



Brasília | ano 52 | nº 205
janeiro/março – 2015

Do direito de família ao direito das famílias

A repersonalização das relações familiares no Brasil

MÔNICA TERESA COSTA SOUSA

BRUNA BARBIERI WAQUIM

Sumário

1. Introdução. 2. A família antiga: da religião ao patrimonialismo. 3. O(s) moderno(s) conceito(s) de família. 4. Conclusões.

Mônica Teresa Costa Sousa é doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Avaliadora do MEC/ INEP. Professora da Universidade Federal do Maranhão.

Bruna Barbieri Waquim é mestranda em Direito e Instituições do Sistema da Justiça da Universidade Federal do Maranhão. Especialista em Direito de Família e Sucessões e em Direito Civil e Direito Processual Civil. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família – Seção do Estado do Maranhão. Servidora pública do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão.

1. Introdução

Tratar sobre o assunto “família” contemporaneamente nos evoca a imagem de pais e filhos reunidos em um lar acolhedor, em um ambiente de fortes laços, respeito e cuidado.

Porém, essa visão que hoje temos da família decorre, na verdade, de um longo processo de construção e reconstrução da função da família na história, pois a cada momento vivido pela sociedade, de acordo com a respectiva cultura, a família e seus membros tiveram um papel e uma importância.

No Brasil, durante muitos séculos, o modelo legal e, portanto, legítimo de família era aquele constituído pelo casamento religioso ou civil. Ainda que boa parte da população não possuísse os recursos financeiros necessários para arcar com os custos da solenidade do casamento, ou que não professasse a fé católica, ou simplesmente não desejasse a autorização do Estado para a constituição de uma família, as entidades formadas à margem da lei eram, da mesma forma, marginalizadas pelos Poderes Públicos, sendo alvo de grande preconceito na sociedade.

Da adoção pelo Estado de um modelo único para a formação de uma família decorreram inúmeros desdobramentos com a mesma carga

preconceitual e restritiva de liberdades. Por exemplo, os filhos, para serem considerados legítimos, deveriam nascer no seio de um casamento válido. Mesmo se nascessem de genitores solteiros, a ausência do vínculo do casamento lhes contaminava com a pecha de ilegítimos, bastardos ou espúrios.

A família tradicional brasileira, assim, possuía duas funções bem delimitadas no espaço social: a de legitimar a transmissão do patrimônio e a procriação. Tais funções expressavam as características da própria sociedade da época, patriarcal, patrimonialista, hierarquizada, individualista e com pouca preocupação com o bem-estar social.

Mas a dinâmica da vida social, aliada às grandes revoluções do século XX, permitiram a desconfiguração do perfil tradicional não só da família como da própria sociedade. A industrialização, o movimento feminista, o ingresso da mulher no mercado de trabalho, a descoberta de formas artificiais de reprodução, o surgimento do Estado Democrático de Direito contribuíram para derrubar os paradigmas até então vigentes no Brasil, acarretando com isso a transformação da mentalidade das pessoas e dos institutos jurídicos e políticos.

No presente artigo, foi realizado um levantamento bibliográfico sobre o esboço histórico da família no âmbito mundial e no Brasil, para traçar as mudanças sofridas na sua caracterização e qualificação.

A seguir, buscou-se pontuar quais mudanças foram significativas para a expansão das liberdades individuais no âmbito da família, e o que tais mudanças representaram no cenário da sociedade brasileira.

Por meio de pesquisa jurisprudencial, foram analisados alguns dos julgamentos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal que demonstram como o Poder Judiciário tem-se comportado diante das demandas por

definições jurídicas decorrentes das indefinições legislativas.

A partir da ótica de Amartya Sen, é possível chegar à conclusão de que, a despeito dos índices oficiais de desenvolvimento econômico e social, a expansão das liberdades individuais no Brasil, decorrente da repersonalização das relações familiares, não deve ser desconsiderada para afirmar o sucesso do desenvolvimento da sociedade brasileira.

2. A família antiga: da religião ao patrimonialismo

O vocábulo utilizado, em cada época e cultura, para denominar o que hoje entendemos por família também evoluiu à medida que a noção de entidade familiar se transformava, e o significado dos vernáculos ajuda a esclarecer o que o termo “família” representou em cada momento histórico.

Na Antiguidade Clássica, a reunião de pessoas em uma família recebia o nome de *epístion*, que significa “aquilo que está junto ao fogo” (COULANGES, 2004).

Isso porque o que ligava os membros de uma família não era o afeto nem o sangue, mas o culto à mesma religião doméstica, simbolizada pela chama dos rituais de adoração aos *manes* (COULANGES, 2004).

A religião da época baseava-se em duas categorias de deuses: os superiores, ligados aos fenômenos naturais e conhecidos por todos, e os deuses inferiores, domésticos ou *manes*, que eram os antepassados de cada família que passavam a ser adorados (MADALENO, A.; MADALENO R., 2013).

Era um tempo em que a adoção não só era bem aceita como incentivada, para preservar a adoração dos ancestrais. Por meio do casamento, a esposa abandonava os seus antepassados e passava a cultuar os *manes* de seu esposo,

não existindo a possibilidade de cultivar duas linhagens de deuses, o que significaria pertencer a duas famílias (COULANGES, 2004).

Quando falecia o patriarca, seus filhos varões adquiriam personalidade e passavam a constituir outras famílias, nos quais passavam a assumir a condição de *pater familias*. O conjunto dessas famílias formava a família *communi jure*, formada pelos parentes por linha masculina, pois o parentesco materno não produzia efeitos jurídicos (NADER, 2013).

Com o crescimento da população e o desenvolvimento das relações interpessoais, os casamentos deixaram de ser realizados entre os membros de um mesmo grupo para serem realizados entre membros de grupos (ou *gens*) diferentes (MADALENO, A.; MADALENO R., 2013), quebrando o laço religioso como formador de uma entidade familiar e instituindo os laços cognatícios (nome e consanguinidade) como elemento formador de uma família (PESSOA, 1997).

A religião doméstica, em declínio, foi paulatinamente substituída pela ideia de família como espaço para a transmissão de patrimônio, como se extrai do termo que passou a ser utilizado para denominar uma família: *famel*, da raiz latina *famul*, que significa servo ou conjunto de escravos pertencentes ao mesmo patrão (FARIAS; ROSENVALD, 2010).

No cenário do Direito Romano, permaneceu a figura do *paterfamilias* – o patriarca. O patriarca adquiria bens e administrava o patrimônio familiar (*domenica potestas*), exercia o poder sobre as pessoas dos filhos (*patria potestas*), sobre a mulher (*manus*) e sobre os escravos (*dominica potestas*), ou seja, centralizava a autoridade familiar e patrimonial (PESSOA, 1997).

Aproximando-se da Idade Média, a família adquiriu natureza econômica, transformando-se em unidade de produção. Cada lar era uma pequena oficina, da qual todos os membros da

família retiravam sua subsistência (VENOSA, 2013).

Dessas transformações não se eximiu o Brasil. Gilberto Freyre, na aclamada obra “Casa-Grande & Senzala”, traça um primoroso retrato da família tradicional brasileira, influenciada pela colonização portuguesa.

Gilberto Freyre (2003) destaca que a formação patriarcal do Brasil é explicada menos em termos de raça e religião do que em termos econômicos, de experiência de cultura e de organização da família.

A casa-grande patriarcal era fortaleza, capela, escola, oficina, santa casa, harém, convento de moças, hospedaria e até mesmo banco. Na hierarquia patriarcal, a memória dos mortos da família era cultivada abaixo dos santos e acima dos vivos, por meio de retratos, tranças e cachos guardados, em um culto doméstico que lembra o dos antigos gregos e romanos (FREYRE, 2003).

Foi a família, no sentir de Freyre (2003), a verdadeira responsável pela colonização brasileira, pois era a unidade produtiva que fornecia o capital para desbravar o solo, que instalava as fazendas, comprava os animais para a lavoura ou o engenho, e que constituía o capital social que se desdobrava na política, por meio da aristocracia colonial mais poderosa já vista na América.

Laurentino Gomes reforça esse retrato, afirmando que a sociedade conservadora, católica e patriarcal da tradição cultural brasileira representava parte da herança ibérica e portuguesa. A submissão da mulher era um traço tão característico que influenciou até mesmo a arquitetura das casas, que possuíam janelas por trás, por meio das quais as mulheres, que nunca saíam de casa, podiam observar a rua sem serem vistas (GOMES, 2013).

O casamento religioso e, após a proclamação da República e a edição do Decreto nº 180,

o casamento civil eram as únicas formas válidas de instituição de uma família, sendo qualquer outro modelo familiar marginalizado pelo Estado, pela Igreja e pela sociedade. Da adoção do modelo familiar único pelo casamento, garantidor da função maior de transmissão de patrimônio e reprodução, decorria também a distinção da natureza de filhos legítimos e ilegítimos, de acordo com as circunstâncias do seu nascimento.

Carlos Pianovsky Ruzyl esclarece que (2005, p. 118-119):

“A família patriarcal, extensa e transpessoal emerge como discurso legitimador de uma dada condição social, que se avalia pela estirpe. [...] Trata-se de uma família que tem por funções, na perspectiva aludida mais acima, a transmissão do *status* e do patrimônio, servindo como fonte de manutenção de poder político, com a criação de laços de dependência. Para o atendimento dessas funções, a estabilidade do corpo familiar é essencial, de modo que os laços de solidariedade se mantenham firmes. O responsável por essa função é o patriarca, que centraliza a direção da família, a esposa tem papel definido nessa estrutura familiar como de subordinação, papel este para o qual é criada desde a mais tenra infância. As filhas devem, pois, ser criadas para ocuparem seu papel de boas esposas no âmbito da família de seus futuros maridos. O desenvolvimento das virtudes das ‘boas moças’ é fator indispensável à obtenção de casamentos – e alianças – vantajosos com outros fazendeiros e homens de posse, ‘bem nascidos’, de modo a assegurar a manutenção do *status* e da condição econômica [...]”.

Esse cenário começa a ser transformado a partir da Revolução Industrial, quando as indústrias passaram a assumir a função de produção econômica antes exercida pelas famílias. O espaço familiar começa a perder a característica de unidade de produção e passa a ser considerado paulatinamente um espaço para o desenvolvimento moral, afetivo, espiritual e de assistência recíproca entre seus membros (ALMEIDA JUNIOR, 2004).

Trazendo a discussão para o campo do Direito, é certo que nos séculos XVIII e XIX predominava o individualismo e a igualdade formal. No chamado Liberalismo, a preocupação era a garantia jurídico-formal dos direitos e liberdades fundamentais, sendo papel do Estado atender seus fins econômicos e estando a propriedade privada no topo da valoração dos bens jurídicos (PEREIRA; ALEMAR, 2010).

Para que fosse possível prestar tais garantias, o Direito Privado recebeu a necessária codificação, visando assegurar a ordem social sob o prisma do individualismo. Impregnada pelo liberalismo jurídico, a codificação tinha como fonte única o Estado, concebendo o homem como sujeito abstrato (PEREIRA; ALEMAR, 2010).

Sob essa inspiração foi editado o Código Civil de 1916, consolidando a proteção legal à família tradicional da época: matrimonializada, patriar-

cal, hierarquizada, heteroparental, biológica e institucional, vista como unidade de produção e de reprodução (MADALENO, 2011).

Fabio Anderson de Freitas Pedro (2012) também reforça que o Código Civil de 1916 teve como marcos teóricos a propriedade e a família patriarcal, como pressupostos da hierarquização social que se observava na sociedade brasileira, de intensas contradições e desigualdades. O principal valor ali consignado era o individualismo, como desenvolvimento dos ideais liberais da época, o que demandava uma intensa codificação das normas da vida privada com o objetivo de proteger essa esfera do Estado, alimentando, assim, a dicotomia Direito Público – Privado.

Como ressalta Silvio de Sávio Venosa (2013, p. 6), “o Código Civil brasileiro de 1916 foi dirigido para a minoria da Casa-Grande, esquecendo da Senzala. Esse, de qualquer forma, era o pensamento do século XIX”.

A partir do pós-Primeira Guerra Mundial, o Estado Liberal começa a ser substituído pelo Estado Social de Direito, ou Estado do Bem-estar, o que modifica a visão até então dominante do Direito Privado, que se conformava em garantir a igualdade formal. Com o Estado do Bem-estar, a igualdade perseguida era a substancial (PEREIRA; ALEMAR, 2010).

Por conseguinte, a realidade do século XX, acompanhada pela devida pressão social, exigiu a edição de estatutos para suprir as falhas ou omissões do Código Civil, os quais passaram a complementar ou revogar o contido na codificação. Assim, a descentralização do sistema de Direito Privado passou a atender as emergências sociais (PEREIRA; ALEMAR, 2010).

Fabio Anderson de Freitas Pedro (2012) relembra que, àquela época, o modelo do Código Civil de 1916 tinha sido edificado sobre a valorização do individualismo e, por conseguinte, o movimento de Codificação pretendia alçar o Código Civil a norma máxima na esfera privatista, buscando dentro da dicotomia público-privado uma das justificativas teóricas da supremacia do Código Civil para as relações privadas.

Já a Constituição Federal, prossegue o autor, embora tivesse reconhecido o papel de Lei mais importante do sistema normativo de um país, ficava relegada a uma função de mera representatividade de ideais e princípios, enquanto o Código Civil representava a efetividade das normas a serem seguidas pela sociedade. Numa clara inversão simbólica, o Código Civil representava o instrumento jurídico de maior relevância para a sociedade, visto que as condutas humanas estavam em bojo definidas do ponto de vista privado.

Vários movimentos influenciaram a edição de outras normas ordinárias para atender aos novos anseios de igualdade material: os movimentos feministas, o individualismo moderno, o desejo de felicidade e liberdade pessoais, a inclusão da mulher no mercado de trabalho, o

fim da indissolubilidade do casamento, tudo isto contribuiu para uma mudança paradigmática, deixando de ser a família um núcleo essencialmente econômico e de reprodução para se tornar um espaço de afeto e solidariedade (PEREIRA, 2005).

Assim, afloraram, ao longo da vigência do Código de 1916, inúmeros documentos legais que buscavam, cada um, regular uma área específica da vida privada, gerando “a formação de um polissistema com a edição de um conjunto de regras ocupando espaços que o Código Civil já não conseguia preencher” (PEDRO, 2012, p. 79).

Essas leis esparsas foram alcunhadas de “legislação extravagante” e “demonstram que o Código Civil não tem o condão de prever todas as condutas humanas, o que em espécie de fato é impossível a qualquer ordenamento que venha edificado em um sistema sem flexibilidade” (PEDRO, 2012, p. 80).

Na jurisprudência se percebia uma ainda maior dilatação de direitos, pois os casos da vida real, na omissão da legislação vigente, eram resolvidos pelo Judiciário com base em princípios gerais do Direito, a fim de garantir às entidades familiares marginalizadas e às relações não institucionalizadas (como as uniões estáveis, famílias monoparentais, filhos gerados por meio da biotecnologia) o acesso a direitos fundamentais, principalmente à dignidade.

Havia, assim, a necessidade de que na Carta Magna da República se dispusessem os valores e princípios fundamentais que representassem os reais anseios da população como um todo, sem esquecer as minorias que adotavam padrões de vida não tradicionais.

Nesse contexto, Rolf Madaleno comenta (2011, p. 4):

“A Constituição Federal de 1988 realizou a primeira e verdadeira grande revolução no Direito de Família brasileiro, a partir de três eixos: a) o da família plural, com várias formas de constituição (casamento, união estável e a monoparentalidade familiar); b) a igualdade no enfoque jurídico da filiação, antes eivada de preconceitos; e c) a consagração do princípio da igualdade entre homens e mulheres.”

A antiga ideia de família-instituição, com proteção justificada por si mesma, importando não raro violações dos interesses das pessoas nela compreendidas, foi então derrubada pelo conceito de família-instrumento do desenvolvimento da pessoa humana, evitando qualquer interferência que viole os interesses dos seus membros. A família passa a existir em razão de seus componentes, e não estes em função daquela (FARIAS; ROSENVALD, 2010).

Autores como Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2010) e Rolf Madaleno (2011) situam esse momento histórico de transformação

às vésperas da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mas o certo é que a superação dos paradigmas da família tradicional brasileira, e principalmente, do seu modelo único de legitimação, é fruto de um longo processo sociocultural, econômico e histórico.

E o estopim desse processo pode ser buscado na consolidação da ideia de eficácia horizontal dos direitos humanos, em que as liberdades e garantias fundamentais passam a inspirar também as relações privadas, e não apenas as relações entre a Administração Pública e os cidadãos (a chamada eficácia vertical dos direitos humanos).

Essa tendência permitiu o surgimento do fenômeno da repersonalização das relações de família, representado pela valorização do ser humano sobre o patrimônio na família, como defende Paulo Lôbo (2004):

“A família, ao converter-se em espaço de realização da afetividade humana e da dignidade de cada um de seus membros, marca o deslocamento da função econômica-política-religiosa-procracional para essa nova função. Essas linhas de tendência enquadram-se no fenômeno jurídico-social denominado *repersonalização das relações civis*, que valoriza o interesse da pessoa humana mais do que suas relações patrimoniais. O anacronismo da legislação sobre família revelou-se em plenitude com o despontar dos novos paradigmas das entidades familiares.”

Essa nova forma de pensar a família foi cristalizada na Constituição Federal de 1988, que rompeu com a dogmática jurídica até então utilizada nas Cartas Constitucionais. Antes de 1988, todas as Cartas Magnas prescreviam, em síntese, que a família formada pelo casamento deveria receber especial proteção do Estado, e a essa afirmação se resumiam, ao estabelecer o modelo único familiar, constituído pelo casamento.

Na Constituição de 1988, rompendo a tradição na escrita, o artigo 226 desvinculou-se da adoção de um modelo único de família legítima para prescrever, tão somente, que “A família, base do Estado, tem especial proteção do Estado”.

Ao ser retirada a qualificação “família constituída pelo casamento” da disposição constitucional, a Constituição de 1988 inaugurou o princípio da pluralidade das formas familiares, segundo o qual qualquer agrupamento humano baseado no afeto, no respeito e na consideração mútuos poderia ser reconhecido como família, mesmo que o casal não fosse casado entre si.

A quebra do modelo único familiar constituído pelo casamento foi seguido de outras mudanças paradigmáticas, no tocante à filiação, planejamento familiar e assistência aos membros mais vulneráveis da família, por meio das demais prescrições dos parágrafos do artigo 226 e dos artigos 227 a 230 da Constituição Federal.

Ademais, a atenção despertada pelo legislador constituinte de 1988 em elevar o Direito de Família ao âmbito constitucional, cujas regras jurídicas até então eram buscadas na legislação ordinária, abriu espaço para que toda a principiologia da Constituição de 1988 se prestasse ao serviço da nova configuração das famílias, particularmente os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da cidadania, além dos objetivos fundamentais de construir uma sociedade livre e solidária, garantindo o bem de todos, sem preconceitos ou qualquer forma de discriminação (artigos 1º e 3º da Constituição Federal).

A partir de 1988, então, podemos vislumbrar uma nova tábua de valores oriunda das relações familiares que passam a se fincar no afeto e na realização pessoal do indivíduo (MADALENO, 2011), e não mais no interesse do Estado e/ou da Igreja de regular a procriação e a transmissão do patrimônio.

Nesse sentido, despontam transformações na realidade sociojurídica brasileira, que merecem aprofundamentos.

3. O(s) moderno(s) conceito(s) de família

Como ressaltado por Farias e Rosenvald (2010), a família tem seu quadro evolutivo atrelado ao próprio avanço do homem e da sociedade, mutável de acordo com as novas conquistas da humanidade e descobertas científicas, não sendo crível, nem admissível, que esteja submetida a ideias estáticas, presas a valores pertencentes a um passado distante, nem a suposições incertas de um futuro remoto. Como bem pontuam os autores, família é realidade viva a ser sempre adaptada aos valores vigentes.

A família não existe apenas porque o Direito a reconhece e a normaliza, e tampouco as mudanças na família se operam simplesmente porque a lei foi alterada. Antes, as alterações na família precedem a alteração das normas jurídicas, que apenas contemplam as mudanças que foram consolidadas com o tempo (RUZYK, 2005).

A partir da Constituição de 1988, que consagrou o fenômeno da repersonalização das relações familiares, a chamada família constitucionalizada passou a ser configurada por dois aspectos fundamentais:

a) qualquer grupamento humano baseado no afeto pode ser considerado (e protegido) como família, independentemente de os membros serem ligados pelo casamento ou por laços consanguíneos;

b) todos os membros da família, independentemente do gênero, da idade ou das escolhas de vida, merecem ser respeitados, protegidos e ter suas potencialidades saudavelmente desenvolvidas no espaço familiar.

Como desdobramento da dinâmica social, essas transformações representaram em concreto duas inovações jurídicas principais:

a) o reconhecimento de outras formas de família que não a matrimonializada, como a formada pela união estável, famílias monoparentais (formada por um dos genitores e sua descendência) e até mesmo anaparentais (sem hierarquia entre os membros, como a família formada por duas irmãs solteiras), famílias homoafetivas, entre outras; e

b) a afirmação da socioafetividade como elemento de configuração da filiação, para permitir o reconhecimento de filhos que tenham essa qualidade pública mesmo que não compartilhem do mesmo material genético daqueles considerados genitores, inclusive para permitir famílias pluriparentais, em que a filiação biológica convive com a filiação socioafetiva.

Essa ampliação do conceito de família, agora plural e de significativa concretização dos direitos fundamentais da pessoa humana, tem sido abrangida pelas mais diferentes esferas dos Poderes Públicos.

Lourival Serejo (2014) aponta que o artigo 16 da Lei nº 8.213/1991, que dispõe sobre os planos de benefício da Previdência Social, relaciona como dependentes do segurado não só o cônjuge, companheiro, filho menor de 21 anos não emancipado ou que seja inválido, também os pais, o irmão não emancipado, menor de 21 anos não emancipado ou que seja inválido, o enteado e o menor tutelado, demonstrando um conceito de família com um alcance social, inspirado pelos princípios de solidariedade e fraternidade.

A Lei nº 10.836/2004, de instituição do Bolsa Família, considera como família a unidade nuclear, eventualmente ampliada por outros indivíduos que com ela possuam laços de parentesco ou de afinidade, que forme um grupo doméstico, vivendo sob o mesmo teto e que se mantém pela contribuição de seus membros.

A Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), nessa mesma linha, considera como família a comunidade formada por dois indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa, independentemente de orientação sexual, ressaltando Lourival Serejo (2014) que essa é a primeira lei que admite a existência de uma família homoafetiva.

A Lei da Adoção (Lei nº 12.003/2009) traz o conceito de família extensa como aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.

Prossegue o citado autor apontando a Lei nº 12.424/2011, sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida, que criou o conceito de grupo familiar como a unidade nuclear composta por um ou mais indivíduos que contribuem com o seu rendimento ou têm suas despesas por ela atendidas e abrange todas as espécies reconhe-

cidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, incluindo até mesmo a família unipessoal.

Daí concluir Lourival Serejo (2014, p. 29) que “o Direito de Família vai para onde a família for e renova-se com a mesma velocidade”.

A superação do modelo familiar único, constituído pelo casamento, vem corrigir uma desigualdade social há muito debatida no seio jurídico, quanto à parcela da comunidade que não dispõe de recursos financeiros para arcar com os custos da solenidade, ou que apenas deseja a liberdade de escolher a forma de conduzir seus interesses privados, inclusive na opção de como constituir uma família.

Olga Krell (2008, p. 51), analisando a história do concubinato no Brasil até sua evolução para o instituto da união estável, tece o seguinte panorama:

“Um dos fatores de fomentação e promoção do concubinato no Brasil foi a inexistência do divórcio até 1977, que obrigou os egressos do casamento falido a buscarem uma nova formação para suas famílias, embasadas numa convivência, meramente fática. Isto porque, antes da Lei do Divórcio, havia apenas o chamado *desquite*, que não acabava com o vínculo matrimonial, permanecendo os envolvidos no estado civil de casados, impedidos, portanto, de constituir formalmente uma outra família. [...] Essa alternativa ao casamento já estava enraizada de tal maneira em nossa cultura que a introdução do divórcio não conseguiu mais reduzir o número de concubinatos, uma vez que a cobrança de altos emolumentos para o processo de habilitação para o casamento e a mentalidade social permissiva formaram um terreno fértil para a sua proliferação.”

A plurissignificação da família também foi o substrato teórico a permitir a equiparação das uniões de casais homoafetivos à categoria da união estável, que, por expressa disposição legal, possui natureza heterossexual (§ 3º do artigo 226 da Constituição Federal).

No julgamento da Arguição de Preceito Fundamental nº 132 (BRASIL, 2011b), o Supremo Tribunal Federal entendeu que o sexo das pessoas não se presta como fator de desigualação jurídica, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, pois o inciso IV do art. 3º da Constituição Federal proíbe o preconceito, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”.

Entendeu ainda que o silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos atrai a aplicação da “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Assim, reconheceu o direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”, equacionando-o ao direito à autoestima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo e o direito à busca da felicidade.

Afinal, continua o Supremo, a proibição do preconceito evolui em entendimento para a proclamação do direito à liberdade sexual, e o concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Logo, o uso empírico da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade é constitucionalmente tutelado.

Assim resta pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, no exercício do seu papel institucional de guardar a Constituição e efetivar a concretização dos direitos fundamentais:

“O Supremo Tribunal Federal – apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) – reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em consequência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares. – A extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar. – Toda pessoa tem o direito fundamental de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou de identidade de gênero. A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem

acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas. A DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO AFETO COMO UM DOS FUNDAMENTOS DA FAMÍLIA MODERNA. – O reconhecimento do afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: um novo paradigma que informa e inspira a formulação do próprio conceito de família. Doutrina. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E BUSCA DA FELICIDADE. – O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) – significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Doutrina. – O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. – Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana. Positivização desse princípio no plano do direito comparado. A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO DAS MINORIAS. – A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito. – Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere “o monopólio da última palavra” em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado. Precedentes. Doutrina” (BRASIL, 2011a).

A equiparação do relacionamento estável homoafetivo à qualidade de união estável, longe de representar mera abstração teórica, tem o condão de produzir inúmeros efeitos concretos, que perpassam pelas diversas esferas da vida pública e privada, como a possibilidade de percebimento de pensão alimentícia e benefícios previdenciários, inclusão do companheiro dependente na Declaração de Imposto de Renda, possibilidade de adoção de crianças e adolescentes, entre outros.

Este julgamento, por certo, representa uma das maiores defesas da família como espaço de promoção de afeto e dignidade, a despeito de limitações jurídicas ou institucionais que não correspondam à dinâmica da vida real.

Como outro exemplo prático dessa modificação, pode-se também citar o alargamento da definição de bem de família pela jurisprudência, com o escopo de proteger os núcleos familiares formados por parentes colaterais e até mesmo por pessoas solteiras, demonstrando a ampliação da garantia aos direitos fundamentais dos indivíduos, ainda que não previsto expressamente em lei:

“PROCESSUAL. EXECUÇÃO – IMPENHORABILIDADE. IMÓVEL – RESIDÊNCIA, DEVEDOR SOLTEIRO E SOLITÁRIO. LEI 8.009/90. – A interpretação teleológica do Art. 1º, da Lei 8.009/90, revela que a norma não se limita ao resguardo da família. Seu escopo definitivo é a proteção de um direito fundamental da pessoa humana: o direito à moradia. Se assim ocorre, não faz sentido proteger quem vive em grupo e abandonar o indivíduo que sofre o mais doloroso dos sentimentos: a solidão. – É impenhorável, por efeito do preceito contido no Art. 1º da Lei 8.009/90, o imóvel em que reside, sozinho, o devedor celibatário” (BRASIL, 2003).

“EXECUÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. AO IMÓVEL QUE SERVE DE MORADA ÀS EMBARGANTES, IRMÃS E SOLTEIRAS, ESTENDE-SE A IMPENHORABILIDADE DE QUE TRATA A LEI 8.009/90” (BRASIL, 1995).

Em um segundo aspecto, o estabelecimento do afeto como principal elemento formador de uma família tem permitido uma verdadeira revolução nas relações de filiação, ao quebrantar o primado do critério biológico em prol do vínculo socioafetivo que tenha sido estabelecido entre o suposto genitor e a criança ou adolescente com o qual convive.

Tribunais de todo o país, diante de ações negatórias de paternidade, têm entendido pela manutenção do registro civil da criança ou adolescente mesmo quando o exame de DNA atesta a inexistência de relação consanguínea entre o infante e o pai que deseja eximir-se da paternidade, sempre que os julgadores vislumbram o estabelecimento de vínculos psicológicos de afeto e consideração entre aqueles.

Desta forma, qualquer pretensão de anular registros civis em virtude da descoberta de ausência de vínculo consanguíneo esbarra na impossibilidade de se desconstituir vínculos afetivos já estabelecidos, sob pena de violar o melhor interesse da criança ou do adolescente de ter garantido o direito fundamental à convivência familiar.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já entendeu que:

“... em conformidade com os princípios do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, o êxito em ação negatória de paternidade depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas e edificado na convi-

vência familiar. Vale dizer que a pretensão voltada à impugnação da paternidade não pode prosperar, quando fundada apenas na origem genética, mas em aberto conflito com a paternidade socioafetiva” (BRASIL, 2012).

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça desenvolveu ainda mais a potencialidade da paternidade socioafetiva ao estabelecer que nem mesmo este vínculo poderia impedir a busca pela identidade genética do interessado, o qual pode passar a conviver com uma situação de multiparentalidade como expressão máxima do seu direito à origem genética, corolário dos direitos da personalidade:

“FAMÍLIA. FILIAÇÃO. CIVIL E PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. VÍNCULO BIOLÓGICO. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. IDENTIDADE GENÉTICA. ANCESTRALIDADE. ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 326 DO CPC E ART. 1.593 DO CÓDIGO CIVIL. 1. Ação de investigação de paternidade ajuizada em 25.04.2002. Recurso especial concluso ao Gabinete em 16/03/2012. 2. Discussão relativa à possibilidade do vínculo socioafetivo com o pai registrário impedir o reconhecimento da paternidade biológica. 3. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos. 4. A maternidade/paternidade socioafetiva tem seu reconhecimento jurídico decorrente da relação jurídica de afeto, marcadamente nos casos em que, sem nenhum vínculo biológico, os pais criam uma criança por escolha própria, destinando-lhe todo o amor, ternura e cuidados inerentes à relação pai-filho. 5. A prevalência da paternidade/maternidade socioafetiva frente à biológica tem como principal fundamento o interesse do próprio menor, ou seja, visa garantir direitos aos filhos face às pretensões negatórias de paternidade, quando é inequívoco (i) o conhecimento da verdade biológica pelos pais que assim o declararam no registro de nascimento e (ii) a existência de uma

relação de afeto, cuidado, assistência moral, patrimonial e respeito, construída ao longo dos anos. 6. Se é o próprio filho quem busca o reconhecimento do vínculo biológico com outrem, porque durante toda a sua vida foi induzido a acreditar em uma verdade que lhe foi imposta por aqueles que o registraram, não é razoável que se lhe imponha a prevalência da paternidade socioafetiva, a fim de impedir sua pretensão. 7. O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado, portanto, sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros. 8. Ainda que haja a consequência patrimonial advinda do reconhecimento do vínculo jurídico de parentesco, ela não pode ser invocada como argumento para negar o direito do recorrido à sua ancestralidade. Afinal, todo o embasamento relativo à possibilidade de investigação da paternidade, na hipótese, está no valor supremo da dignidade da pessoa humana e no direito do recorrido à sua identidade genética. 9. Recurso especial desprovido” (BRASIL, 2013).

Assim, permitir o reconhecimento da paternidade socioafetiva e da própria multiparentalidade é homenagear o livre exercício da afetividade de acordo com a livre razão dos indivíduos, sem obrigá-los a chancelar seus interesses individuais pela atuação conformativa do Poder Público. É permitir o desenvolvimento da dignidade, do respeito e da consideração mútuos de forma livre e consciente, ainda que a experiência pessoal não se adeque ao até então propagado como modelo oficial.

Todos os julgados acima citados demonstram como o Poder Judiciário, investido da função de garantir a ordem e a paz social, tem diligenciado para resguardar direitos e deveres diante da inércia ou indefinição do Poder Legislativo, que nem sempre consegue acompanhar *pari passu* as demandas da dinâmica da vida social.

Em suma, todas essas transformações, que mudaram radicalmente a forma de ver e de

pensar em família no Brasil, atendem ao que Amartya Sen tem denominado “desenvolvimento como expansão de liberdades”.

Para Sen (2000), o sucesso do desenvolvimento de um país não deve ser medido somente em aspectos quantitativos como PIB e renda *per capita*, mas também a partir de aspectos qualitativos como o nível de liberdades substantivas que se garantem aos cidadãos.

Assim, país desenvolvido seria não só aquele que apresenta bons indicadores de desenvolvimento econômico e social, mas também aquele que se esforça para identificar e combater os fatores que sejam fontes de privação de liberdades individuais (SEN, 2000).

Analisando como as mulheres passaram historicamente a se apoderar da condição de agentes, ou seja, passaram a ser vistas pelos homens e por elas próprias como agentes ativos de mudança, promotoras dinâmicas das transformações sociais, Amartya Sen analisa em “Desenvolvimento como Liberdade” (2000) o impacto desse papel feminino na vida de todas as pessoas – homens e mulheres, crianças e adultos.

Citando o estudo estatístico de Murthi, Guio e Drèze sobre a Índia, Sen (2000) retrata como a alfabetização feminina influenciou de forma determinante a redução da mortalidade das crianças de até cinco anos de idade, mais até do que as medidas de alfabetização masculina ou redução geral da pobreza como instrumentos para reduzir a mortalidade infantil.

E o acesso das mulheres à educação (não só mulheres indianas, como também asiáticas e africanas, conforme estudado por Sen) também provocou a redução das taxas de fecundidade. Isso porque os efeitos adversos de uma elevada taxa de natalidade incluem a negação de liberdades substanciais, devido a gestações frequentes e do trabalho incessante de criar os filhos; logo, diminuam o bem-estar das mulheres (SEN, 2000).

Portanto, a educação das mulheres contribuiu para ampliar seus horizontes e difundir os conhecimentos sobre planejamento familiar, pois, como Sen (2000) registra, mulheres instruídas tendem a gozar de mais liberdade para exercer sua condição de agente nas decisões familiares, inclusive nas questões relacionadas à fecundidade e à gestação de filhos.

Afinal, como reflete Sen na obra “A idéia de Justiça” (2011), ser mais inteligente pode nos dar a capacidade de pensar de forma mais clara sobre nossas metas, objetivos e valores, além de ajudar na compreensão não só do interesse próprio, mas também de como a vida dos outros pode ser fortemente afetada por nossas próprias ações.

Com esse sentir, a repersonalização das relações familiares ocorrida no Brasil, agregando ao conceito e ao tratamento jurídico da família os desdobramentos materiais da aplicação de princípios como o da dignidade da pessoa humana, da afetividade e da solidariedade, no contexto cada vez mais amplo de liberdade de agir segundo a própria razão, representa importante aspecto do desenvolvimento da sociedade brasileira, que não pode ser desconsiderado.

4. Conclusões

A quebra do modelo único de família, o reconhecimento dos filhos sem distinção de origem, o rompimento da chefia conjugal, a legalização de uniões homoafetivas, a permissão de multiparentalidade são mudanças essenciais não só para a evolução da sociedade como para a evolução da própria mentalidade humana, estando o Brasil na vanguarda da garantia de muitos direitos fundamentais no âmbito da família.

Por todas essas transformações, tal como trabalhadas no presente texto, não há que se falar hoje em um Direito *de* Família, resgatando

a noção tradicional de família como conceito singular. Doutrinadores como Maria Berenice Dias, Cristiano Chaves de Farias e Rolf Madaleno têm preferido denominar este ramo do Direito Civil de Direito *das Famílias*, para fazer jus às conquistas no reconhecimento do conceito plurisubstantivo de família e despertar sempre a atenção para a expansão das liberdades individuais no seio da unidade fundamental à sociedade.

No presente artigo, buscou-se analisar de que forma o conceito de família foi evoluindo com o tempo e os fatores políticos, sociais e jurídicos de cada época. Isso porque a família é fato social, alimentando-se diretamente da dinâmica das relações privadas, o que não pode ser desconsiderado pelos Poderes Públicos que lhe prestam assistência.

Buscou-se pontuar também o que contribuiu para o surgimento do fenômeno da repersonalização das relações familiares e o que isso significou para a transformação social e jurídica da família brasileira, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Essas análises foram promovidas com o escopo de validar a conclusão de, contemporaneamente, não cogitar mais ao Poder Público impedir o pleno exercício da dignidade, do afeto e da liberdade dos cidadãos em conduzirem suas opções de vida e constituição de família, seja para impedir o reconhecimento de famílias compostas de maneiras não tradicionais, como as famílias homoafetivas e anaparentais, seja para impedir que o conceito de família permaneça fechado e restritivo, como nos casos de pedido de inclusão de paternidade socioafetiva, mesmo sem a exclusão da paternidade biológica.

Portanto, podemos compreender o estágio atual de exercício cada vez mais pleno das liberdades individuais dentro das famílias brasileiras como um importante fator de ponderação sobre o bom desenvolvimento do país, particularmente pela assistência positiva que tem sido garantida pelo Poder Judiciário pela eventuais omissões legislativas.

Afinal, a velocidade da dinâmica social nem sempre é acompanhada da necessária velocidade na atividade legiferante, o que tem sido saudavelmente contornado pela atuação pontual da Justiça, como nos casos apontados no presente trabalho.

Referências

ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. *As relações entre cônjuges e companheiros no Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 31 out. 2014.

- _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 57606/MG. Relator: Ministro Fontes de Alencar. DJ, 11 abr. 1995. *Diário da Justiça*, 15 maio 1995.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n.182223/SP. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. DJ, 6 fev. 2002. *Diário da Justiça*, 7 abr. 2003.
- _____. Recurso Especial n. 477554 AgR /MG. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ, 16 ago. 2011. *Diário da Justiça Eletrônico*, 25 ago. 2011a.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 132/RJ. Relator: Ministro Ayres Britto. DJ, 5 maio 2011. *Diário da Justiça Eletrônico*, 14 out. 2011b.
- _____. Recurso Especial n. 1059214/RS. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, DJ, 16 fev. 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, 12 mar. 2012.
- _____. Recurso Especial n. 1401719/MG. Relator: Ministra Nancy Andrichi. DJ, 8 out. 2013. *Diário da Justiça Eletrônico*, 15 out. 2013.
- COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- FREYRE, Gilberto. *Casa-Grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. 48. ed. São Paulo: Global, 2003.
- GOMES, Laurentino. A família na história do Brasil. *Revista IBDFAM*, Belo Horizonte, n. 5, p. 6, nov. 2013. Entrevista.
- KRELL, Olga Jubert Gouveia. *União estável: análise sociológica*. Curitiba: Juruá, 2008.
- MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. *Síndrome da alienação parental: a importância da sua detecção com seus aspectos legais e processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 5.
- LÔBO, Paulo. A repersonalização das relações de família. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 307, 10 maio 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5201>>. Acesso em: 30 out. 2014.
- PEDRO, Fabio Anderson de Freitas. As diretrizes teóricas do Código Civil Brasileiro de 2002 e o Neoconstitucionalismo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 101, n. 925, nov. 2012.
- PEREIRA, Fernanda Sabrinni; ALEMAR, Aguinaldo. Direito civil constitucional: a norma constitucional como componente do sistema civil. *Revista Horizonte Científico*, Uberlândia. v. 4, n. 2, jan. 2010. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/horizontecientifico/article/view/5337>>. Acesso em: 30 out. 2014.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípio fundamentais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- PESSOA, Claudia Grieco Tabosa. *Efeitos patrimoniais do concubinato*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- _____. *A ideia de justiça*. Tradução de Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- SEREJO, Lourival. *Direito constitucional da família*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.