo, à liberdade de opção e à intimidade não aconselham a demasiada intervenção estatal, como, a título de exemplo, nas ações de divórcio. Somente para explicar melhor esta situação, a Emenda Constitucional nº 66/10 exterminou a separação judicial do ordenamento jurídico, passando o divórcio a ser a única forma de extinção do casamento, não havendo mais a necessidade de prazos para seu requerimento judicial, assim como esvaziando a questão da “culpa” pelo fim do matrimônio. A motivação do divórcio diz respeito somente ao casal, não havendo necessidade de expor a vida conjugal à apreciação de julgador, à manifestação do Ministério Público e ademais, ao conhecimento de todos os serventuários da justiça – embora o feito tramite em “segredo” de justiça.

Os deveres maritais, modernamente, são muito mais encarados como deveres morais do que jurídicos, uma vez que seu descumprimento, em regra, não gera sanções jurídicas em relação ao fim do casamento. O que pode subsistir é a obrigação de reparação de danos, na esfera da responsabilização civil por abuso de

direito, em situações em que os direitos de personalidade forem atingidos, já que nem só o fato ilícito é capaz de gerar o dever de indenizar.

Também em virtude da constitucionalização, tem-se que o Direito Civil, notadamente o direito das famílias, deve ser interpretado conforme a Constituição, ou seja, de acordo com a perspectiva ideológica e filosófica adotada pelo constituinte, que, por seu turno, reflete uma opção política pela democracia, dignidade da pessoa humana, tendo por objetivos, dentre outros, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

3 ENTIDADES FAMILIARES

3.1 Historicidade

Importa realizar uma rápida descrição da gênese da família, sob o prisma antropológico, a fim de ampliar a compreensão de qual a importância da afetividade na construção do fenômeno social da família e seu reflexo na moderna concepção jurídica de entidade familiar. Parte-se do pressuposto que a família é uma realidade sócio-cultural que antecede ao Direito, influenciando-o.

Em primeiro lugar, cumpre esclarecer que os vocábulos família e entidade familiar são utilizados como sinônimos no presente trabalho, em virtude de fugir ao nosso objeto de pesquisa a distinção semântica ou sociológica dos presentes termos, embora se reconheça que há estudos nesse sentido (Kroth, Silva e Rabruske, *on line*, 2007). Há quem sustente que a expressão entidade familiar se aplique à família sem casamento (Glanz, 2005), mas por considerarmos inexistir hierarquia ou gradação entre as espécies de família no texto constitucional, os vocábulos são tomados por equivalentes.

Welter (*on line*, 2007), argumenta que a origem da família reside no matriarcado, surgido numa remota época de selvageria, caracterizada pela promiscuidade, ausência de controle moral nas relações sexuais - eis que não existiam organizações familiares fixas e as mulheres eram compartilhadas por todos os homens, sem atenção para vínculos sanguíneos, sendo comum a prática de incesto - e predominância da mulher na definição da descendência, já que a paternidade nem sempre podia ser determinada.

Com a transição da selvageria para a barbárie e daí para a civilização, houve a transição da família matriarcal para a patriarcal, que adquiriu as seguintes características: monogamia feminina; divisão de trabalho e concentração da riqueza nas mãos dos homens; desigualdade entre os cônjuges, cabendo à mulher as

tarefas domésticas; abolição do direito hereditário feminino, pois com a paternidade incontestável, a sucessão aos descendentes torna-se legítima (WELTER, *on line*, 2007).

Já os que defendem o primado do patriarcado o fazem com base em antigas codificações, a saber: a legislação mosaica, o código de Hamurábi e o código de Manu. Percebe-se que, na maioria das religiões, a autoridade é do homem, a um só tempo, marido, pai e senhor. Menciona Welter (*on line*, 2007), que, na psicanálise, igualmente se parte da premissa da família patriarcal, com base na chamada lei do incesto, complexo de Édipo ou lei do pai, que indica a proibição do incesto, considerado um tabu. Esta lei fundamental cria o interdito inicial nas relações sociais, sendo considerada por alguns, a norma das normas (PEREIRA, 2004).

Tanto na lei mosaica, quanto no código de Hamurábi e no código de Manu, em diferentes civilizações, observa-se a patrimonialização da família, a inferiorização da mulher em relação ao homem e o predomínio de autoridade paterna.

A título de exemplo, na lei mosaica destaca-se o *levirato*, casamento da viúva com o cunhado para garantir a descendência do “de cujus” sem filho; a monogamia feminina; o adultério feminino; o divórcio como privilégio masculino e os direitos da primogenitura masculina, consolidando a desigualdade sucessória entre os filhos.

Já o código de Manu prescrevia uma “coisificação” da mulher que nunca podia ter respeitada sua vontade, pois, quando solteira, ficava sob a guarda do pai, após o casamento, sob a do marido e, na viuvez, sob a responsabilidade dos filhos; punição ao adultério feminino; privilégio da primogenitura masculina, já que ao filho cabia conduzir os ritos fúnebres de seu pai.

Frise-se que, em todas essas prescrições religiosas, a infertilidade feminina autorizava o marido a procriar com outra mulher, com algumas pequenas variações. Na lei mosaica, a mulher cedia sua serva para essa finalidade,

prevalecendo sua condição de esposa. No código de Hamurábi, o homem pode repudiar a esposa, pelo divórcio, substituindo-a; adotar ou tomar uma escrava para garantir a descendência, permanecendo com as duas mulheres. No código de Manu, o homem deveria esperar por oito anos o nascimento de um filho; a partir de então, estaria autorizado a substituir sua mulher.

Na Idade Média, o código canônico, de certa maneira, assimilou as disposições do *corpus iuris civilis* de Justiniano e manteve a tradição do casamento como base da família, que se consumava com a celebração de uma cerimônia religiosa, pública e precedida de uma investigação sobre os nubentes. O casamento permaneceu monogâmico, patriarcal e indissolúvel. O papa Leão XII, entretanto, aboliu o repúdio masculino à esposa e, diferentemente do direito romano, proibiu o divórcio.

No Brasil colonial, há notícias da desigualdade entre homens e mulheres e entre mulheres brancas e negras ou mestiças, sendo que as primeiras se destinavam ao casamento e as segundas, ao trabalho. Ou seja, o casamento é incompatível com o trabalho, encarado, desta forma, como única opção de vida, pelo menos para a mulher.

Passando ao largo das determinações da igreja católica e visando a normatizar uma realidade freqüente no Brasil colônia, as ordenações filipinas reconheciam a união estável, com o mesmo *status* do casamento, ao mesmo passo que condenavam o adultério e a bigamia (esta última com pena de morte).

Após a independência, a Constituição do Império, de 1824, mantinha a religião católica apostólica romana como oficial, e sua redação preocupava-se somente com a família imperial, regulamentando alimentos, bens e dotação. Somente com o decreto de 03 de novembro de 1827 o casamento religioso deixa de ser costume para ser alçado à condição primordial nas questões matrimoniais. Quem não professasse a religião oficial do Império ficava desamparado juridicamente (WELTER, *on line*, 2007).

Em 11/09/1861, através do decreto 1.144, foram reconhecidos os efeitos civis do casamento religioso e, em 24.01.1890, através do decreto nº 181, de autoria de Ruy Barbosa, houve a definitiva substituição do casamento religioso pelo civil, pelo que as cerimônias de batizado, casamento e fúnebres foram substituídas pelos registros de nascimento, casamento e óbito, além da possibilidade de reconhecimento da filiação natural.

A primeira Constituição da República fez referência ao casamento, não representando, necessariamente, uma proteção à família, mas ganhando valor histórico a separação entre igreja e estado. (Pereira, 2006). Assim, seu art. 72, §4º: *A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.*

Assevera Welter (*on line*, 2007, p.44-45), que somente em 1916, foi editado o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, que entrou em vigor em janeiro do ano seguinte e trazia as seguintes disposições, dentre outras:

- Incapacidade da mulher (art.6º, I)
- Domicílio dos incapazes era o mesmo de seus representantes, portanto, o domicílio da mulher era o do marido (art.36, § único)
- O poder familiar é exercido exclusivamente pelo pai (art. 186 e 380,§ único)
- Possibilidade de dissolução da adoção (art.374)
- Divisão da filiação em legítima e ilegítima (art.183, §4º) e espúria e natural (art.184,§ único)
- A família legítima decorre exclusivamente do casamento (arts. 229 e 332)

O esforço histórico ora relatado, culminando com a legislação civil nacional no início do século XX, demonstra os valores fundamentais da família então vigorantes, quais sejam: a patrimonialidade, a exclusividade do casamento, o patriarcalismo, a hierarquização entre os seus integrantes e a desigualdade entre filhos, não existindo espaço para o sentimento, o afeto e a solidariedade.

O cenário constitucional alterou-se significativamente desde a vigência do antigo Código Civil, repercutindo diretamente nas relações privadas, pelo que passamos ao estudo de como o constitucionalismo interferiu na legislação civil brasileira.

3.2 Evolução constitucional

A primeira Constituição, após o Código Civil de 1916, foi a de 1934, que assim dispunha:

Art 144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.

Parágrafo único - A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento, havendo sempre recurso *ex officio*, com efeito suspensivo.

Art 145 - A lei regulará a apresentação pelos nubentes de prova de sanidade física e mental, tendo em atenção as condições regionais do País.

Art 146 - O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil. O registro será gratuito e obrigatório. A lei estabelecerá penalidades para a transgressão dos preceitos legais atinentes à celebração do casamento.

Parágrafo único - Será também gratuita a habilitação para o casamento, inclusive os documentos necessários, quando o requisitarem os Juizes Criminaes ou de menores, nos casos de sua competência, em favor de pessoas necessitadas.

Art 147 - O reconhecimento dos filhos naturais será isento de quaisquer selos ou emolumentos, e a herança, que lhes caiba, ficará sujeita, a impostos iguais aos que recaiam sobre a dos filhos legítimos.

Esta Carta Magna, sob a influência da já citada constituição de Weimar, trouxe diversos avanços ao ordenamento jurídico pátrio, a saber: o voto feminino (art. 108), a igualdade perante a lei (art. 113, I), além de dedicar dois capítulos à família, educação e cultura (Título V, Capítulos I e II). Manteve a indissolubilidade do casamento, retornou os efeitos civis do casamento religioso (abolidos desde o dec. 181, de 24.01.1890), além de possibilitar o reconhecimento dos filhos naturais. Esta Constituição atingiu, diretamente, alguns artigos do então vigente Código Civil, especialmente no que concerne à incapacidade civil da mulher e à filiação natural.

Após, a Constituição de 1937, traz as seguintes disposições:

Art 124 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos.

Art 125 - A educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais. O Estado não será estranho a esse dever, colaborando, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular.

Art 126 - Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais.

Art 127 - A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades.

O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las do conforto e dos cuidados indispensáveis à preservação física e moral.

Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação da sua prole.

Vale a pena observar o uso da palavra “prole”, cognata de proletariado, demonstrando a percepção que o Estado Novo tem da família: os filhos são considerados mão de obra para o trabalho, renovando o viés patrimonial das entidades familiares. Revela-se, também, certo paternalismo do governo em relação à família, marca registrada da chamada “Era Vargas”. Reforçam-se, mais uma vez, a indissolubilidade do matrimônio e o casamento como única forma de início de uma nova família, havendo silêncio em relação ao casamento religioso.

Depois do fim da ditadura Vargas, a Constituição de 1946 restabelece a liberdade, referindo-se à família da seguinte forma:

Art 163 - A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.

§ 1º - O casamento será civil, e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público.

§ 2º - O casamento religioso, celebrado sem as formalidades deste artigo, terá efeitos civis, se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente.

Art 164 - É obrigatória, em todo o território nacional, a assistência à maternidade, à infância e à adolescência. A lei instituirá o amparo de famílias de prole numerosa.

Art 165 - A vocação para suceder em bens de estrangeiro existentes no Brasil será regulada pela lei brasileira e em, benefício do cônjuge ou de filhos brasileiros, sempre que lhes não seja mais favorável a lei nacional do de *cujus*.

Apesar da secularização do Estado, observa-se, na Carta Magna de 1946, o retorno da menção do casamento religioso, com efeitos civis, sendo bastante sucinta em relação à proteção familiar. Registre-se, em 1962, a edição da Lei nº 4.121, conhecida como “estatuto da mulher casada”, que alterou muitos dispositivos discriminatórios em relação à esposa, iniciando o rompimento com a cultura do patriarcalismo.

E ainda a Constituição Federal de 1967:

Art 167 - A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.

§ 1º - O casamento é indissolúvel.

§ 2º - O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público.

§ 3º - O casamento religioso celebrado sem as formalidades deste artigo terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público mediante prévia habilitação perante, a autoridade competente.

§ 4º - A lei instituirá a assistência à maternidade, à infância e à adolescência.

A Constituição da ditadura militar dedicou apenas um artigo à família, desconsiderando a afetividade, mantendo a indissolubilidade do casamento e exclusividade da família matrimonial, além dos efeitos civis do casamento religioso.

Entre as Constituições Federais de 1967 e a de 1988, foram editadas duas leis importantíssimas: as denominadas “lei do divórcio” (lei nº 6.515/77) que introduziu a Emenda Constitucional nº 09/77 à Constituição de 1967 e a “lei de alimentos” refletindo as profundas mudanças na feição social da família.

O art. 1º da lei 6.515/77 deu nova redação ao §1º do art. 175 da Constituição Federal de 1967, que passou a dispor:

Art.175. A família é constituída pelo casamento e terá direito à prestação dos Poderes Públicos.

§1º. O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos.

Apesar de o divórcio existir no Brasil desde o decreto 181/1890, que em seu art.88 tratava do divórcio consensual e litigioso, naquela época, não se dissolvia o vínculo conjugal, mas se autorizava a separação de corpos e a partilha de bens: era o chamado “divórcio de cama e mesa”. O Código Civil de 1916 substituiu a expressão divórcio por desquite, indicando o fim da sociedade conjugal com a manutenção do vínculo conjugal, criando um desconforto jurídico aos ex-cônjuges, que eram separados e, portanto, não possuíam mais deveres conjugais, entretanto não podiam contrair novo matrimônio. (CARVALHO, 2010).

A emenda constitucional 09/77 – também conhecida por lei “Nelson Carneiro” – possibilitou, no país, a renovação de núpcias das pessoas divorciadas, levando em consideração não só uma realidade social freqüente como também prestigiando o afeto nas relações familiares, especialmente entre os cônjuges.

Estava consumado o fim da indissolubilidade do casamento, permanecendo, ainda, no ordenamento jurídico nacional, a coexistência das figuras da separação judicial e do divórcio, já que o Código Civil de 2002 acolheu a redação do art. 226, §6º da Constituição Federal, abaixo transcrita:

Art.226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
(...)
§6º. O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

Apenas recentemente, com a Emenda Constitucional nº 66/2010, houve mudança da redação do artigo retromencionado da Constituição Federal de 1988, pondo fim à separação judicial, nos seguintes termos:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
(...)
§ 6º. O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

Paradoxalmente, a nova redação constitucional, ao facilitar a dissolução do matrimônio, prestigia a afetividade na exata medida em que respeita a liberdade para se permanecer ou não casado, levando em conta os sentimentos comuns e a autodeterminação dos indivíduos.

Sem maiores esforços, percebe-se que a nova ordem constitucional evoluiu bastante em relação às anteriores, que repetiam o mesmo padrão de valores, pois enfatizavam a indissolubilidade do casamento e a sua exclusividade para a formação da família.

A vigente Constituição Federal, a partir de seu art. 226, regula a proteção estatal à família, elencando o casamento, a união estável e a família monoparental (um dos cônjuges e a prole) como modalidades a que o Estado deve dispensar atenção, quer através de políticas públicas, quer através do reconhecimento de direitos recíprocos entre seus componentes.

Tepedino (2006), entende que, diante do fenômeno da constitucionalização do direito civil e da repersonalização, a família, embora tenha aumentado seu prestígio com a CF/88, deixou de ter valor intrínseco, enquanto instituição, para ser reconhecida de forma instrumental, na exata medida em que se constitua um núcleo de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade de todos os seus integrantes.

Em arremate, pode-se afirmar que cada Constituição da República refletiu o momento histórico de sua confecção, influenciada pelos valores sociais vigentes, sem uma reflexão mais profunda sobre a evolução e modificação dos múltiplos cenários da realidade, avançando pouco em relação ao Direito de Família e somente a última Constituição Federal, ao assumir uma feição principiológica e acolher a pluralidade de famílias, representou um passo adiante em relação às que lhe antecederam.

3.3 Entidades Familiares Explícitas

Chamam-se entidades familiares explícitas aquelas textualmente previstas na Constituição Federal, mais especificamente em seu art. 226 e parágrafos e que, portanto, fazem jus às políticas públicas de proteção, planejamento familiar, garantias previdenciárias e benefícios sociais.

3.3.1 Casamento

Ainda persiste, na contemporaneidade, o reconhecimento social do casamento. Normalmente celebrado com solenidade, o ritual do casamento, quer religioso, quer civil, cerca-se da fantasia dos nubentes, normalmente influenciados pelos sentimentos de afeto, paixão e entusiasmo que marcam o enlace matrimonial. A publicidade que, no medievo, resguardava as núpcias dos impedimentos, passou a ser um valor autônomo. Mas não só por isso, a liturgia possui duplo caráter: psicológico e sociológico, pois se trata de um rito de passagem, comum desde as civilizações mais primitivas. Consiste no ingresso na maturidade emocional, um verdadeiro passaporte para a vida adulta; significa uma despedida da adolescência e inicia um novo período da vida dos consortes, quando se apresentam aptos para assumir novas responsabilidades e serem reconhecidos, desta forma, com um novo *status*. Na simbologia sociológica, o casamento é um marco na vida dos nubentes, conferindo-lhes novos direitos e deveres no grupo a que pertencem.

Talvez por todos esses motivos, a tradição tenha conferido à família constituída pelo casamento um relevo especial, e o Direito, como normatização do fenômeno social, também tenha privilegiado a família matrimonial. Por longo período, como visto na evolução constitucional, o ordenamento jurídico nacional apenas reconhecia a família oriunda do casamento.

Sobre o assunto, Pereira *apud* Carvalho (2010, p.1/2),:

O casamento, no Brasil, ao tempo do Império era regulado pela Igreja Católica, religião oficial de Portugal e do Brasil Império. Assim, a Igreja Católica regulava a celebração do casamento realizado por seus sacerdotes, suas nulidades e sua dissolução pela morte. A possibilidade dos nubentes não católicos se casarem sem violarem suas convicções religiosas, somente ocorreu pela Lei de 11 de setembro de 1861, regulamentada pelo Decreto de 17 de abril de 1863 que instituiu, ao lado do casamento eclesiástico, o único regulado pela lei, o matrimônio dos não católicos possibilitando a união de pessoas de seitas diferentes. Assim a partir da Lei de 1861, passaram a existir, no Brasil Império: o *casamento católico*, celebrado entre os católicos, segundo as normas do Concílio de Trento de 1563 e das Constituições do Arcebispado da Bahia, o *casamento misto* celebrado entre católico e não-católico, sob a disciplina do Direito Canônico, e o *casamento dos não católicos*, possibilitando a união de pessoas de seitas dissidentes, obedecendo as regras de suas religiões.

Prossegue citado autor (PEREIRA *apud* CARVALHO, 2010, p.2):

Após a promulgação da República, deu-se a separação entre a Igreja e o Estado. No Governo Provisório de Deodoro, foi instituído o casamento civil pelo Decreto 181, de 24 de janeiro de 1890 que promulgou a Lei sobre o Casamento, constando de 125 artigos que regulavam as formalidades preliminares, impedimentos, pessoas que podem opor impedimentos, celebração, casamento de brasileiros no estrangeiro, provas, efeitos, casamento nulo e anulável, divórcio, posse de filhos e disposições penais.

A Constituição Federal de 1988 não faz, a princípio, distinção entre a família oriunda do casamento, da união estável ou aquela monoparental (mãe ou pai “solteiro”), inexistindo hierarquia entre eles, segundo orientação de autores como Welter, Scapini e Dias *apud* Glanz (2005, p.96); neste mesmo sentido, Farias (2010) e Gama (2008).

O Código Civil dedica os artigos 1.511 a 1.582 ao casamento, disciplinando capacidade para casar, impedimentos, causas suspensivas, processo de habilitação, provas, invalidade, eficácia. Após, nos artigos 1.639 a 1.688, trata-se do regime patrimonial, cuidando, em seu Livro V, dos direitos sucessórios, dentre os quais, os dos cônjuges.

O novo Código Civil, embora não lance o conceito de casamento, estabelece a comunhão plena de vida, introduzindo a igualdade entre os cônjuges e não poderia ser de outra forma, diante da ordem constitucional vigente (art. 226, §5º).

A comunhão de vida realça o planejamento familiar, assegurado no art. 227, §7º da CF/88, deixando a critério da deliberação das pessoas que compõem a família a constituição ou não de prole e a forma de procriação (FARIAS 2010).

Farias (2010), também aponta como efeitos sociais do matrimônio a emancipação do cônjuge incapaz; o estabelecimento do parentesco por afinidade entre o cônjuge e os parentes do outro e o estabelecimento da presunção de paternidade.

Segundo informações coletadas no site do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) publicada na Comunicação Social datada de 08 de setembro de 2010 contendo a Síntese de Indicadores Sociais 2009, o número de pessoas casadas ainda supera o de solteiras:

Em 2009, no Brasil, havia cerca de 66,6 milhões de pessoas de 15 anos ou mais de idade casadas, 45,8% do total dessa população, enquanto os solteiros representavam 42,8% (62,3 milhões). Nas regiões Sudeste e Sul, os respectivos percentuais de pessoas casadas (48,2% e 49,7%) foram maiores que o de solteiras (38,9% e 37,9%), enquanto nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste os percentuais de solteiras (57,8%, 47,1% e 45,7%), superaram os de casadas (35,1%, 43,6% e 43,1%), com maior diferença (22,7 pontos percentuais) na região Norte. A partir do grupo de 35 a 39 anos, o percentual de casados na população masculina manteve-se acima da feminina, crescendo acentuadamente a diferença entre estes dois indicadores com o aumento da idade. A maioria das pessoas viúvas estava na população feminina, sendo que o percentual de viúvas (9,4%) foi mais de quatro vezes superior ao de viúvos (2,2%), em razão da maior expectativa de vida das mulheres.

Esta recente estatística demonstra, em linhas gerais, o prestígio social do casamento, apesar da multiplicidade de variantes familiares existentes, embora a metodologia empregada na composição dos dados não especifique se, no universo de solteiros, foram contabilizados os casais que vivem em união estável. Se observados os percentuais relativos às regiões Norte, Nordeste e Centro-oeste verifica-se que nesses locais as mulheres solteiras predominam.

3.3.2 União Estável

A vigente Constituição proclama, de forma inédita, a união estável como modalidade familiar, reconhecendo juridicamente a situação de casais que coabitam com ânimo conjugal, vale dizer, com a manifesta intenção de vida em comum.

O ordenamento jurídico pátrio passou a proteger situações que, na vida social, já existiam e necessitavam de regulamentação. É inegável o avanço constitucional neste sentido, embora uma análise mais crítica do texto constitucional

leve à conclusão de haver certa preferência do legislador constituinte pelo matrimônio, tendo em vista que o §3º do art.226, dispõe que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento.

A codificação civil que lhe foi posterior reforça esta conclusão, uma vez que criou distinção entre os direitos sucessórios entre cônjuges e companheiros, deixando claro que os companheiros só herdam entre si em situações bem específicas e quinhões diferenciados (art. 1.790), diferentemente do que ocorre no casamento civil. Outro aspecto relevante diz respeito à presunção de paternidade, presente no casamento, mas ausente na união estável, que tem sido admitida como demonstração indicativa para uma posterior ação de investigação de paternidade. Comparativamente ao casamento, verifica-se que tratamento legal conferido ao instituto é insignificante, já que lhe foram dedicados apenas cinco artigos, no novo Código Civil.

Após a Carta Política em vigor, e anteriormente ao Código Civil vigente, dois diplomas legais foram editados: as leis 8.971/94 e 9.278/96 que, a despeito da má técnica legislativa, coexistem com o vigente Código Civil.

Se o sentido da proteção à união estável reside na facilitação da informalidade e na liberdade de escolha da forma de relacionamento, observa-se um contra-senso quando, para exercício dos direitos entre os companheiros, exija-se a formalização da união, através de um contrato (pacto) de convivência, ou mesmo se judicialize a questão, através de um processo de reconhecimento da união estável.

Hironaka *apud* Farias e outro (2010, p. 198), lança a crítica: *esta é a mais inútil das inutilidades*, referindo-se à união estável e às dificuldades de sua validação jurídica. Dias *apud* Farias e outros (2010), arremata dizendo que enquanto a celebração do casamento civil é gratuita, para se reconhecer a união estável depende-se de uma ação, implicando em pagamento de advogado e custas processuais.

Na verdade, valia-se que, a grande vantagem da inclusão da união estável no rol das entidades familiares é muito mais de natureza simbólica, pois as

“sociedades de fato” deixaram de ser submetidas às regras do direito obrigacional para submeter-se aquelas de direito de família, no que concerne ao direito a alimentos e ao regime patrimonial (artigo 1.725 do CC/02).

O artigo 1.723 do Código Civil de 2002 firma o conceito de união estável, considerado, por alguns, de natureza complexa e polêmica, ao admitir somente a união entre pessoas de sexos opostos (PENA JR, 2008). Estabelece como requisitos: convivência pública, contínua e duradoura com o objetivo de constituição de família.

Quanto aos requisitos, destaca-se que devem ser observados em seu conjunto e no que toca à continuidade, o novo Código Civil não estabelece prazo para a duração do relacionamento, contrariamente do que dispõe a lei 8.971/94, que estabelece um período mínimo de convivência de 05 (cinco) anos.

Já relativamente aos efeitos da conversão da união estável em casamento serão retroativos, exceto em relação ao patrimônio, haja vista que, em caso de conversão, é considerado o regime da comunhão parcial de bens (art. 1.725), o que leva à conclusão de que o regime de bens só vigorará após a transformação. Anteriormente à conversão, mantêm-se os efeitos da união estável, ou seja, a comunhão de bens adquiridos a título oneroso na constância do relacionamento, salvo se o casamento for celebrado no regime da comunhão total ou se houver pacto de convivência anterior.

3.3.3 Família Monoparental

Outra modalidade de família amplamente presente na realidade social brasileira é a formada por um dos pais e os filhos: são as situações dos viúvos, pais/mães (biológicos ou não) solteiros e divorciados, que ganharam a proteção estatal.

Farias e outro (2010, p.56), assevera que vários podem ser os fatores que determinam a monoparentalidade:

Alguns fatores podem determinar a formação de uma família monoparental, como a separação ou divórcio, a dissolução de união estável, a viuvez, a adoção por pessoa solteira, a fertilização medicamente assistida e mesmo o celibato.

Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) publicada na Comunicação Social datada de 12 de abril de 2006, contendo a Síntese de Indicadores Sociais 2005, a chefia da família pela mulher correspondia a mais de 29% das famílias brasileiras, sendo que, nessas situações, ou não existe a presença do cônjuge ou se tratam de composições familiares que incluem irmãs morando juntas ou pela própria pessoa morando só:

No Brasil, 29,4% dos 56,1 milhões de famílias eram chefiadas por mulheres em 2004. A maior proporção dessa chefia feminina se dava na faixa dos 60 anos ou mais de idade (27,4%), enquanto entre os homens 35,3% dos responsáveis pela família tinham entre 25 e 39 anos de idade. O estado do Rio de Janeiro tinha o maior percentual de mulheres de 60 anos ou mais entre as chefes de família (33,9%). Das famílias que tinham chefia masculina, 25,1% viviam com um rendimento familiar de até $\frac{1}{2}$ salário mínimo *per capita*, enquanto que nas chefiadas por mulheres essa proporção subia para 29,6%. Havia, porém, diferenças regionais. No Norte e Nordeste, mais de 40% das famílias chefiadas por mulheres viviam com até $\frac{1}{2}$ salário mínimo *per capita*; enquanto na região Sul a proporção caía para 17,4%.

Verificou-se, naquela pesquisa, que quando a chefia é feminina, ela se dá com a ausência do homem, englobando a mãe com todos os filhos, predominando a faixa etária superior a 60 (sessenta anos) de idade.

A Constituição Federal de 1988, ao reconhecer a monoparentalidade, atendeu a diversas situações já implantadas no seio social. Infelizmente, o Código Civil simplesmente passou ao largo desta entidade familiar, ignorando-a por completo. Glanz (2005) sustenta que as classificações das famílias interessam mais à doutrina do que à lei.

A família monoparental é relatada em diversos países, desde a década de 1970. Coote, Harman e Hewitt *apud* Glanz (2005, p. 154), descrevem:

Entre 1971 e 1987, os pais sozinhos em proporção a todas as famílias com crianças aumentaram de 8% a 14%. Nove entre dez pais sozinhos são mulheres – e este número mal se alterou desde 1971. O Reino Unido e a Dinamarca têm uma das maiores proporções de tais pais na Comunidade Européia, embora não seja muito mais alta que outros.

A constitucionalização desta entidade familiar, em nosso país, pode trazer importantes conseqüências jurídicas, como afirma Farias e outro (2010): a tutela decorrente do bem de família, guarda compartilhada e fixação de alimentos recíprocos entre ascendentes e descendentes. Acrescenta, ainda, o mesmo autor (2010) que as famílias monoparentais possuem uma estrutura endógena mais frágil, pois que decorre da dissolução de uma relação afetiva ou da formação de um núcleo familiar sem a presença constante de um dos genitores. Essa situação leva a certa fragilidade – econômica, inclusive, que deve repercutir em políticas públicas de inclusão social, como facilitação para aquisição de casa própria.

3.4 Entidades Familiares Implícitas

As famílias implícitas são aquelas que não possuem previsão constitucional/legal, mas que existem na realidade social e reclamam idêntica proteção daquelas explicitamente consagradas.

Pereira (2004), informa que, de acordo com o princípio da mínima intervenção estatal, não pode o ordenamento jurídico desconhecer essas realidades pelo simples fato de não estarem normatizadas. Sustenta que o Estado não pode interferir na liberdade individual e na vida privada ao ponto de estabelecer como válidas apenas aquelas modalidades de família concebidas no art. 226 da Constituição Federal. Defende que as pessoas têm liberdade de escolher como vão se relacionar e que há uma pluralidade de arranjos possíveis, desde que presentes alguns requisitos que serão descritos no capítulo seguinte.

Em contundente crítica ao novo Código Civil, Lobo (2010), explica que, infelizmente, a legislação civil posterior à Constituição não logrou assimilar integralmente seus princípios, eis que não avançou em relação à pluralidade de famílias. Assim se manifesta:

O anacronismo da legislação sobre família revelou-se em plenitude com o despontar dos novos paradigmas das entidades familiares. O advento do Código Civil de 2002 não pôs cobro ao descompasso da legislação, pois várias de suas normas estão fundadas nos paradigmas passados e em desarmonia com os princípios constitucionais referidos. (LOBO, 2010, p. 28).

Fachin (2003, p.8/9), reforça a crítica e defende a possibilidade de reconhecimento de um número maior de entidades familiares:

Todavia, o novo Código Civil nasce excludente, como quanto ao debate sobre as uniões estáveis em sentido amplo, à família fraterna (entre irmãos ou irmãs), à filiação socioafetiva que poderia ter sido expressamente mencionada, para dar alguns exemplos. Os *fora dessa lei* não estão *fora da lei* quando é de outra lei que se trata. (grifos do original).

Somente a título de ilustração, e para demonstrar a multiplicidade dos tipos de família, Eduardo dos Santos *apud* Glanz (2005, p.26), menciona os conceitos de família em sentidos lato, restrito e intermédio, assim sintetizados:

Em *sentido lato*, a família compreende todas as pessoas ligadas por vínculos de casamento, parentesco, afinidade e adoção. É a *família-linhagem*, frequentemente assim chamada.

Em *sentido restrito*, a família engloba o pai, a mãe e os filhos. É a família nuclear, que, normalmente, é constituída pela *família conjugal*.

Num *sentido intermédio*, a família é o grupo de pessoas que vivem debaixo do mesmo tecto. É a *família-lar*.

Citando Malaurie e Aynès, o autor acima citado (2005), indica que a família contemporânea pode ser nuclear, composta de pais e filhos; monoparental, constituída por um dos cônjuges e prole e o lar de uma só pessoa, solteiro, viúvo ou casado vivendo só. A multiplicidade de modelos cresce a cada dia, mencionando-se, por oportuno, a família sucessória, que engloba pessoas ligadas por relações de parentesco ou afinidade (ascendentes, descendentes e colaterais até quarto grau,

no Brasil) e a família alimentar, que abrange ascendentes e descendentes (sem limite) e colaterais até o segundo grau (Glanz, 2005).

Há quem refira as famílias anaparentais (formadas por irmãos, sem a presença da ancestralidade), as famílias solidárias (constituídas por pessoas com ou sem laços sanguíneos, mas que convivem em mútua assistência) e as famílias compostas somente pelo casal, sem filhos, residindo ou não no mesmo domicílio. Para o escopo deste trabalho, fixamos a atenção em somente três tipos de famílias não expressamente reconhecidas pela Constituição Federal brasileira, nem pela legislação infraconstitucional, quais sejam: união homoafetiva, família recomposta e a família solidária.

3.4.1 União Homoafetiva

Em nosso país, são vedados o casamento e a união estável entre pessoas do mesmo sexo, uma vez que a própria Constituição Federal (art.226, §3º), ao reconhecer a união estável, a define como relacionamento entre homem e mulher.

O Código Civil em vigor, em seu art. 1.514, determina que o casamento se realiza entre homem e mulher. Logo, não há amparo legal para que se realizem casamentos homossexuais no Brasil, o que é regra na maioria dos países.

Glanz (2005, p.04), refere que alguns países admitem ora o casamento, ora a convivência regular entre pessoas de mesmo sexo; é o caso da Dinamarca, Suécia, Noruega e Países Baixos, França, Alemanha, Bélgica, Finlândia, Inglaterra, Portugal e o estado de Vermont, nos Estados Unidos da América.

Ao analisar os casos levados ao Poder Judiciário, especialmente para fins de recebimento de alimentos, benefícios sociais ou previdenciários, partilha de bens ou exercício de direitos sucessórios, constata-se que existe um elevado número de relacionamentos homoafetivos no país.

Atualmente, encontra-se aguardando julgamento, no Superior Tribunal de Justiça - STJ, *leading case* (Resp 827962) que irá repercutir nas decisões dos Tribunais inferiores e juízos monocráticos. Trata-se da discussão sobre a união estável entre pessoas do mesmo sexo num julgamento que se encontra com pedido de vista na Quarta Turma daquele tribunal. Em recurso interposto ao STJ, o Ministério Público do Rio Grande do Sul (MPRS) pede a mudança de ação declaratória de reconhecimento de união estável homoafetiva acatada pelo juízo de primeira instância, naquele estado. A decisão considerou a ação declaratória o instrumento jurídico adequado para reconhecimento da existência desse tipo de parceria, contanto que fique provado entre os envolvidos, os pressupostos próprios de uma entidade familiar – o que é contestado pelo MPRS.

Para os representantes do Ministério Público, a decisão deve ser anulada porque partiu da vara de família e sucessões, enquanto o juízo competente para tal deveria ser a vara cível. O motivo alegado para que a competência, no caso em questão, seja da vara cível é o fato do MPRS entender que a parceria se trata de “sociedade de fato e não, de união estável”.

Os autores da ação declaratória alegam manter, desde 1990, relação de afeto pacífica e duradoura e contribuir financeiramente, de forma conjunta, para a manutenção da casa onde moram, em um verdadeiro contexto de família. Além disso, na referida ação, declararam, expressamente, “a convivência e o interesse em deixar um para o outro todo o patrimônio de que possam dispor entre si, incluindo benefícios previdenciários”.

Ainda não há decisão emitida pelo STJ, em virtude de pedido de vista do recurso pelo ministro Raul Araújo Filho. Aguardam, também, para pedir vista, os ministros Maria Isabel Gallotti e Aldir Passarinho Júnior.

A grande inovação que poderá advir desse julgamento refere-se à competência judicial para analisar as relações homoafetivas. Se prevalecer a tese de que a competência é de uma vara cível, a união homoafetiva será considerada uma relação de caráter civil obrigacional, regida pelas disposições aplicáveis aos contratos em geral. Já se preponderar a tese da competência de uma vara de família

e sucessões, este relacionamento será considerado, pelo tribunal da cidadania, como entidade familiar, e, portanto, sujeito às disposições civis atinentes ao direito de família.

Ao comentar o assunto, Dias (*on line*, 2005), expressa sua indignação quanto à desconsideração da união homoafetiva como entidade familiar:

Ao serem reconhecidos como uma sociedade de fato e não como uma sociedade de afeto, são expurgados do universo das relações familiares. Com isso, simplesmente são alijados dos pares homossexuais quaisquer direitos no âmbito do Direito das Famílias e do Direito Sucessório. Essa postura acaba chancelando o enriquecimento sem causa de parentes remotos, deixando ao desabrigo os parceiros que dividiram uma existência marcada pela solidariedade e compartilhamento de vidas. Olvida-se a Justiça que a convivência faz presumir a mútua colaboração e que deixar de reconhecer tais uniões como uma entidade familiar revela uma postura punitiva.

Na verdade, essa discussão jurídica reproduz uma outra, já superada, relativamente às uniões estáveis que, antes do reconhecimento constitucional, eram analisadas como “sociedades de fato”.

A decisão do recurso especial acima relatado é aguardada com expectativa no meio jurídico e social, pois irá implicar, implicitamente, no preenchimento de uma lacuna legal.

Em recente notícia publicada no site da Agencia Brasil, publicada em 28 de Março de 2011 às 16h35, a Ministra do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Nancy Andrighi, defendeu, no dia 25 de março de 2011, o reconhecimento da união entre casais do mesmo sexo. Durante discurso no 1º Congresso Nacional de Direito Homoafetivo, ela criticou a "lacuna legal" de garantia a esses casais e pediu que os juízes decidam sobre a questão de forma "harmoniosa". A Ministra assim se expressou, naquela ocasião:

"A legislação que regula a união estável deve ser interpretada de forma expansiva [em relação à união de casais heterossexuais] para que o sistema jurídico ofereça a devida proteção à união dos homossexuais, o que consistirá num resultado natural da evolução concebida no imaginário social como necessária, útil e desejada pelas pessoas e pelas comunidades”.

De acordo com a Ministra, a vida moderna tem formado famílias com os mais diversos arranjos que devem ser tratados da mesma maneira. "É claro que o direito não regula sentimento, mas define relações com base nele geradas", afirmou sobre relações baseadas no afeto, no interesse comum e no cuidado mútuo. Por isso, sem que o Congresso Nacional se "amolde à realidade", ela disse que é dever dos juízes "emprestar os feitos jurídicos adequados às relações já existentes", quando demandado.

Outra discussão interessante que se trava no STJ, pela primeira vez, refere-se a recurso sobre adoção por casal homossexual. Está na pauta da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o recurso sobre o registro de crianças adotadas por um casal homossexual. A relatoria do recurso é do ministro Luis Felipe Salomão. A Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) permitiu que um casal de mulheres seja responsável legalmente por duas crianças adotadas. O Ministério Público do Rio Grande do Sul recorreu da decisão. Entrou com uma apelação cível, alegando que em nenhum momento a legislação se refere a um casal homossexual. A adoção, segundo o MP, valeria apenas para união entre homem e mulher.

Os dois exemplos colhidos aleatoriamente se destinam a demonstrar a relevância da discussão, que tem chegado ao tribunal da cidadania do país, assim como apontar para a diversidade de situações reais que têm desafiado os magistrados, que, diante da lacuna legislativa, deverão decidir conforme princípios constitucionais gerais e específicos no direito de família.

Oportuno mencionar recente decisão proferida à unanimidade pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, que reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo. As ações foram ajuizadas na Corte, respectivamente, pela Procuradoria-Geral da República e pelo governador do estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral.

O julgamento começou no dia 04 de maio de 2011, quando o relator das ações, ministro Ayres Britto votou no sentido de dar interpretação conforme a

Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

O ministro Ayres Britto argumentou que o artigo 3º, inciso IV, da CF veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. “O sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica”, observou o ministro, para concluir que qualquer depreciação da união estável homoafetiva colide, portanto, com o inciso IV do artigo 3º da CF.

Os ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso, bem como as ministras Cármen Lúcia Antunes Rocha e Ellen Gracie acompanharam o entendimento do ministro Ayres Britto, pela procedência das ações e com efeito vinculante, no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Esta decisão, embora ainda repercuta no meio jurídico, com opiniões contrárias e a favor, demonstra que a Corte Suprema de Justiça do Brasil incluiu, como nova categoria de entidade familiar, a união homossexual.

O julgado servirá de fundamento para as decisões dos tribunais inferiores e juízos monocráticos, autorizando o reconhecimento judicial das uniões homoafetivas, para fins de proteção estatal e de gozo dos direitos típicos das famílias.

A partir deste aresto, surgem novos direitos para os parceiros, dentre os quais se destacam: pensão por morte, paga pela Previdência Social; inclusão na qualidade de dependente nos planos de saúde privada e perante a Secretaria da Receita Federal; regime da comunhão parcial de bens, no caso de dissolução da união; participação na herança do companheiro falecido; gozo de licença-gala e adoção pelo par homossexual.

3.4.2 Família recomposta

Dados coletados no *site* do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) relativamente à Síntese de Indicadores Sociais 2005, revelam que, no século XXI, o casamento entre solteiros sofreu uma redução de, aproximadamente, 6%, evidenciando, por outro lado, o crescimento de uniões legais entre solteiros e divorciados.

Em 86,4% dos casamentos realizados em 2004, ambos os cônjuges eram solteiros, percentual ligeiramente inferior ao de 2003 (86,9%). Comparando com os dados de 1994, quando a proporção de casamentos entre solteiros era de 91,7%, observou-se uma redução da ordem de 5,8%. A análise dos resultados por estado civil dos cônjuges evidencia ainda o crescimento das uniões legais de solteiros com divorciados.

Este resultado aponta para uma nova realidade nacional, onde novas uniões envolvem famílias anteriormente desconstituídas, ou seja, onde pelo menos um dos cônjuges procede de outro matrimônio/união estável, não raro trazendo filhos. Estas novas famílias são ditas recompostas ou em mosaico exatamente porque representam nova tentativa de composição familiar.

Gérard Cornu *apud* Glanz (2005, p.157), assevera que, na doutrina francesa, está na moda falar de famílias recompostas, *é um nome novo para uma situação antiga*. Explica que são famílias com a presença, no mesmo lar, de filhos de vários leitos, pelo recasamento, após óbito ou divórcio. Na Argentina, são chamadas *famílias ensambladas*; na Inglaterra, usa-se *remarriage* e nos Estados Unidos, *blended families* (famílias mistas). Glanz (2005), menciona que, em 1990, na França, havia 660.000 famílias recompostas, segundo dados do INSEE (Instituto Nacional de Estatística e Estudos Econômicos da França).

As famílias recompostas podem surgir não só do divórcio, viuvez, como também do fim de uma união estável, sendo que os cônjuges podem trazer filhos

próprios do relacionamento anterior e ainda ter novos filhos, fazendo surgir os irmãos unilaterais ou germanos.

Esta nova variação familiar tem repercussão no direito sucessório, eis que, no direito civil brasileiro – art. 1.841 do CC/02 –, prevalece o tratamento diferenciado nestas situações, pois se os irmãos bilaterais concorrem à herança com os unilaterais, aqueles recebem o dobro destes.

3.4.3 Família solidária

Não muito raro, membros de núcleos familiares menores se unem para formar uma família maior, composta de irmãos, tios e sobrinhos, por exemplo. Muitas vezes, a solidariedade envolve a necessidade recíproca de divisão de despesas e responsabilidades, especialmente quando o orçamento familiar é escasso.

Informação retirada do site do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), relativamente à Síntese de Indicadores Sociais 2005 demonstra que nos casos de famílias chefiadas por mulheres, alguns arranjos foram verificados: estas estão sozinhas (sem a figura masculina) ou duas irmãs morando juntas com suas proles respectivas.

As famílias com chefia masculina eram, via de regra, diferentes daquelas chefiadas por mulheres. Quando o chefe era homem, a estrutura familiar mais freqüente era a de casais com todos os filhos menores de 14 anos (33,6%), seguida do tipo casal com todos os filhos de 14 anos ou mais de idade (21,4%). Já no caso da chefia feminina, as estruturas predominantes eram de mães com todos os filhos de 14 anos ou mais de idade (31,4%), outros tipos de família (25,6%) e mães com todos os filhos menores de 14 anos (23,2%). Ou seja, a chefia feminina ocorria num ambiente doméstico sem a presença do cônjuge ou em composições familiares que podem ser formadas, por exemplo, por duas irmãs morando juntas ou pela própria pessoa morando só, entre outras.

Nem só entre parentes de sangue surge a chamada família solidária. Este relacionamento pode surgir com o acolhimento de um idoso ou criança, justificando-se esta proteção, constitucionalmente, nos artigos 227 e 230 da CF/88.

Lobo (2010), refere que a solidariedade resulta da superação do individualismo jurídico, que, por seu turno, é fruto de uma tendência moderna de busca de equilíbrio entre os espaços públicos e privados. A solidariedade ou cooperação, caracterizada pela assistência recíproca, pode ser identificada nos artigos 1.696, 1.697 e 1.698 do CC/02, cuja finalidade consiste no alcance da felicidade, o que caracteriza a denominada família eudemonista.

4 PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA

A atual Constituição, notadamente vocacionada para a defesa dos direitos da personalidade, supervalorizou a dignidade como fundamento da República, desde o seu preâmbulo. Esta dignidade se espalha por todo o texto constitucional, e tem um destino certo: evitar que o homem seja alvo de discriminações, preconceitos, tratamento degradante, desigualdades materiais, enfim, seja privado de sua plenitude como indivíduo ou coletivamente considerado.

Como não poderia deixar de ser, o capítulo destinado à proteção familiar elegeu princípios próprios, específicos, derivados desta ordem geral ditada por nossa constituição democrática.

4.1 Gerais

4.1.1 Dignidade da pessoa humana

A idéia de dignidade remonta ao estoicismo e ao cristianismo, havendo quem se refira (PEREIRA, 2006), aos estudos filosóficos de Pico della Mirandola, ainda no medievo, quando sob forte influência da igreja católica e do pensamento escolástico, concebeu o homem como um microcosmo, síntese de alma, espírito e corpo, portador de vontade e capaz de dirigir seu próprio destino. Exatamente esta capacidade, a que chama de arbítrio, diferencia o homem dos outros animais, elevando sua natureza para Deus, fonte suprema de felicidade (PEREIRA, 2006). Embora impregnado de uma filosofia mística e religiosa, a essência de seu pensamento é inovadora e prenuncia a concepção kantiana de dignidade.

Foi em Kant (2006), que a idéia de dignidade ganhou contornos mais definidos e um estudo mais aprofundado e dirigido. Em síntese alinhavada, pode-se

afirmar que em Kant, os conceitos de moral, ética, dever, imperativo categórico e dignidade estão interligados e são complementares. Agir por dever significa atender, espontaneamente, às regras de conduta pelo simples fato de que o homem é dotado de uma consciência íntima e interior que o conduz a comportar-se da melhor maneira possível. O agir ético é aquele em que o sujeito é compelido pelo imperativo categórico e não por temor a represálias ou sanções ou aguardando prêmios e reconhecimento.

O homem tem sempre a opção de agir conforme o dever (obedecendo as regras por temor às sanções), contra o dever (violando as regras) ou por dever, que, conforme explicitado acima, corresponde ao correto comportamento. Mas para fugir do relativismo do que seja o correto e o errado, já que essas categorias podem ser preenchidas por um intenso subjetivismo, o filósofo em alusão realça o conceito de *máxima*, que seria o padrão mais aproximado de conciliar a boa intenção e a boa atitude.

As máximas que devem orientar o agir ético são aquelas universais, que respeitem a autonomia do outro e que reconheçam o outro como um fim em si mesmo e não um meio à satisfação dos próprios interesses. Nesse ponto específico, surge a exata dimensão de *dignidade*, conceito ligado a outro da filosofia, a *alteridade*. Em outras palavras, o reconhecimento do outro como idêntico portador de direitos e garantias, independentemente de opinião, orientação sexual, religião, cor ou etnia; significa respeitar os direitos de todo e qualquer ser humano, apesar das discordâncias pessoais, das diferentes visões de mundo e das atitudes dissidentes. Retornando a Mirandola, reconhecer a integridade do outro pelo simples fato de sermos todos portadores da mesma natureza: a humanidade. Esta humanidade tão múltipla que nos faz portadores de um mesmo destino, e, apesar das diferenças, iguala-nos.

Corroborando este pensamento, Gama (2008, p.70),:

A noção de dignidade da pessoa humana envolve o núcleo existencial que é essencialmente comum a todos os seres humanos como pertencentes ao gênero humano, impondo, no que tange à dimensão pessoal da dignidade, um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade, não sendo admissível qualquer comportamento que “coisifique” a pessoa humana.

Leitura indispensável para o entendimento do assunto, Sarlet (2001, p. 60), assim define dignidade:

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Há quem sustente (BERNARDO, *on line* 2006), que a dignidade é cláusula geral apta a tutelar todas as situações violadoras à pessoa, ainda que não taxativamente previstas. Comumente denominado de “princípio dos princípios”, tem precedência e prevalência no conflito entre normas de tipo aberto e constitui-se no fundamento dos chamados direitos de personalidade, tomados em seu valor máximo pela Constituição Federal de 1988.

Dúvidas não há em considerar tanto a dignidade como a liberdade como direitos fundamentais, embora possa haver alguma controvérsia em relação à hierarquização dos princípios. Entretanto, apesar de a afetividade não estar prevista de forma expressa neste rol, há entendimento de que ela é decorrência da dignidade e da própria de liberdade de relacionamento. (KROTH, SILVA e RABUSKE, *on line*, 2007).

Desta matriz, derivam os princípios constitucionais de proteção às famílias – no plural mesmo, já que não se pode falar em um único padrão de família – sempre tendo em mira que a família deve ser considerada, segundo Fachin apud Chanan (2007) : “...refúgio afetivo, centro de intercâmbio pessoal e emanador da felicidade possível, como sendo o mosaico da diversidade, ninho da comunhão, no espaço plural da tolerância...”

4.1.2 Igualdade

Exposto no *caput* do art.5º da Constituição Federal, este princípio garante a isonomia, traduzida em igualdade material e não apenas formal. Ou seja, não desconsidera as diferenças naturais, econômicas, sociais e culturais que existem entre as pessoas e entre as famílias. Bem ao contrário, garante que o direito seja aplicado e exercitado por todos, na medida de suas necessidades e potencialidades. Neste sentido, fala-se de ações afirmativas ou discriminações positivas, que promovem a igualdade e visam a diminuir os desequilíbrios, promovendo a inclusão jurídica e social. Ou ainda: *o cerne da questão é atentar que as diferenças não legitimem tratamento jurídico desigual ou assimétrico no que diz respeito à base comum dos direitos ou deveres...*(GAMA, 2008).

Este princípio tem repercussão direta nas famílias, pois significa a igualdade conjugal e na parentalidade. A CF/88, em seu art. 226, §5º explicita que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e mulher. Trata-se do fim do chamado “pátrio poder” e sua substituição pelo “poder familiar”, consubstanciado na igualdade do homem e mulher em relação à autoridade com os filhos. Este princípio promoveu a igualdade entre pais e filhos no que se refere ao exercício de direitos, sem, entretanto, abolir os deveres recíprocos nesta relação.

Este princípio, no direito das famílias, implica na promoção de igual respeito e consideração entre todos os familiares, onde, no passado, tal reconhecimento era atribuído somente ao marido e pai (então chefe da família), já que lhe eram reconhecidas algumas situações jurídicas ativas que eram negadas aos demais integrantes da família (GAMA, 2008).

Tepedino (2006), relembra o período anterior à Constituição Federal de 1988, na vigência do revogado Código Civil que o marido era o chefe da família, função que só a partir do Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/62), passou a exercer com a colaboração da mulher. Até a Constituição Federal de 1988, só o marido representava a família, administrava os bens comuns e mesmo os

particulares da mulher (art. 233, II, CC/1916), além de deter o direito de fixar o domicílio da família e a faculdade de autorizar a mulher a praticar diversos atos da vida civil (art. 242 CC/1916).

4.1.3 Liberdade

O artigo 5º da Constituição Federal em seu inciso II estabelece: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Mais adiante, no art. 226, §7º, a mesma Carta Magna menciona a liberdade do casal no planejamento familiar, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

A liberdade se traduz, portanto, como direito de personalidade à autodeterminação ético-existencial do sujeito, segundo Menezes (2008). Dentro dos limites legais, o indivíduo pode agir sem ser perturbado por outrem ou pelo Estado; em outras palavras, se a conduta humana não é expressamente proibida, é implicitamente, permitida.

Segundo Lobo (2010), este princípio se concretiza, no Direito das Famílias, em regras específicas, como a que permite ao filho exercer a liberdade de recusar o reconhecimento voluntário da paternidade feito por seu pai biológico, preferindo que no seu registro conste apenas o nome da mãe (art. 1.614 do CC/02). Também menciona o mesmo autor (2010), a liberdade aos que se utilizem da inseminação artificial para concepção do filho, inclusive a heteróloga – com material genético de outro homem, com o consentimento do marido (art. 1.597, V, CC/02). Ressalta, por último, violação deste princípio, no art. 1.641,II do CC/02, que impõe aos maiores de 60 (sessenta) anos, o regime matrimonial da separação total de bens, desconsiderando a autonomia da vontade dos nubentes.

4.2. Específicos

Diniz (2007, p.18), enumera sete princípios específicos do direito de família, derivados dos princípios gerais destacados na Constituição Federal:

- a) Princípio da 'ratio' do matrimônio e da união estável (o qual se refere à autonomia e à afeição);
- b) Princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros;
- c) Princípio da igualdade jurídica de todos os filhos (o qual engloba o melhor interesse da criança);
- d) Princípio do pluralismo familiar;
- e) Princípio da consagração do poder familiar;
- f) Princípio da liberdade (o qual também engloba a autonomia);
- g) Princípio do respeito da dignidade da pessoa humana.

Na doutrina nacional, existe uma multiplicidade de classificação de princípios norteadores do direito de família, não havendo opinião unívoca. A falta de consenso, entretanto, apenas ressalta a diversidade de olhares sobre o assunto, tornando mais rico o debate sobre a proteção às famílias. Antes de se anularem, essas classificações se complementam, formando um mosaico coordenado.

Diante da variedade de classificações, optou-se pela orientação de Lobo (2002), para identificar aqueles princípios que mais servem à argumentação presente, ou seja, a demonstração de que a pluralidade de famílias pode e deve ser protegida pelo Estado, em suas funções Administrativa, Judicial e Legislativa.

4.2.1 Estabilidade

Outro princípio que deve ser observado na constituição das famílias é o da permanência. Em qualquer entidade familiar, deve-se ter em mente que esta deverá ser duradoura, contínua. Apesar das hipóteses de extinção do vínculo matrimonial, estas situações devem ser consideradas exceções, pois o ideal de

família é ainda aquela que consegue sobreviver às naturais desavenças e superar as dificuldades inevitáveis de qualquer relacionamento.

A responsabilidade é o ônus da liberdade. Ser livre para decidir o parceiro (a) significa – exatamente por isso – ser responsável pelas conseqüências desta escolha. Significa saber manter, até quando for possível e necessário, a perenidade do relacionamento, evitando separações precipitadas e levianas, que vulneram a estabilidade da relação.

A nova lei de adoção (Lei 12.010/2009), que alterou o Código Civil, privilegia a estabilidade como elemento exigível à adoção conjunta, assim dispendo:

“Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil

§ 2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.

Logo, a estabilidade confere segurança aos membros da família, dando-lhes assistência recíproca, traduzida em assistência recíproca, suporte financeiro, emocional e psicológico para seu pleno desenvolvimento.

Para se constituir uma família, é necessária a constância e a perseverança de convivência, distinguindo-se de relacionamentos passageiros e sem compromisso de vida comum.

4.2.2 Ostensividade

É necessário, outrossim, em qualquer entidade familiar, que esta se apresente como tal para terceiros; que a sociedade a reconheça e identifique. Nas relações matrimoniais, a formalidade da cerimônia do casamento já o torna oponível contra terceiros e gera algumas presunções legais, tais como a de paternidade, além dos deveres de fidelidade, de mútua assistência, dentre outros. Nas uniões estáveis e nas entidades familiares implícitas esta ostensividade deverá ser comprovada,

caso a caso, para conferir o *status* de entidade familiar, tornando-a oponível *erga omnes*.

É necessário que seja exteriorizado o ânimo de constituir família, através de atos concretos, que ainda se constituem meios de prova para o reconhecimento judicial das uniões estáveis.

4.3 Afetividade

Sustenta Pereira (2006, p.09-10), que a afetividade ingressou no mundo jurídico através do discurso da psicanálise, que, reconhecendo a subjetividade do inconsciente, revela o homem como sujeito de desejo, ou, melhor dizendo, sujeito aos seus desejos mais recônditos e por eles, muitas vezes, conduzido:

Foi o discurso psicanalítico que introduziu na ciência jurídica uma nova noção de relação conjugal. A consideração do sujeito de desejo fez despertar uma nova consciência sob a não obrigatoriedade dos vínculos conjugais. Podemos dizer, inclusive, que essa nova consciência teve como conseqüência o surgimento das leis de divórcio nos países do mundo ocidental. O discurso psicanalítico introduziu também uma outra noção de sexualidade. Compreendeu-se que ela é muito mais da ordem do desejo que da genitalidade. É aí que se começa a valorizar os vínculos conjugais sustentados no amor e no afeto. Podemos dizer, então, que esse novo discurso sobre a sexualidade, introduzido por Freud, revalorizou o amor e o afeto. Na esteira dessa evolução e compreensão é que o Direito de Família atribuiu ao afeto um valor jurídico. E é este sentimento, agora como um novo valor jurídico, que tem desinstalado velhas concepções e instalado uma nova ordem jurídica para a família.

Acrescenta, ainda, o mesmo autor (PEREIRA, 2006), que o afeto foi introduzido no discurso jurídico nacional na década de 70 do século passado, através de João Baptista Villela, em trabalhos científicos publicados na Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Depois dele, Luiz Edson Fachin, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Paulo Luiz Netto Lobo, Maria Berenice Dias e Sérgio Resende de Barros reforçaram a necessidade do reconhecimento do amor/afeto no Direito das Famílias.

Diferentemente do que ocorre com a dignidade da pessoa, igualdade e liberdade, o princípio da afetividade não se encontra expresso no texto constitucional, embora alguns autores o vislumbrem em diversas ocasiões, tanto da Constituição Federal de 1988, quanto no Código Civil de 2002.

Segundo Lobo (*on line*, 2002), a Constituição Federal prenunciou a afetividade nas seguintes disposições:

Projetou-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade. Encontra-se na Constituição Federal brasileira três fundamentos essenciais do princípio da afetividade, constitutivos dessa aguda evolução social da família, máxime durante as últimas décadas do Século XX:

- a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º);
- b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º);
- c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º).
- d) o casal é livre para extinguir o casamento ou a união estável, sempre que a afetividade desapareça (art. 226, §§ 3º e 6º).

E ainda segundo Welter *apud* Kroth, Silva e Rabuske (*on line*, 2007), o princípio da afetividade pode ser assim localizado no Código Civil:

Welter (2003), descreve que o princípio da afetividade resta positivado nos seguintes artigos do CC/02: artigo 1.584, § único, trata da definição da guarda do filho na separação dos pais; artigo 1.511, estabelece comunhão plena de vida no casamento; 1.593, admite outra origem à filiação além do parentesco natural e civil; 1.596, consagra a igualdade na filiação; 1.604, fixa a irrevogabilidade da perfilhação. Além de tais artigos, Dias (2005) refere que “o novo olhar sobre a sexualidade valorizou os vínculos conjugais que passaram a se sustentar no amor e no afeto” (p. 68).

Do ponto de vista psicológico e emocional, a afetividade garante a formação de indivíduos equilibrados em seus relacionamentos sociais, portanto mais capazes de exercer a cidadania plena, que compreende não só aquisição de direitos, mas pressupõe cumprimento de deveres. Masiero (*on line*, p.06), destaca a importância da afetividade na construção de uma personalidade saudável:

Quando há uma relação entre indivíduos, surgem vários sentimentos: amor, medo da perda, ciúmes, saudade, raiva, inveja; essa mistura de sentimentos gera a afetividade. Um indivíduo saudável mentalmente, sabe organizar e lidar com todos esses sentimentos de forma tranqüila e equilibrada. A qualidade de vida inclui a saúde mental, cuidar-se e cuidar do próximo é como fonte de prazer, por isso que a afetividade tem grande importância no desenvolvimento humano, pois é diretamente através dela que nos comunicamos com as nossas emoções.

Diversas novas situações - conflituosas ou não – decorrem deste princípio, tais como: paternidade socioafetiva, abandono afetivo, a proteção da infância e juventude e do idoso, dentre outras.

4.3.1 Conceito

Lobo (2010), diferencia a *afetividade* enquanto princípio do *afeto*, do ponto de vista psicológico ou anímico. Por exemplo, o princípio da afetividade é imposto aos pais e filhos reciprocamente, justificando a mútua assistência, independentemente da existência do amor entre estes familiares. Já entre os cônjuges, há coincidência entre afetividade e afeto, pois a convivência entre o par só se sustenta enquanto houver sentimento.

Lobo (2008, p. 31), ainda se manifesta:

Demarcando seu conceito, a afetividade é o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia em face de considerações de caráter patrimonial ou biológico...

...O princípio da afetividade entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre os cônjuges, companheiros e filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família.

A afetividade deve ser considerada como fundamento das relações familiares uma vez que faz despontar a igualdade entre cônjuges, pais e filhos, irmãos, a liberdade de relacionamento e ressalta as famílias como fato cultural e não somente jurídico ou biológico.

4.3.2 Conteúdo

As relações de consangüinidade não limitam o parentesco, que também pode ser estabelecido por afinidade e por afetividade. Na primeira hipótese, fala-se em parentesco natural e nas últimas, de parentesco civil. Neste ponto, observa-se certo avanço do CC/02, pois seu art. 1.593 estendeu a noção de parentesco, eis que incluiu a socioafetividade.

Nas palavras de Lobo (2010, p. 30), a família é sempre socioafetiva, unida por na convivência solidária e “a afetividade, como categoria jurídica, resulta da transeficácia de parte dos fatos psicossociais que a converte em fato jurídico, gerador de efeitos jurídicos”.

Oportuna a citação de Lobo (2008, p.32),:

A afetividade, antes cuidada pelos cientistas sociais, pelos educadores, pelos psicólogos, como objeto de suas ciências, entrou nas cogitações dos juristas, que buscam explicar as relações familiares contemporâneas.

Significa dizer que fatos que anteriormente não geravam conseqüências jurídicas, passaram a ter importância dentro da ordem jurídica, a fim de garantir direitos e impor deveres. Para ilustrar esse raciocínio, basta observar como as relações familiares, na contemporaneidade, sofreram influência da teoria da responsabilidade civil na reparação de danos.

Até a edição do CC/02, não era comum, no direito pátrio, a possibilidade de reparação de danos na seara do direito de família, ramo do direito privado que permaneceu, durante muito tempo, preservado das ações indenizatórias. Talvez porque não se pensasse razoável intervir em questões sentimentais que, além de não serem mensuráveis monetariamente, eram assunto estritamente ligado à privacidade de cada entidade familiar.

Situações como ruptura de noivado, abandono material/socioafetivo, adultério com ofensa à honra e ocultação de filiação, dentre outras, permaneciam afastadas da responsabilização civil.

A afetividade transforma um fato psicossocial em jurídico, possibilitando a aplicação da teoria da responsabilidade civil por fato ilícito ou abuso de direito, nas relações familiares. A frustração, a dor e o sofrimento, antes confinados ao ambiente doméstico e necessários à manutenção do lar patriarcal ganharam espaço com a possibilidade de serem indenizados, desde que presentes os requisitos da reparação civil.

4.3.3 Aplicação nas Entidades Familiares

A queda do patriarcalismo – iniciada com a revolução industrial – provocou a alteração dos papéis desempenhados pelo homem e mulher dentro da família, a substituição do pátrio poder pelo poder familiar, a igualdade entre pais e filhos e o enfraquecimento da família patrimonializada, mudando radicalmente a dinâmica familiar moderna, onde o conceito de autoridade está sofrendo injeção do afeto.

A grande questão é constatar que as famílias sofreram transformações e a Constituição Federal apenas acomodou em seu texto as novas realidades das famílias modernas, adotando, implicitamente, outro princípio que substitui a patrimonialidade, o patriarcado e os laços sanguíneos. O afeto – ou o amor – deve ser reconhecido como forte vínculo para a criação das famílias, tão legítimo quanto os vínculos biológicos, como decorrência direta do princípio da dignidade humana.

Este princípio se presta tanto ao reconhecimento da pluralidade de unidades familiares, como traz reflexos em alguns setores específicos do direito de família.

A afetividade serve de base para a construção e manutenção dos vínculos de união estável e casamento, sendo desnecessária a extensa lista de

justificativas para decretação do divórcio ou dissolução de união estável, se não há mais amor ou afeto. Restringe-se à esfera privada e de intimidade do par a motivação do fim do relacionamento, bastando a demonstração da impossibilidade da vida comum. Não mais persiste a antiga necessidade de imputar a culpa a um dos companheiros/cônjuges.

A afetividade mudou o modelo de filiação, já que ao lado da parentalidade biológica, é reconhecida a chamada paternidade socioafetiva. O artigo 1.593 do CC/02 estabelece que o parentesco pode ser natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem. Somem-se os casos de reprodução assistida, que pode ser homóloga (quando o sêmen é do próprio pai biológico) ou heteróloga (nos casos de infertilidade masculina, o sêmen é doado). Nesta última situação, mesmo com material genético masculino de outro homem, o pai socioafetivo assume completamente os direitos e deveres desta paternidade porque o que o vincula ao filho é o amor. A adoção é outro exemplo evidente de que não só os laços biológicos, mas o afeto é capaz de atribuir a um estranho a qualidade de filho.

Alguns doutrinadores de direito de família (TARTUCE, 2008), admitem a existência das verdades biológica e socioafetiva como definidoras de parentesco, já que nem só a genética determina a filiação. O autor cita, como exemplo, as ações vindicatórias de filho, quando a verdade biológica não corresponde à verdade registral ou socioafetiva, daquele homem que, por engano, toma como seu, filho de outrem.

Apesar de o art. 1.604 vedar as ações vindicatórias de filho, ressalva o erro ou a falsidade de registro, como exceções à regra geral. Nestas hipóteses, sustenta Tartuce (2008), o julgador deve atentar para os laços de afetividade que já se consolidaram – se for o caso – entre o pai socioafetivo e o filho não biológico, antes de determinar a retificação de seu registro de nascimento. O magistrado não deve perder de mira que a afetividade está fundada na dignidade humana e na solidariedade social.

Outra situação que foi relativizada é a do denominado “débito conjugal”, como uma das vertentes do dever de coabitação, consistente na manutenção de

vida sexual (GAMA, 2008). Nenhum dos envolvidos no relacionamento amoroso está obrigado a uma vida sexual contumaz, se não houver afeto.

A relação entre tutor e pupilo deve ser estabelecida pelo afeto, já que o Código Civil não prevê a figura do tutor profissional, remunerado (art. 1.734). A indicação do tutor deve recair sobre aquelas pessoas que tenham maior afinidade e que possam dedicar maior cuidado à criança/adolescente, cabendo ao Estado apenas fiscalizar a administração patrimonial, através da prestação de contas do tutor, conforme art. 1.755 do CC/02.

Nas situações de conflito familiar, Gama (2008), menciona que no contexto da constitucionalização do Direito de Família, há a valorização de situações existenciais, pois se torna imprescindível tornar conciliáveis, dentro da família, exigências idênticas ou diferentes, especialmente quando os instrumentos para sua satisfação são insuficientes. Daí o forte conteúdo emocional das demandas envolvendo as famílias, sugerindo a doutrina a solução consensual, como a mais adequada, *pois respeita as peculiaridades intelectivas, as inclinações, os temperamentos individuais, os dons e as aptidões de cada qual* (Gama, 2008, p. 131).

Na multiplicidade de fatos apresentados ao julgador, diante da impossibilidade real de a norma jurídica abranger todas as hipóteses da vida, deve-se buscar a valorização da pessoa humana, a realização dos direitos fundamentais e a preservação dos laços afetivos. A afetividade não pode ser ignorada, pois é ela quem vai fundamentar questões como a regularidade do exercício do direito às visitas e a guarda única ou compartilhada dos filhos menores, só para exemplificar.

Lembrando o magistério de Lobo (2010, p. 67),:

A força determinante da afetividade, como elemento nuclear de efetiva estabilidade das relações familiares de qualquer natureza, nos dias atuais, torna relativa e, às vezes, desnecessária a intervenção do legislador. A afetividade é o indicador das melhores soluções para os conflitos familiares.

Seguindo a tendência mais moderna de efetivar o direito de acesso à Justiça, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ editou a Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, que dispõe sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Neste documento, estimula a autocomposição dos litígios e a pacificação social por meio da conciliação e mediação, instrumentos bastante adequados na solução dos conflitos familiares.

Observa-se a intenção do Poder Judiciário em reduzir a judicialização das lides, fomentando as partes a superarem a discórdia e resolverem o problema, pois a sentença judicial, a despeito de finalizar a demanda, nem sempre consegue ultimar o problema social.

Neste contexto, a afetividade ganha relevo na medida em que pode incitar soluções conciliatórias, em que se preservem os direitos em questão, na maior potencialidade possível. Assim, aduz Lobo (2008), é que a afetividade é o indicador das melhores soluções para os conflitos familiares.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 elegeu a dignidade humana como um de seus princípios fundamentais, ganhando, os chamados direitos de personalidade, o *status* de direitos fundamentais, (re)iniciando no ordenamento jurídico pátrio o conhecido movimento de personalização dos direitos.

Pode-se afirmar que o indivíduo ganhou espaço na família moderna, ao contrário da tradicional família patriarcal, que existia enquanto instituição à custa da opressão de seus integrantes. A realidade acaba desmentindo esses padrões, que reproduzem uma moral social, muitas vezes hipócrita (FACHIN, 2003). Glanz (2005) corrobora este ponto de vista e faz referência à manual de autoria do professor da Universidade de Oxford, Stephen M. Cretney, onde aponta que 32% dos homicídios registrados na Inglaterra são praticados por familiares das vítimas, em grande parte crianças.

A igualdade entre os filhos oriundos ou não do casamento assim como a dos filhos adotivos são exemplos de como as regras constitucionais do país evoluíram para a proteção do melhor interesse da criança e adolescente, que passou a ser mais valorizado no seio familiar. Como consequência, o casamento deixou de ser indispensável para a legitimação dos filhos e a igualdade entre os cônjuges – consequência da igualdade entre as pessoas – deslocou o pátrio poder para o poder parental ou familiar.

Além disso, a facilitação do divórcio contribuiu para desinstitucionalização do casamento, contribuindo para o reconhecimento das relações conjugais não matrimoniais, como é o caso da união estável, já prevista desde a redação original da CF/88, em seu art. 226, § 3º.

Todas essas alterações, constitucionalmente previstas, apontam para a modernização e atualização do direito das famílias, fruto da lenta e constante transformação social, iniciada, especialmente, após a revolução industrial, quando

as exigências da produção em massa provocaram trabalho externo das mulheres e crianças. A partir de então, todo o cenário da vida social não escapou às interferências do sistema capitalista, que acabou provocando movimentos de afirmação feminina e de conquistas trabalhistas, dentre outros.

Na contemporaneidade, pode-se afirmar que nem só os laços sanguíneos, mas os vínculos afetivos unem os membros da unidade familiar. O que fundamenta a criação e manutenção da família é o afeto, que dá espaço para as diferenças, que compreende as limitações e permite o crescimento da personalidade, criando um micro ambiente de desenvolvimento emocional saudável. Esta afetividade propicia maior ajustamento dos indivíduos e, por conseguinte, produz uma sociedade mais apta a enfrentar os desafios das desigualdades.

Emerge um novo individualismo que se distingue do modelo surgido no Estado Liberal que, apesar de realçar o indivíduo em contraponto ao poder estatal, não foi capaz de garantir o efetivo exercício das liberdades individuais.

O afeto, historicamente desconsiderado pelo Direito, passou a ser o centro fundamentador da união familiar, quer entre cônjuges ou companheiros, entre irmãos, entre ascendentes e descendentes, inclusive com a necessidade de reformulação dos critérios de filiação.

Não mais a proteção do patrimônio ou a procriação fundamentam a existência da família, que transcende aos interesses materiais e vence a tradição de famílias numerosas. No patriarcalismo, predominava a família matrimonial, com uma definição clara dos papéis dos cônjuges e filhos, marcados pela questão de gênero. Naquela época, poucas eram as famílias que fugiam do padrão imposto socialmente, e nessas situações, o sofrimento pela reprovação social causava traumas a quem não se adequava ao modelo predominante. Ainda hoje, com a decadência do sistema patriarcal, ainda persiste certa resistência à inclusão da categoria de família plural, apesar das conquistas femininas e da igualdade entre pais e filhos.

O próprio conceito de família plural ainda não se encontra perfeitamente delimitado, uma vez que a diversidade de modelos dificulta sua compreensão de forma taxativa.

O Código Civil, infelizmente, foi tímido ao tratar da afetividade, não avançando naquilo que a Constituição Federal delineou, perdendo a ocasião de disciplinar de forma mais concreta a afetividade nas relações familiares. Apenas nos artigos 1.511, 1.571, 1.584, 1.593, 1.596 e 1.604 percebe-se alusão, ainda que não expressa, da afetividade.

Reforçando a crítica à nova codificação civil brasileira, Brito *apud* Pereira (2004, p. 15),:

Não há um novo código, mas sim um novo texto para um código antigo, contudo algumas alterações redacionais e tímidas *inovações*. Não é um *novo* código porque o texto não é uma obra de criação da comissão que o elaborou, nem mesmo de nenhum dos seus membros individualmente. Não é uma *consolidação* porque não chega a ser uma compilação sistematizando leis preexistentes. Reitere-se: o *novo* é o próprio antigo texto de 1916 sobre o qual, portanto, portanto, gira o estudo ora reeditado e, perfeitamente, elucidativo da origem e da evolução do Direito Civil pátrio. (grifos do original).

Observando a evolução histórica e constitucional na proteção às famílias, constata-se que, de todas as Constituições brasileiras, somente a de 1988 reconhece a pluralidade de famílias, retirando a exclusividade da família matrimonial, além de extinguir a indissolubilidade do matrimônio, através do divórcio, ainda mais facilitado por meio da Emenda Constitucional n° 66/2010.

Tais disposições, constantes do art. 226 do texto constitucional, refletem a afetividade como sendo um princípio implícito, derivado da liberdade, por sua vez, considerado como direito fundamental (GAMA, 2008).

No que se refere à pluralidade de famílias, a norma constitucional é do tipo aberta, havendo necessidade da aplicação dos princípios para sua efetivação, em múltiplas situações, cada vez mais complexas.

Para admitir a inclusão da pluralidade de famílias, diante da omissão constitucional às chamadas entidades familiares implícitas (LOBO, 2002), ou “novas” entidades familiares (MATOS, 2008), torna-se indispensável recorrer à nova hermenêutica constitucional.

Logo, quer seja numa situação de complementação ou fundamentação, a utilização do princípio da afetividade teria como solucionar um conflito de interesses, oponível, inclusive, ao Estado, nas prestações de políticas públicas e de previdência.

O êxito desta argumentação conduz ao reconhecimento da pluralidade das entidades familiares, exatamente porque nem a Constituição Federal, nem o Código Civil estabelecerem, de modo expresse, um rol taxativo de famílias.

A peculiaridade social brasileira torna ainda mais imperiosa a aplicação dos princípios para a concretização dos direitos fundamentais, já que ainda predomina extrema desigualdade.

Neste ponto, ganha relevo a argumentação do neo constitucionalismo e do pós positivismo, que confere força normativa aos princípios, pois diante de situações de elevado grau de complexidade, envolvendo colisão entre direitos fundamentais, a solução que melhor atende à segurança jurídica é a utilização do critério da proporcionalidade.

Por este princípio, entende-se que se deve buscar a máxima efetividade dos direitos em jogo, com o mínimo de sacrifício entre eles. Ou seja, a aplicação do direito mais próximo do ideal de justiça, buscando uma solução ao mesmo tempo conciliatória e legítima. Neste ponto, o justo corresponde, simultaneamente, à idéia de legitimidade – aqui entendida como respeito ao conjunto de valores eleitos constitucionalmente como básicos pelo Estado - e máxima satisfação dos direitos em confronto. O recurso à axiologia encontra limite na própria Constituição Federal que já aponta suas preferências e crenças, que expressam e conferem unidade a determinado grupo social.

Por fim, o pensamento de Fachin (2003, p.9), sintetiza a percepção da importância da afetividade nas relações familiares:

Não haverá cidadania na família sem a plena cidadania social. Advogamos a formação de conceitos sempre *a posterior*, especialmente para não enjaular, em *numerus clausus*, a arquitetura que, com base no afeto, pode fazer emergir a família. A jurisprudência deve se abrir para compreender e empreender os novos desafios, sem preconceitos ou visões preconcebidas.

É necessário pensar na inclusão jurídica e política de novas unidades familiares, com o intuito de alargar a proteção aos sujeitos de direitos. Na ausência de lei ou no silêncio constitucional, o princípio da afetividade, em concorrência com outros, pode ser utilizado, de forma direta, na solução de conflitos ou no reconhecimento de situações já consolidadas socialmente.

Reconhecer a aplicação direta da afetividade para reconhecimento de novas situações familiares não compromete a estabilidade nem a segurança jurídica dos relacionamentos, uma vez que não retira deles as responsabilidades recíprocas, tampouco implica no não reconhecimento das entidades já consolidadas juridicamente. Bem ao contrário, importa em aplicar integralmente as regras das famílias para além das situações previstas, fortalecendo os laços familiares.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros Editores, 2008;

BARRETO, M., GALDINO, V. **Os princípios gerais de direito, os princípios de direito de família e os direitos da personalidade**. Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, América do Norte, 7, out. 2007. Disponível em: <http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/527/385>. Acesso em: 20 Jan. 2011;

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010;

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **O princípio da dignidade da pessoa humana e o novo direito civil: breves anotações**. In Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano VIII, nº08, p. 136/137, jun/2006;

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. **Código Civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva 2003.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Divórcio Judicial e Administrativo**. De acordo com a Emenda Constitucional 66/2010 e a lei 11.698/2008 (guarda compartilhada) Belo Horizonte: Del Rey, 2010;

CHANAN, Guilherme Giacomelli. **As Entidades Familiares na Constituição Federal**. Revista Brasileira de Direito de Família, São Paulo, Ano IX, n.42, jun-julho 2007;

DIAS, Maria Berenice. **A ética do afeto**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 668, 4 maio 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6668>>. Acesso em: 26 abr. 2011;

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. 22^a . ed. rev. e atual., de acordo com a Reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 5, p. 18-22;

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luis Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 2005;

FACHIN, Luiz Edson. Direito de Família. **Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro**. 2^a edição Rio de Janeiro: Renovar, 2003;

FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010;

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais do Direito de Família**. Guarda Compartilhada à luz da Lei nº 11.698/08. Família, Criança, Adolescente e Idoso. São Paulo: Atlas, 2008;

GLANZ, Semy. **A família mutante**. Sociologia e Direito Comparado. Inclusive o novo Código Civil brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2005;

HRYNIEWICZ, Severo. **A filosofia e o paradigma ético da atualidade**: dos paradigmas tradicionais à pós-modernidade. In Revista Idea, vol. 1, nº01, 2009, p. 38-64. www.revistaidea.com.br;

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach, São Paulo: Martin Claret, 2006;

KROTH, Vanessa Wendt, SILVA, Rosane Leal da, RABUSKE, Michelli Moroni. **As famílias e os seus direitos**: o artigo 226 da Constituição Federal de 1988 como rol

enumerativo. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM. Vol. 2, nº 2, p. 98-116, julho/2007;

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas:** para além do numerus clausus. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 53, 1 jan. 2002. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/2552>. Acesso em: 25 jan. 2011;

_____. **Constitucionalização do Direito Civil.** Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 33, 1 jul. 1999. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/507>. Acesso em: 17 abr. 2011;

_____. **Direito Civil.** Famílias. 3ª edição de acordo com a Lei n.12.010/2009. São Paulo: Saraiva, 2010;

_____. **Socioafetividade no Direito de Família:** a persistente trajetória de um conceito fundamental. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Magister Editora, vol. 05, ago/set 2008;

MAIA, Paulo Sávio Peixoto. **A “luta pelo método” na república de Weimar.** In Revista CEJ, Brasília, Ano XIV, nº 49, p.51-58, abr/jun/2010;

MASIERO, Adriane. **A afetividade no desenvolvimento cognitivo na educação pós-moderna.** Disponível em: <http://www.webartigos.com.br>. Acesso em 12. abril.2011;

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **“Novas” entidades familiares e seus efeitos jurídicos.** Revista Forense, vol.396, ano 104, p.557-567. Rio de Janeiro: Forense março-abril 2008;

MENEZES, Joyceane Bezerra de. **A família na Constituição Federal de 1988 –** uma instituição plural e atenta aos direitos de personalidade. Revista Novos Estudos Jurídicos do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI – Santa Catarina. Vol.13, n.1, p.119-130. jan-jun 2008;

PENA JR., Moacir César. **Direito das pessoas e das famílias doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2008;

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte:Del Rey, 2006;

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001;

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo, Saraiva. 2010;

TARTUCE, Flávio. **As verdades parentais e a ação vindicatória de filho**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Magister Editora, vol. 04, jun/jul 2008;

TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina civil-constitucional das relações familiares**. disponível em http://www2.uerj.br/direito/publicações/diversos/tepedino_3.html. acesso em 26.07.2006;

WELTER, Belmiro Pedro. **Fenomenologia no direito de família: genético, afetivo e ontológico**. Tese de doutorado. UNISINOS, 2007;