

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS

ÁREA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

.NÍVEL MESTRADO

CLÁUDIA MARCELE VARGAS DA SILVA BALBONI

**A PLURALIDADE DAS ENTIDADES FAMILIARES A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL BRASILEIRA DE 1988 E SUA IMPORTÂNCIA PARA A
CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

São Leopoldo

2007

CLÁUDIA MARCELE VARGAS DA SILVA BALBONI

**A PLURALIDADE DAS ENTIDADES FAMILIARES A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL BRASILEIRA DE 1988 E SUA IMPORTÂNCIA PARA A
CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Área de Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito

Orientador: Prof. Dr. José Carlos Moreira da Silva Filho

São Leopoldo

2007

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca da
Universidade do Vale do Rio dos Sinos

B173p Balboni, Cláudia Marcele Vargas da Silva

A pluralidade das entidades familiares a partir da
Constituição Federal brasileira de 1988 e sua importância
para a concretização da dignidade da pessoa humana / por
Cláudia Marcele Vargas da Silva Balboni. -- 2007.

169 f. ; 30cm.

Dissertação (mestrado) -- Universidade do Vale do Rio
dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2007.

“Orientação: Prof. Dr. José Carlos Moreira da Silva Filho,
Ciências Jurídicas”.

1. Direito de família. 2. Constituição Federal - 1988. 3.
Direito - Dignidade humana. 4. Sociedade - Família. I. Título.


CDU 347.6

Catálogo na Publicação:
Bibliotecária Eliete Mari Doncato Brasil - CRB 10/1184

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: *"Pluralidade das Entidades Familiares a partir da Constituição Federal Brasileira de 1988 e sua Importância para a Concretização da Dignidade da Pessoa Humana"*, elaborada pela aluna Cláudia Marcelle Vargas da Silva Balboni, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 28 de agosto de 2007.


Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes,
Coordenador Executivo

do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

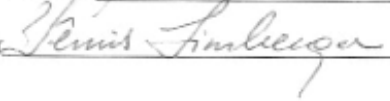
Presidente: Dr. José Carlos Moreira da Silva Filho

Membro: Dra. Silvana Maria Carbonera

Membro: Dra. Têmis Limberger







Dedico este trabalho aos meus pais pelo estímulo que me ofereceram, bem como, de modo especial, à minha irmã pela inestimável ajuda.

Dedico também ao meu esposo, pelo contínuo e incansável companheirismo.

Agradecimentos

Agradeço a meu esposo pelo apoio em todos os momentos de elaboração deste trabalho.

Ao meu orientador José Carlos Moreira da Silva Filho, pela cuidadosa leitura deste trabalho.

Aos Professores Doutores do Curso de Mestrado e à funcionária do Programa de Pós-graduação em Direito, Vera Loebens pela cordialidade e eficiência.

Aos amigos do mestrado, pelo harmonioso convívio.

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de trazer uma compreensão das diversas entidades familiares no Direito contemporâneo brasileiro. A família, inicialmente forma específica de agregação humana asseguradora da sobrevivência, modificou-se ao longo dos ciclos de vida, dos contextos culturais e dos conflitos interpessoais e ainda tem passado por transformações que correspondem às mudanças sofridas pela sociedade. Destaca-se como entidade mutável, pois vem se alterando e estruturando nos últimos tempos, fato que impossibilita identificá-la com um modelo único ou ideal. No sistema clássico originário da Codificação Civil de 1916, o modelo familiar desenhado atendia a uma perspectiva institucional da família, na qual avultava o caráter patriarcal e hierarquizado, com a proteção exclusiva das entidades familiares centradas unicamente no matrimônio. Diante da necessidade de adaptação de soluções para os descompassos e conflitos surgidos, especialmente, na seara das relações familiares, o Direito Civil tradicional vai cedendo espaço para a absorção das renovações com o fim de readaptar sua aplicação aos fatos contemporâneos e aos novos fenômenos sociais. A Constituição Federal de 1988, marco no reconhecimento da mudança do Direito de Família do Brasil, reconheceu o pluralismo na formação dos núcleos familiares e uma nova concepção acerca das famílias, as quais passaram a ser consideradas entidades igualitárias, descentralizadas, democráticas, fundadas em laços de mútua-ajuda e afeto. No entanto, constata-se que os modelos familiares contemplados em nosso ordenamento jurídico ainda não constituem as formas suficientes para atender à demanda social marcada pelo dinamismo das relações humanas. Frente a esse cenário, o estudo será dedicado à concepção plural de família e ao contexto familiar contemporâneo, no qual estão inseridas as famílias matrimonializadas, famílias fundadas em uniões estáveis entre homem e mulher, famílias monoparentais, famílias reconstituídas e as famílias de uniões entre pessoas do mesmo sexo, bem como o fenômeno da simultaneidade familiar.

Palavras-chave: Sociedade. Direitos. Famílias.

ABSTRACT

The present work has the objective of bring an understanding of the several family entities in the Brazilian contemporary Right. The families, initially specific form of human aggregation insurer of the survival, they modified along the life cycles, of the cultural contexts and of the conflicts between people and, they have still been going by transformations that correspond to the changes suffered by the society. They stand out as changeable entities, because they come if altering and structuring in the last times, fact that disables to identify them with an only or ideal model. In the original classic system of the Civil Code of 1916, the drawn family model assisted to an institutional perspective of the family, which predominated the patriarchal and hierarchical character, with the exclusive protection of the family entities centered only in the marriage. In face of the need of adaptation of solutions for the disharmony and conflicts appeared, especially, in the ambit of the family relationships, the traditional Civil Right go giving space for the absorption of the renewals in order to readapt its application to the contemporary facts and the new social phenomenons. The Federal Constitution of 1988, mark in the acknowledgement of the family's change Right of Brazil, it recognized the pluralism in the formation of the family nuclei and a new conception concerning the families, in which became considered equalitarian entities, decentralized, democratic, founded in liaisons of mutual-help and affection. However, it's verified that the family models contemplated in our juridical ordenament still don't constitute the enough forms to assist to the social demand marked by the dynamism of the human relationships. Front to that scenery, the study will be dedicated to the plural conception of family and the contemporary family context, in which are inserted the married's families, families founded in stable unions between man and woman, monoparental families, reconstituted families and the families of unions among people of the same sex, as well as the phenomenon of the family simultaneity.

Key-words: Society. Rights. Families.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL: CONTRIBUTO DA VISÃO	
PERSONALISTA PARA O DIREITO DE FAMÍLIA	14
2.1 O Surgimento do Enfoque Civil-Constitucional no Direito Brasileiro	14
2.2 Um Olhar Jurídico sobre as Famílias	26
2.3 O Afeto como Alicerce para a Configuração da Família	34
2.4 Perspectivas das Famílias no Código Civil de 2002	42
3 PLURALIDADE FAMILIAR: UMA COMPREENSÃO DAS DIVERSAS FORMAS	
DE CONSTITUIÇÃO DE ENTIDADES FAMILIARES.....	47
3.1 Famílias Fundadas no Casamento	51
3.2 Famílias Monoparentais: Reconhecimento Jurídico.....	65
3.3 Famílias Reconstituídas	76
3.4 Famílias Nascidas a Partir de Uniões Estáveis	89
3.5 Uniões Homoafetivas: Da Realidade Fática à Esfera Jurídica	102
4 UMA VISÃO CONTEMPORÂNEA DA FAMÍLIA	126
4.1 Do Pluralismo na Formação de Entidades Familiares	131
4.2 Reconhecimento Jurídico das Famílias Simultâneas	138
4.2.1 Famílias Simultâneas na Perspectiva da Relação Paterno-Filial	140
4.2.2 Famílias Simultâneas Centradas em Conjugalidades Múltiplas	144
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	154
REFERÊNCIAS.....	161

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos tempos, um dos segmentos do universo jurídico onde podem ser verificadas intensas transformações é o Direito de Família, fato que despertou o interesse pela compreensão contemporânea da realidade da família no Direito Brasileiro.

A família, inicialmente forma específica de agregação humana asseguradora da sobrevivência, modificou-se ao longo dos ciclos de vida, dos contextos culturais e dos conflitos interpessoais e ainda tem passado por alterações que correspondem às mudanças sofridas pela sociedade. Destaca-se como entidade mutável, pois vem se estruturando nos últimos tempos, fato que impossibilita identificá-la com um modelo único ou ideal.

No sistema clássico originário da Codificação Civil de 1916, o modelo familiar desenhado atendia a uma perspectiva institucional da família, na qual avultava o caráter patriarcal e hierarquizado, com a proteção exclusiva das entidades familiares centradas unicamente no matrimônio. Diante da necessidade de adaptação de soluções para os descompassos e conflitos surgidos, especialmente, na seara das relações familiares, o Direito Civil tradicional vai cedendo espaço para a absorção das renovações com o fim de readaptar sua aplicação aos fatos contemporâneos e aos novos fenômenos sociais.

A família constitui-se em uma realidade social e histórica, fundamental para a formação e coordenação do destino do indivíduo na sociedade.

Com o advento da Constituição Federal Brasileira de 1988, impuseram-se novos paradigmas ao deixar-se de considerar o casamento civil ou religioso com efeitos civis, como a única célula mínima e exclusiva na constituição da família, abrindo as portas legais para a contemplação da entidade formada pela união estável entre um homem e uma mulher, como qualquer dos pais com os filhos. Isto é, consagraram-se novas realidades familiares que se somam às tradicionais.

Impõe-se compreender a complexidade das relações familiares e a partir dessa perspectiva visualizar a construção de uma cultura jurídica, que nos conduza a reconhecer que há pluralidade de modelos de famílias merecedoras de proteção jurídica.

Percebe-se a renovação do Direito Civil Brasileiro, especialmente do Direito de Família. No Direito Civil, o reconhecimento da incidência dos princípios da dignidade humana e da igualdade e dos valores de proteção ao ser humano, merecedor de respeito e consideração, bem como da isonomia entre as diversas formas escolhidas para a composição de famílias, reflete não apenas uma tendência metodológica, mas a preocupação com a construção de uma ordem jurídica mais sensível aos problemas e desafios da sociedade contemporânea.

Nas palavras de Luiz Edson Fachin¹:

A propósito, uma das expressões mais salientes do novo Direito de Família no Brasil está no ingresso jurídico de uma realidade emergente dos fatos. A família não era mais uma única definição no plano das relações sociais; agora passa a não mais sê-lo também no Direito. Apresenta-se, enfim, uma concepção sociológica plural. Para além do projeto parental matrimonializado e da inquestionável valorização da família, sob diversas funções, mostram-se o direito e a liberdade de casar, bem assim o direito e a liberdade de não permanecer casado. Na ausência de óbices injustificados, a união matrimonializada encontra o sentido de sua manutenção. O reconhecimento à união estável, à união livre e à família monoparental patenteia a chancela da *affectio maritalis*.

As normas jurídicas que disciplinam as relações de Direito Privado passaram a ser funcionalizadas em prol da concretização de finalidades que promovam a tutela dos direitos e interesses da pessoa humana. Diante desse quadro, aflora a indiscutível importância da Constituição Federal de 1988, como marco no desdobramento do Direito de Família do Brasil, pois estabeleceu as diretrizes no tratamento da família como um todo (artigo 226, *caput*) e na tutela de cada integrante individualmente (artigos 226, § 5º, 227 e 230).

¹ FACHIN, Luiz Edson. Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 308.

A essência da dissertação funda-se em dois princípios: o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade. Esta é a linha mestra que perpassa do primeiro ao último capítulo e impulsionou a pesquisa desta dissertação.

A busca em tornar concretos e densificados os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade é tarefa de todo o cidadão e, principalmente, dos estudos jurídicos que, ancorados na realidade, almejam tornar a vida das pessoas mais feliz, acolhendo a diversidade de escolhas na forma de compor suas relações afetivas e familiares.

Considera-se fundamental essa análise, pois o tratamento dispensado pelo Direito à família é constantemente posto à prova, tendo em vista as renovadas transformações vividas pelo cotidiano das pessoas que reclama tratamento jurídico fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

O trabalho busca contemplar uma concepção familiar apresentando a dignidade humana como critério estruturante do reconhecimento da diversidade de entidades familiares, a partir da noção do afeto que une seus integrantes.

O marco teórico do trabalho baseia-se no estudo da possibilidade de, sob uma perspectiva civil-constitucional, o Direito reconhecer, na dinâmica das relações humanas, a multiplicidade de formas de constituição das famílias.

A metodologia utilizada para a realização deste estudo terá por base o método histórico-hermenêutico, na medida em que se buscará pensar a família como uma realidade histórica, interpretada a partir da sua própria manifestação na sociedade brasileira contemporânea. Além disso, a revisão bibliográfica, onde serão reunidos argumentos na tentativa de analisar, sob o olhar jurídico, os diversos modos de constituição das entidades familiares.

No primeiro capítulo – Perspectiva civil-constitucional: contributo da visão personalista para o Direito de Família - analisar-se-á o surgimento do enfoque civil-constitucional no Direito Brasileiro e a influência da visão personalista do Direito Privado, pois aconteceram importantes mudanças, dentre as quais, o fato de o

Código Civil deixar de ser a “normativa exclusiva do Direito Privado”², perdendo as pretensões tradicionais de completude e generalidade na disciplina de todas as espécies de relações jurídicas privadas.

Com isso alterou-se profundamente o papel do Código Civil, que de “estatuto orgânico da vida privada”³ transformou-se em centro normativo do direito comum, ao lado do qual proliferaram as leis especiais disciplinando matérias específicas. Por esse motivo, a relevância em tratar das implicações de tais acontecimentos para o sistema jurídico, especialmente para o Direito de Família. No próximo item do capítulo, oportuno trazer um olhar jurídico das famílias, especialmente, o perfil das entidades familiares a partir da Constituição Federal Brasileira de 1988. Neste ponto, pretende-se analisar os influxos do texto constitucional na esfera das relações familiares.

O seguinte item – O afeto como alicerce para a configuração da Família – inicia com a constatação de que as intensas e sucessivas modificações ocorridas no âmbito dos grupos familiares revelaram um processo de valorização do afeto nas relações familiares.

A partir do reconhecimento de que o ente familiar não é mais uma única definição, mas uma realidade sociológica plural, assentada em relações de afeto, de solidariedade e de cooperação, proclama-se, então, a denominada concepção eudemonista da família, segundo a qual cada indivíduo busca o seu desenvolvimento pessoal, utilizando a instituição familiar como meio para alcançar a felicidade. Nessa esteira, também cumpre destacar a introdução do afeto no Direito, de acordo com a doutrina francesa, bem como a importância da afeição nas relações pessoais para a realização plena do indivíduo.

No último ponto do capítulo, contemplar-se-ão alguns apontamentos sobre as famílias no Código Civil de 2002, verificando-se se o atual diploma absorveu as

² TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.) **Problemas de direito civil- constitucional**. Rio de Janeiro, Renovar, 2000a, p. 4.

³ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **Direito civil brasileiro**: introdução. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 150-152.

transformações sociais empreendidas pela Constituição Federal.

No segundo capítulo, trazer-se-á uma compreensão dos diversos modelos de constituição de entidades familiares, iniciando-se pelas famílias oriundas do casamento, bem como, com a análise do princípio da igualdade entre os partícipes da sociedade conjugal. Ademais, diante da abertura de horizonte operada no Direito de Família Brasileiro, privilegiar-se-á o reconhecimento jurídico das famílias monoparentais e das famílias reconstituídas.

Ainda, no espaço da pluralidade familiar, objetiva-se examinar os principais efeitos jurídicos provocados pelas famílias advindas das uniões estáveis entre homem e mulher. Posteriormente, noutro ponto do trabalho, diante da necessidade do estudo de algumas questões envolvendo o tratamento da homossexualidade no ordenamento jurídico brasileiro, dedicaremos-nos às perspectivas jurídicas da doutrina e jurisprudência acerca das relações entre pessoas de mesmo sexo.

O terceiro e último capítulo – Uma visão contemporânea da família – inicia com a constatação de que a família transformou-se em um núcleo de realização afetiva do ser humano, fato que conduziu, necessariamente, à construção de um novo modelo jurídico, extinguindo-se a noção de entidade familiar comprometida e finalizada somente à função econômico-procracional. Nos dias atuais, os integrantes do grupo familiar são mais importantes que a preservação da entidade em si mesma. A relação entre os sujeitos do grupo, o qual pode apresentar uma pluralidade de fontes, estabelece-se democraticamente, numa verdadeira comunhão de afeto e de vida.

No próximo item, partindo-se da premissa de que as normas de proteção da família são normas de inclusão, surge a proposta de uma interpretação extensiva das estruturas familiares mencionadas na Constituição Federal Brasileira de 1988.

Far-se-á, ainda, um estudo da potencial apreensão jurídica das famílias simultâneas. Na ordem jurídica brasileira não há uma moldura legal genérica que pretenda descrever e normatizar os casos de famílias simultâneas, tampouco, como regra, modelos específicos que visem a contemplar as hipóteses de simultaneidade

familiar de maior verificação no ambiente social, o que não significa que se trate de situação irrelevante para o direito. Ao contrário, como a simultaneidade familiar pode atender às pretensões de felicidade coexistencial de todos os integrantes das famílias, o direito não pode se colocar alheio a tal fenômeno. Desse modo, também se evidencia relevante enfatizar as famílias simultâneas sob dois vetores, quais sejam, a simultaneidade familiar na perspectiva da relação paterno-filial e a centrada na existência de múltiplas conjugalidades.

Na perspectiva sociológica plural da família busca-se conferir primazia à pessoa nas relações civis, bem como se constata um contínuo movimento de adaptação do Direito de Família à realidade social que transforma e aperfeiçoa seus modos de convivência familiar.

2 PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL: CONTRIBUTO DA VISÃO PERSONALISTA PARA O DIREITO DE FAMÍLIA

Para a compreensão das substanciais alterações operadas no Direito contemporâneo brasileiro, quanto às novas molduras das famílias, inicialmente, releva o estudo da perspectiva civil-constitucional.

2.1 O Surgimento do Enfoque Civil-Constitucional no Direito Brasileiro

A era das codificações que se desenvolveu na Europa ao longo do século XIX, a partir do Código de Napoleão de 1804⁴, representou um período de vigência da idéia de supremacia dos Códigos Civis.⁵ Nesta época predominava a idéia de que os códigos continham a regulação suficiente de todas as relações humanas em

⁴ Em estudo aprofundado acerca da elaboração do Código Civil Francês, Renan Lotufo assevera: [...] verificamos que a 1ª comissão formada para sua elaboração é integrada por um dos maiores doutrinadores franceses da época, chamado Cambacérès. Após, os trabalhos, Cambacérès apresenta um projeto com mais de 3.000 artigos, e o legislador constituinte repugna um projeto tão extenso, dizendo que seria um Código de difícil compreensão, já que o projeto não apresentava uma estrutura lógica definida e de tal porte e volume que jamais o povo iria entender. E assim o projeto foi rejeitado. O próprio Cambacérès apresentou, 2 anos depois, um novo projeto extremamente sintético, com 267 artigos. E isso agradou de início a Assembléia Constituinte, já que haveria a possibilidade de um Código de fácil compreensão. Mas o revolucionário francês começa a pensar e percebe que não seria um bom negócio um Código tão sintético, pois sendo sintético, o juiz seria o intérprete, e fará o que eles não queriam. O revolucionário francês, ante as atrocidades, insegurança e casuísmo queria a segurança e um “juiz escravo da lei”. Por isso, o 2º projeto foi rejeitado. Vem o 3º projeto de Cambacérès e é rejeitado. Nomeado um novo coordenador, após alguns anos de estudos, vem a dissolução da comissão, e seu trabalho não chega sequer a ser apreciado. Finalmente, com Napoleão no poder, percebendo o clamor social e a necessidade da lei nacional, forma nova comissão que é integrada por Portalis, que além de excelente jurista é bom orador. Após os trabalhos Portalis elabora o famoso “Discurso preliminar do Código Civil Francês”, que é o discurso de apresentação do projeto do Código Civil daquele país. Napoleão, ao receber e ouvir as referências do jurista apressa-se em dizer que “*ali está a constituição do cidadão francês*”. Em seguida, edita o Código Civil francês. (LOTUFO, Renan. Da oportunidade da Codificação Civil e a Constituição. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 17).

⁵ Comentando o movimento de codificação, Gustavo Tepedino ensina que com o apogeu das codificações, no século XIX, sabe-se quão diminuto foi o papel das Declarações de Direitos Políticos e dos textos constitucionais nas relações de Direito Privado. Por um lado, pode-se dizer que a completude do Código Civil, que caracteriza o processo legislativo com pretensão exclusivista, descarta a utilização de fontes de integração heteronômicas, forjando-se um modelo de sistema fechado, auto-suficiente, para o qual as Constituições, ao menos diretamente, não lhe diziam respeito. A Escola da Exegese, re-elaborando o princípio da completude de antiga tradição romana medieval, levou às últimas conseqüências o mito do monopólio estatal da produção legislativa, de tal sorte que o direito codificado esgotava o fenômeno jurídico, em todas as suas manifestações. (TEPEDINO, 2000a, p. 1-2).

sociedade, além de fornecerem os instrumentos e recursos necessários para a resolução dos conflitos de interesses.⁶

A partir da vigência do Código Civil Francês, a França não deu maior valor às demais legislações. A França passou a centrar-se no Código Civil francês. Esse Código acaba servindo de modelo e base legislativa para inúmeros outros países, como a Bélgica e a Itália que acabaram herdando essa nova ordem jurídica.

Existem inúmeros fatos que adquiriram centralidade e importância ao longo da história e, especialmente, na era das codificações, tornou-se célebre um depoimento peculiar⁷ de Napoleão Bonaparte à Bernardine Eugénie Désirée Clary⁸, transcrito

⁶ Norberto Bobbio observa que: “A miragem da codificação é a completude: uma regra para cada caso. O Código é para o juiz um prontuário que lhe deve servir infalivelmente e do qual não pode afastar-se.” (BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 121).

⁷ Na obra “Désirée”, pode-se observar que em meados de março de 1804, Napoleão Bonaparte conversava com Désirée e lhe apresentava a estrutura do futuro Código Civil Francês, diploma inspirador dos demais códigos nacionais da Europa: Napoleão Bonaparte: “Ah! Precisas ver isto. São os dois primeiros exemplares acabados de sair das máquinas”.

Désirée: “– Pôs-me diante dos olhos algumas folhas impressas de alto a baixo em linhas densas e caracteres diminutos, cada período com a marca de um parágrafo”.

Napoleão Bonaparte: “É o Código Civil. Já está pronto. O Código Civil da República Francesa. As leis, pelas quais a Revolução lutou, acham-se aqui estudadas, anotadas e impressas. E em vigor, vigorando por toda a eternidade. Dei à França um novo Código Civil”.

Désirée: “Naqueles últimos anos Napoleão se encerrara horas e horas em conferência com os maiores conhecedores de Direito para a elaboração do Código Civil da França. Agora este já estava impresso e entrava em vigor”.

Napoleão Bonaparte: “– As leis mais humanas do mundo. Lê apenas um parágrafo. Este aqui que se refere aos filhos. O primogênito já não tem privilégios e sim os mesmíssimos direitos que seus irmãos menores. E estoutro aqui: todo casal tem obrigação de manter seus filhos. Vai espiando”.

Désirée: “– Pegou outras folhas em cima da mesa e as leu rapidamente.

Napoleão Bonaparte: “– São as novas leis matrimoniais. Não só facultam o divórcio como também a separação. E este tópico aqui. Refere-se à nobreza. Fica suprimida a nobreza hereditária. O povo já principia a chamar de Código Napoleônico o novo Código Civil”. SELINKO, Annemarie. **Désirée**. Tradução José Geraldo Vieira. 4. ed. São Paulo: Mérito, 1956, p. 200.

⁸ Bernardine Eugénie Désirée Clary, filha de um burguês abastado que era comerciante de sedas de Marselha, tinha 14 (quatorze) anos de idade quando foi a primeira noiva de Napoleão Bonaparte, dez anos mais velho. Aproximadamente quatro meses após terem se conhecido, Napoleão Bonaparte foi preso e Désirée intercedeu pela sua libertação junto ao Comando Militar de Marselha. Noutra ocasião, Désirée emprestou a Napoleão Bonaparte dinheiro para o pagamento de dívidas e de algumas despesas, o que permitiu ao noivo sair de Marselha rumo à Paris, onde conheceu Josefina, viúva de Beauharnais. Na noite em que Napoleão Bonaparte oficializou o noivado com Josefina, Désirée estava em Paris e foi surpreendida com tal notícia, sendo socorrida por Jean-Baptiste Bernadotte (um dos oito generais do exército Francês), o qual lhe acompanhava e impediu-lhe de se suicidar no Rio Sena. Alguns anos depois, em 30 de agosto de 1798, Désirée casa-se com o general Jean-Baptiste Bernadotte, em Paris. Ressalte-se que Désirée nunca conseguiu desprender-se da vida de Napoleão Bonaparte, pois sua irmã Julie era esposa de José Bonaparte, irmão mais velho do general. Em 30 de novembro de 1804, Napoleão Bonaparte é coroado Imperador da França e Josefina, Imperatriz. Uma década havia passado, quando Désirée foi incumbida pelo governo francês, representado por Talleyrand, ministro das Relações Exteriores e pelo general Lafayette, da entrega de um documento que exigia a rendição de Napoleão Bonaparte. Este apresentou sua espada e rendeu-se em 29 de junho de 1815, sendo encaminhado para o exílio na ilha de Santa Helena, onde faleceu em 15 de março de 1821. Em 06 de fevereiro 1818, Désirée foi proclamada Rainha Desideria da Suécia, ao lado de seu esposo Jean-Baptiste Bernadotte, o Rei Carl XIV Johan.

para a obra *Désirée* de Annemarie Selinko, ocasião em que era exposto o fundamento do ordenamento jurídico francês.

No período das codificações, a visão era de que, a partir dos códigos, fosse possível criar um corpo legislativo composto de normas responsáveis pela regulação inteira de todas as relações privadas, seu estado, sua capacidade, sua propriedade e sua família. O Direito Civil era identificado com o próprio Código Civil.

Desde a codificação francesa de 1804 e a alemã de 1896 proliferou-se uma exacerbada admiração aos comandos dos Códigos Civis. Essa tendência foi chamada de fetichismo da lei.⁹

Michel Giorgianni¹⁰ assevera que “o significado ‘constitucional’ dos Códigos Civis do início do século XIX era imanente neles, se se fixar a idéia de que a propriedade privada e o contrato, que constituíam as colunas do sistema, vinham, por assim dizer, ‘constitucionalizar’ uma determinada concepção da vida econômica, ligada, notoriamente, à idéia liberal”.

A era das codificações caracterizou-se como o período do primado do Direito Privado sobre o Público, no sentido de que os códigos nasciam destinados a regular todo o espaço jurídico de uma determinada nação. Esta relação de proeminência se inverte, passando-se ao primado do público sobre o privado¹¹, com o advento do constitucionalismo social e do conseqüente maior intervencionismo estatal fruto das concepções do *welfare state*.

⁹ Na França, a escola jurídica que se foi impondo depois da codificação é geralmente designada com o nome de escola da exegese, e se contrapõe à escola científica, que veio depois. O caráter peculiar da escola da exegese é a admiração incondicional pela obra realizada pelo legislador através da codificação, uma confiança cega na suficiência das leis, a crença de que o código, uma vez promulgado, basta-se completamente a si próprio, isto é, não tem lacunas: numa palavra, o dogma da completude jurídica. (BOBBIO, 1999, p. 121).

¹⁰ GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 87, n. 747, p. 35-55, jan.1988, p. 41.

¹¹ Norberto Bobbio esclarece que o primado do público significa o aumento da intervenção estatal na regulação coativa dos comportamentos dos indivíduos e dos grupos infra-estatais, ou seja, o caminho inverso ao da emancipação da sociedade civil em relação ao Estado, emancipação que fora uma das conseqüências históricas do nascimento, crescimento e hegemonia da classe burguesa. Com o declínio dos limites à ação do Estado, foi ele pouco a pouco se reapropriando do espaço conquistado pela sociedade civil burguesa até absorvê-lo completamente na experiência extrema do Estado total (total exatamente no sentido de que não deixa espaço algum fora de si). (BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**: para uma teoria geral da política. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004, p. 25).

No período do constitucionalismo social e do aumento da intervenção estatal como decorrência da contínua necessidade de regulação dos comportamentos em sociedade, são impostas limitações ao poder da vontade dos particulares nas relações com outros particulares (como por exemplo o direito de vizinhança) com o fim de promover a concretização dos princípios constitucionais, com destaque para o princípio da dignidade da pessoa humana.

Na Europa começava a operar-se uma significativa mudança no panorama da legislação civil, com a multiplicação de leis especiais que criavam microssistemas legislativos regidos por princípios e valores afastados daqueles consagrados nos Códigos Civis.¹²

Na medida em que houve o deslocamento do monossistema simbolizado pela codificação civil e o surgimento de novas leis extravagantes, o que se intensificava com o desenvolvimento da atividade econômica, disciplinaram-se novos institutos do Direito Privado, submetendo-os à regulação, mais adequada às necessidades de uma sociedade que se industrializava e de um Estado que mudava de aspecto, tornando-se social. Esse processo intensificou-se na Europa depois da 2ª Guerra Mundial, pois o cenário econômico e social passara a exigir uma maior intervenção do legislador.

Com a intervenção do Estado na atividade econômica e na vida social e com o surgimento do *welfare state* ou Estado do bem-estar social¹³,

¹² Segundo Natalino Irti: La edad de la codificación – es decir, los años que vivimos y los que nos esperan en el futuro próximo – está ante nuestros ojos con la nitidez de su fisonomía. El Código Civil ha perdido el carácter de centro del sistema de fuentes: ya no más sede de las garantías del individuo, ahora asumidas y desarrolladas por la Constitución; ya no más sede de principios generales, ahora expresados, para singulares categorías de bienes o clases de sujetos, por las leyes externas. La historia de nuestro siglo revela, desde la perspectiva de las vicisitudes legislativas, una radical dirección centrífuga. (IRTI, Natalino. **La edad de la descodificación**. Traducción e introducción de Luis Rojo Ajuria. Barcelona: Bosch, 1992, p. 37).

¹³ Quanto ao período histórico do surgimento do Estado social ou intervencionista, Francisco dos Santos Amaral Neto se pronuncia: “Com o advento do Estado social ou intervencionista, o individualismo típico e fundamental do Direito Privado, expresso nos Códigos Civis francês e alemão, entra em crise, como resultado da contradição entre os ideais jurídicos da burguesia e o anseio da justiça das classes menos favorecidas. E o valor da liberdade supera-se com o ideal da socialização e da presença do Estado na economia. A autonomia privada vem a ser gradativamente limitada por princípios e normas que, regulando os interesses fundamentais do Estado ou estabelecendo, no Direito Privado, as bases jurídicas da ordem econômica e moral da sociedade, passam a constituir a chamada ordem pública. Divide-se esta, às suas finalidades, em *ordem pública política e moral*, pertinente à organização do Estado e dos poderes públicos da família e dos bons costumes, e *ordem pública econômica e social* que compreende a *ordem pública de direção* (intervencionismo e dirigismo estatal) e *de proteção* (disciplina dos contratos, proteção ao

estabeleceu-se um novo sistema social, no qual o Estado visava a assegurar o bem-estar individual e social dos cidadãos.

A implantação desse modelo ampliaria o conceito de cidadania, no sentido de que o indivíduo teria o direito, desde seu nascimento, a um conjunto de bens e serviços que deveriam ser fornecidos diretamente através do Estado ou indiretamente, mediante seu poder de regulamentação sobre a sociedade civil. Esses direitos iriam desde a cobertura de saúde e educação em todos os níveis, até o auxílio ao desempregado, à garantia de uma renda mínima, recursos adicionais para sustentação dos filhos.

O Brasil, como outros países, também sofreu os influxos das demandas do modelo do *Welfare State* para a formatação de políticas sociais públicas tendentes à satisfação das necessidades da população economicamente desfavorecida.¹⁴

Pode ser destacada como consequência jurídica do intervencionismo estatal o fenômeno da constitucionalização de certos princípios e institutos fundamentais do Direito Privado, isto é, a disciplina dos princípios fundantes dos três institutos básicos do Direito Privado – a família, propriedade e contrato passa a ser estabelecida pela Constituição Federal. Com isso, supera-se a clássica dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, havendo o direcionamento dos princípios fundamentais para o âmbito do texto constitucional, o qual passou a assegurar o direito à vida, à liberdade, à segurança, à igualdade, ao bem-estar, a cidadania, os direitos e deveres coletivos e a organização das estruturas administrativas do Estado, bem como reunir os objetivos primordiais da ordem jurídica e social.

consumidor, contratos de adesão, contratos regulamentados etc.) Permanece assim a autonomia privada como princípio fundamental, mas limitada, no seu campo de atuação pela ordem pública e pelos princípios de justiça contratual e da boa-fé. O Direito de Família também sofre profundas alterações. Aumenta o número de uniões livres e o Estado preocupa-se em reconhecer-lhes os efeitos jurídicos. Disciplina-se o divórcio, desenvolvem-se os métodos de prova no reconhecimento da filiação, regulamenta-se a inseminação artificial. Socializam-se os deveres familiares e o Estado intervém na disciplina desses deveres. Desaparece o poder marital, os cônjuges equiparam-se na titularidade de direitos e deveres [...]. Enfim, os princípios de liberdade e igualdade compatibilizam-se com os interesses superiores da família, como realidade subjacente. (AMARAL NETO, 1991, p. 147-150).

¹⁴ Como exemplos da influência do *Welfare State* e da tentativa de universalização dos direitos sociais, o Brasil criou o Instituto Nacional de Alimentação e Nutrição (INAN), do Funrural e, posteriormente, das Ações Integradas de Saúde (AIS) do SUDS, do SUS, dos mecanismos de seguro-desemprego.

Outra consequência pode ser indicada - a fragmentação¹⁵ do Direito Privado, no sentido do término de um sistema monolítico, caracterizado pelo predomínio dos códigos do século XIX, passando-se a um polissistema ou plurissistema. Trata-se de do deslocamento de determinados tópicos da matéria privada, antes concentrados nos Códigos Cíveis e Comerciais, para a regulamentação específica pelas leis especiais. Assim, teve início o período denominado a “era dos estatutos”.

Essa realidade em que os códigos não mais encerravam o direito, com pretensões de totalidade, é um fenômeno mais ou menos recente na vida jurídica nacional.

O papel desempenhado pelo Código Civil Brasileiro de 1916 alterou-se substancialmente. De corpo legislativo monolítico e centro do sistema jurídico, aspirando a completude na disciplina das relações de Direito Privado, transformou-se em centro normativo do direito comum.

Diante da insuficiência da codificação civil na regulação das novas figuras emergentes com a realidade econômica e até então, não previstas pelo codificador, bem como com a proliferação de leis especiais, iniciou-se o fenômeno da descodificação.¹⁶

Com relação à época da descodificação, Natalino Irti¹⁷ escreve:

El Código Civil ahora funciona como derecho residual, como disciplina de casos no regulados por normas particulares. No es tan verdadero que las

¹⁵ Segundo Daniel Sarmiento “com a fragmentação do sistema de Direito, a Constituição, que no contexto do Estado Social passara também a disciplinar as relações econômicas e privadas, vai converter-se em centro unificador do ordenamento civil”. (SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 97).

¹⁶ No entender de Paulo Luiz Netto Lôbo acerca da situação do Código Civil: “[...] os códigos tornaram-se obsoletos e constituem óbices ao desenvolvimento do Direito Civil. Com efeito, a incompatibilidade do Código Civil com a ideologia constitucionalmente estabelecida não recomenda sua continuidade. A complexidade da vida contemporânea, por outro lado, não condiz com a rigidez de suas regras, sendo exigente de minicodificações multidisciplinares, congregando temas interdependentes que não conseguem estar subordinados ao exclusivo campo do Direito Civil. São dessa natureza os novos direitos, como o direito do consumidor, o direito do meio ambiente, o direito da criança e do adolescente”. (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 22 ago. 2006).

¹⁷ IRTI, 1992, p. 33.

leyes especiales desarrollan criterios enunciados por el Código, como que el Código integra y completa las previsiones.

Nacidas como excepciones o como mero desarrollo de los principios codificados, las leyes especiales se apoderan de clases enteras de relaciones, las someten a nuevas y diferentes lógicas de regulación, expresan criterios generales y autónomos. El Código Civil sufre así una inversión en su función.

No Direito brasileiro, com o advento de uma pluralidade de estatutos e leis autônomas, dentre eles: a Lei de Locações, o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente, implantou-se um polissistema, caracterizado por um conjunto crescente de leis, consideradas como centros de gravidade autônomos e conhecidas como microssistemas.

Diante do fato de que o Direito Civil não poderia ser analisado apenas a partir de seus próprios fundamentos, surgiu uma nova concepção no sentido da necessidade de o Direito Civil Brasileiro sofrer os influxos do Direito Constitucional. Nesse aspecto, a lição de Pietro Perlingieri¹⁸ que, conquanto referida à realidade italiana, também é importante para a realidade brasileira:

O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora.

O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo texto constitucional. Falar de descodificação relativamente ao Código vigente não implica absolutamente a perda do fundamento unitário do ordenamento, de modo a propor a sua fragmentação e diversos microordenamentos em diversos microssistemas, com ausência de um desenho global [...].

O respeito aos valores e aos princípios fundamentais da República representa a passagem essencial para estabelecer uma correta e rigorosa relação entre poder do Estado e poder dos grupos, entre maioria e minoria, entre poder econômico e os direitos dos marginalizados, dos mais desfavorecidos.

As relações jurídicas de natureza civil, não importando a sua natureza específica – familiar, obrigacional, real ou sucessória, passaram a disciplinar-se não apenas pelas normas contidas ou derivadas do Código, mas, igualmente, por

¹⁸ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Tradução Maria Regina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 6.

princípios e regras constitucionais. Com isso, vislumbra-se a influência da normativa constitucional sobre todo o Direito Privado.¹⁹

Na ótica Perlingieriana²⁰, não poderia ser adiada a releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição da República, com a visão segundo a qual:

As normas constitucionais – que ditam princípios de relevância geral – são de direito substancial e não meramente interpretativas; o recurso a elas justifica-se, do mesmo modo que qualquer outra norma, como expressão de um valor do qual a própria interpretação não pode subtrair-se. É importante constatar que também os princípios são normas. Não existem, portanto, argumentos que contrastem a aplicação direta: a norma constitucional pode, também sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie* em consideração), ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil. Esta é a única solução possível, se se reconhece a preeminência das normas constitucionais – e dos valores por elas expressos – em um ordenamento unitário, caracterizado por tais conteúdos.

A força jurídica dos dispositivos da Constituição Federal sobre as diversas áreas do Direito decorre da eficácia plena destas normas²¹. Com a perda do papel de Constituição do Direito Privado pelo Código Civil, os principais institutos da atividade privada, tais como a família, o contrato e a propriedade, passam a ser orientados pelos princípios e valores encartados na Constituição Federal. Os

¹⁹ Em comentários à aplicação direta da Constituição Federal nas relações interprivadas, Maria Celina Bodin de Moraes elucida: [...] a leitura da legislação infraconstitucional deve ser feita sob a ótica dos valores constitucionais. Desse modo, mesmo em presença de aparentemente perfeita subsunção a uma norma de um caso concreto, é necessário buscar a justificativa constitucional daquele resultado hermenêutico. Hoje, sabe-se ser uma perspectiva ilusória aquela que considerava a operação de aplicação do direito como atividade puramente mecânica, que se resumiria no trabalho de verificar se os fatos correspondem aos modelos abstratos fixados pelo legislador. A análise do caso concreto, com frequência, enseja prismas diferentes e raramente pode ser resolvida através da simples aplicação de um artigo de lei ou da mera argumentação de lógica formal. Daí a necessidade, para os operadores do direito, do conhecimento da lógica do sistema, oferecida pelos valores constitucionais, pois que a norma ordinária deverá sempre ser aplicada juntamente com a norma constitucional, que é a razão de validade para a sua aplicação naquele caso concreto. Sob esta ótica, a norma constitucional assume, no direito civil, a função de, validando a norma ordinária aplicável ao caso concreto, modificar, à luz de seus valores e princípios, os institutos tradicionais. Tais técnicas de aplicação do direito, instrumentos hermenêuticos obrigatórios, apresentam-se ainda reforçados pela possibilidade que o ordenamento concede ao Juiz de considerar insubsistentes normas ordinárias contrárias ao texto maior, através do mecanismo do controle difuso de constitucionalidade. Cabe, pois também ao Magistrado a operação de controle e verificação do respeito à supremacia do documento constitucional. (MORAES, Maria Celina Bodin. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n. 65, p. 21-33, 1993, p. 29).

²⁰ PERLINGIERI, 2002, p. 10-11.

²¹ Com efeito, conforme preleciona José Afonso da Silva, “as normas de eficácia plena incidem diretamente sobre os interesses a que o constituinte quis dar expressão normativa. São de aplicabilidade imediata, porque dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua executoriedade. No dizer clássico, são auto-aplicáveis”. (SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 1998a, p. 101-102).

parâmetros estabelecidos pela Constituição conferiram um tratamento diferenciado às questões que envolvem a realidade familiar brasileira.

Como decorrência dessa mentalidade, renovou-se o Direito Civil Brasileiro, especialmente o Direito de Família, com a garantia de proteção ao ser humano, merecedor de respeito e consideração, bem como a igualdade entre as várias formas de constituição de famílias. Esse raciocínio revela não apenas uma tendência metodológica, mas a preocupação com a construção de uma ordem jurídica mais sensível aos problemas e desafios da sociedade contemporânea.

As normas jurídicas próprias do Direito Privado passaram a ser funcionalizadas em prol da concretização e promoção da tutela dos direitos e necessidades da pessoa humana. Diante desse cenário, aflora a indiscutível importância da Constituição Federal como fonte de inspiração para os operadores do Direito em sua missão da busca pela justiça, independentemente das respectivas posições que cada um assume no contexto jurisdicional (quer sejam professores, doutrinadores, juristas, procuradores, juízes, promotores etc.), sem deixar de mencionar, evidentemente, o papel responsável que deve assumir o legislador.

Dessa forma, o papel unificador do sistema jurídico deve ser entregue ao texto constitucional, para que possam ser pacificados eventuais conflitos existentes nos diversos ramos da Ciência Jurídica, traçando-se regras básicas a serem seguidas pela legislação infraconstitucional (seja de Direito Público, seja de Direito Privado).

A entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 expressou renovada perspectiva para todos os campos do Direito, principalmente para o Direito Privado e nesse ramo, mais especificamente para o Direito de Família, que adotou uma concepção inovadora e atenta à proteção da dignidade da pessoa²². De um modo geral, impôs-se à Ciência do Direito a tarefa de concretizar esse importante valor.

²² Em considerações relacionadas à dignidade humana, ensina Ingo Wolfgang Sarlet: [...] o princípio da dignidade da pessoa humana constitui o reduto intangível de cada indivíduo e, neste sentido, a última fronteira contra quaisquer ingerências externas”. Tal não significa, contudo, a impossibilidade de que se estabeleçam restrições aos direitos e garantias fundamentais, mas que as restrições efetivadas não ultrapassem o limite intangível imposto pela dignidade da pessoa humana. (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003b, p, 122).

Eros Roberto Grau, examinando a Constituição de 1988, observa que ela se distingue de todas as Constituições anteriores na medida em que reclama, para que possa ser compreendida e interpretada, a instalação de um modo de pensar principiológico. A Constituição de 1988 constitui-se em um marco para uma nova espécie de positivismo: “[...] Passamos a viver um novo positivismo, na medida em que não apenas positivismo de regras (normas) jurídicas, mas positivismo de normas (regras e princípios)”.²³

Em face da posição hierárquica superior, da abertura de suas normas, bem como da avançada principiológica, a Constituição Federal pode ser concebida como centro gravitacional do Direito Privado.²⁴

No ordenamento jurídico brasileiro, registre-se que o advento do Código Civil de 2002 não teve por objetivo reunificar sob a sua égide todo o Direito Privado, deslocando a Constituição Federal do centro gravitacional do sistema.

A Constituição Federal impingiu ao Direito o abandono da postura patrimonialista e discriminatória presente na Codificação de 1916. Entretanto, percebe-se em muitos dispositivos, notadamente quanto ao tratamento da entidade familiar fundada na união estável, que o atual Código Civil não acompanhou os avanços constitucionais no que se refere ao embasamento do Direito sobre fundamentos mais solidarísticos.

Reconhece-se o caráter transformador das normas constitucionais, consideradas como fundamento de toda a disciplina normativa infraconstitucional, ou seja, como princípio geral de todas as demais normas do ordenamento jurídico. Em consequência, incumbe aos operadores do direito, na atividade de interpretação e

²³ GRAU, Eros Roberto. **A boa-fé no direito privado**. Apresentação Judith Martins-Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 15-17.

²⁴ Na lição de Luiz Edson Fachin há, em verdade, a “constitucionalização” do Direito Privado que deve ser lido à luz da Constituição. Esta ordem de idéias também influencia o direito à formação do núcleo familiar que é, classicamente, outro princípio do Direito Privado que restou constitucionalizado. A Constituição adotou a concepção plural de família, não havendo apenas a assentada no casamento, mas também reconheceu como família aquela derivada de união estável e a monoparental, formada por um dos pais e seus filhos. (FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 76).

aplicação dos textos normativos, recorrer à Constituição Federal²⁵ como direcionamento para assegurar o equilíbrio nas relações sociais, a efetividade dos direitos fundamentais e principalmente, a tutela dos direitos da pessoa humana, privilegiando-se os valores existenciais.

A partir da principiologia constitucional surgem novas tendências e a necessidade de renovação de conceitos jurídicos²⁶, bem como a releitura de vários institutos do Direito Privado, exigindo que o Direito abrace e contemple situações inéditas, claramente percebidas nas relações em família.

A perspectiva civil-constitucional, sustentada pela força normativa atribuída aos princípios constitucionais, objetiva conferir aos fatos e movimentos históricos que assinalaram a evolução do Direito Civil Brasileiro um propósito: a busca de uma efetiva tutela e de um constante desenvolvimento da pessoa humana. A proteção da pessoa humana e da dignidade fundamental constitui, na visão desta metodologia, o alicerce para as inovações do Direito Civil.

Agrega-se ao fato de a perspectiva civil-constitucional configurar um testemunho da recente história do Direito Civil brasileiro, demonstrando a conexão existente entre o Direito Privado e o Direito Público, a intencionalidade de que esses ramos da Ciência Jurídica compartilhem dos mesmos ideais, assegurando o exercício da igualdade, da liberdade, da segurança, do bem-estar e da justiça como valores supremos estabelecidos no texto constitucional.

A incidência direta e imediata da normativa constitucional sobre as relações interprivadas resume a proposta metodológica da perspectiva civil-constitucional, da qual Pietro Perlingieri²⁷ é defensor:

²⁵ Para José Carlos Moreira da Silva Filho, “a Constituição surge, assim, como um manancial de normas e princípios transformadores dos clássicos institutos e conceitos da órbita jurídico-privatista”. (SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Transformações jurídicas nas relações privadas, In: ANUÁRIO do Programa de Pós-graduação em Direito. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 192).

²⁶ Ensina Luiz Edson Fachin, que na Constituição Federal encontra-se um conjunto significativo de dispositivos que tratam da regulamentação jurídica da família. O valor e o ‘valer’ da Constituição, sem embargo, estão além da norma positivada. Assim se apreende esse fenômeno, ‘a constitucionalização’ do Direito de Família, por meio do qual a Constituição Federal ocupa o lugar classicamente deferido ao Código Civil e, hoje, é a lei fundamental, ali está a base do Direito de Família, regras e princípios fundamentais. (FACHIN, 2003, p. 88).

²⁷ PERLINGIERI, 2002, p. 12.

A norma constitucional torna-se a razão primária e justificadora (todavia não a única, se for individuada uma normativa ordinária aplicável ao caso) da relevância jurídica de tais relações, constituindo parte integrante da normativa na qual elas, de um ponto de vista funcional, se concretizam. Portanto, a normativa constitucional não deve ser considerada sempre e somente como mera regra de hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores.

Além disso, a perspectiva civil-constitucional propõe certo ângulo na análise das alterações perpassadas pelo Direito Civil na era contemporânea. É certo que a transformação dos institutos fundamentais do Direito Civil constitui-se em mudanças que se verificam empiricamente, no mundo dos fatos, tornados em leis, decisões e doutrinas jurídicas pela pressão dos acontecimentos sociais.²⁸

A perspectiva civil-constitucional confere a possibilidade de renovadas leituras e interpretações para as questões que envolvem a relação familiar, o contrato e a propriedade, porque encaminha estas investigações e coaduna os seus resultados com as finalidades fixadas pela Constituição Federal, propondo um Direito Civil Constitucionalizado e reforçando o compromisso com um valor-fonte²⁹: a dignidade da pessoa.

Na seara constitucional, basicamente, é garantida em vários artigos a proteção do ser humano, seja fazendo referência ao princípio da dignidade da pessoa humana³⁰, seja protegendo a vida, a saúde, garantindo a igualdade, a

²⁸ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 61.

²⁹ O termo “valor – fonte”, utilizado para expressar, precisamente, a importância da pessoa humana como centro da axiologia jurídica, é de autoria de Miguel Reale, tendo sido recentemente retomado, a partir, sobretudo, da obra *Pluralismo e Liberdade*, por Judith Martins-Costa. (MARTINS-COSTA, Judith. *Dito e cultura: entre as veredas da existência e da história*. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 61, p. 72-78, nov. 2000).

³⁰ José Afonso da Silva refere que “embora desempenhe papel tão relevante na esfera constitucional, a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos *a priori*, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição, reconhecendo-a sua existência e a sua eminência, transformou-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara com um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito. Poderíamos até dizer que a eminência da dignidade da pessoa humana é tal que é dotada ao mesmo tempo da natureza de valor supremo, princípio constitucional fundamental e geral que inspira a ordem jurídica. Mas a verdade é que a Constituição lhe dá mais do que isso, quando a põe como fundamento da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito. Se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida social”. (SILVA, José Afonso da. *A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 212, abr./jun. 1998b, p. 91-92).

liberdade, a segurança e as condições dignas de sobrevivência por meio da proteção à maternidade e a todos os estágios da vida, tais como: gestação, infância, adolescência, maturidade e velhice e, para além da vida, preservar a memória, a imagem e a importância social do indivíduo.

Convém apontar que, afastada uma ideologia com prevalência dos padrões clássicos da família, houve o reconhecimento, na Constituição Federal de 1988, das famílias decorrentes de uniões estáveis entre homem e mulher e da comunidade monoparental, como formas de entidades familiares, além das famílias fundadas no casamento.

A proteção oferecida pela Constituição Federal atinge a formação do grupo familiar, bem como a sua manutenção, uma vez que a família propicia os aportes afetivos e materiais necessários ao desenvolvimento e bem-estar dos componentes.

A partir de tais premissas, a orientação é no sentido de que o tratamento de qualquer questão referente às famílias deva ser realizado à luz das disposições constitucionais. Em coerência com essa dimensão, no próximo capítulo trazer-se-á a moldura das entidades familiares na visão do Constitucionalismo Brasileiro.

2.2 Um Olhar Jurídico sobre as Famílias

No Direito Brasileiro pré-constitucional a disciplina civilista das relações sociais centrava-se, essencialmente, na tutela dos valores e interesses de cunho patrimonial. No sistema atual, a ordem jurídica é informada por princípios fundamentais previstos na Constituição Federal, dentre os quais, ressalta-se o princípio da dignidade da pessoa humana, o que conduz à subordinação das relações jurídicas e sociais a valores existenciais, por conseguinte, despatrimonializando-as.

Numa retrospectiva acerca do tratamento outorgado às relações familiares, estatuído pela codificação civil de 1916, constata-se que havia uma preocupação em

regular a organização familiar assentada no modelo patriarcal, heterossexual, hierarquizado e exclusivamente matrimonializado. Essa modalidade familiar percebia tutela jurídica específica e tinha finalidades a cumprir dentre elas: a procriação, o fornecimento de mão-de-obra, a transmissão do patrimônio da família e constituir uma primeira base de educação.

Ao modelo de família patriarcal e hierarquizado fundado exclusivamente no casamento civil ou religioso com efeitos civis agregaram-se outros moldes familiares: a união estável e a monoparentalidade. Nessa ordem de idéias, Luiz Edson Fachin³¹ assevera:

Na família codificada assim também: sistema jurídico sistematizado, exercício da classificação, à medida que define, exclui e classifica. A égide regulamentada é juridicamente limitada. Se a codificação em 1916 prevê: “Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos anteriores”, o Código definindo o casamento e a família, ao assim fazê-lo está restringindo a família à dimensão matrimonializada. Excluem-se do conceito dessa família as relações fora do casamento. Realidade que se altera com a Constituição Federal de 1988, projetando-se para o novo Código Civil.

A aplicação das normas constitucionais às relações interprivadas tem sido realizada, atualmente, pela doutrina e pela jurisprudência, no que se refere a inúmeros institutos do Direito Civil, principalmente a família.

A família não recebe tutela constitucional pelo simples fato de existir. A proteção jurídica à família é proteção imediata, isto é, estabelece-se uma visão instrumental da entidade familiar, no sentido de que ela não é um fim em si mesma, mas um lugar destinado à realização pessoal e afetiva dos indivíduos que o compõem. Às relações humanas que concretizam esse fim, impõe-se o reconhecimento da natureza familiar.

A Constituição Federal demonstra a sua preocupação com a dignidade das pessoas integrantes das famílias nos artigos 226, parágrafo 7º, 227 e 230, enfatizando que o Estado criará os mecanismos necessários à coibição da prática de violência na seara das relações familiares.

³¹ FACHIN, 2003, p. 71.

Para promover-se o melhor interesse das pessoas que integram as famílias não podem ser protegidas algumas entidades familiares e desprotegidas outras. O procedimento de escalonar as formas de constituir famílias configura, aos olhos da renovada axiologia empreendida pela Constituição Federal de 1988, grave violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Em razão da introdução de novos valores³² com a Constituição Federal, iniciou-se um período de grandes transformações e debates relativamente à regulação da matéria de família, o que permitiu uma maior percepção da importância e do papel da célula familiar para a formação e inserção do indivíduo no meio social.

A Constituição Federal de 1988 em seu preâmbulo prestigia valores inerentes ao Estado Democrático de Direito, como os direitos sociais e individuais, a

³² Na lição de Paulo Luiz Netto Lôbo, a Constituição Federal brasileira de 1988 expande a proteção do Estado à família, promovendo a mais profunda transformação que se tem notícia, entre as Constituições mais recentes de outros países. Alguns aspectos merecem ser salientados:

- a) a proteção do Estado alcança qualquer entidade familiar, sem restrições, explícita ou implicitamente tutelada pela Constituição;
- b) a família, entendida como entidade, assume claramente a posição de sujeito de direitos e obrigações;
- c) os interesses das pessoas humanas, integrantes da família, recebem primazia sobre os interesses patrimonializantes;
- d) a natureza socioafetiva da filiação prevalece sobre a origem exclusivamente biológica;
- e) consuma-se a igualdade entre os gêneros e entre os filhos;
- f) reafirma-se a liberdade de constituir, manter e extinguir entidade familiar e a liberdade de planejamento familiar, sem imposição estatal;
- g) a família configura-se no espaço de realização pessoal e da dignidade humana de seus membros. (LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 8, n. 307, 10 maio 2004b. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5201>>. Acesso em: 16 nov. 2006).

A propósito, em uma de suas diversas reflexões acerca dos valores, Francesco Alberoni lembra que “muita gente insiste em nos dizer que não existem mais valores. Que toda a cultura moderna enveredou em direção ao niilismo, aportou no niilismo e não sai mais do niilismo. O niilismo para a cultura é exatamente essa: ‘falta de fundamento’. [...] Que a cultura ‘não tem mais fundamento’ quer apenas dizer que não existe mais uma tradição indiscutível, que não existe mais um credo oficial, que não existe mais inquisição, nem censura, que eu posso dizer e pensar aquilo que quiser. Em suma, que existe liberdade de pensamento e de palavra. O fato de não existir mais tal ‘fundamento’ não quer dizer, entretanto, que nós não tenhamos coisas nas quais acreditamos. Não quer dizer que não tenhamos valores e metas que nos pareçam mais altos e dignos. [...] Nós também acreditamos, sonhamos, aspiramos, procuramos o bem, o melhor. Nossa sociedade esforça-se para propiciar a todos uma casa, um salário, uma vida confortável, um trabalho digno, hospitais onde curar as doenças, escolas para as crianças, abrigos para os velhos. Nosso sistema jurídico reconhece e tutela inumeráveis direitos e aumenta-lhes, continuamente, o campo. Todos temos idéia do que seja uma sociedade boa. Uma sociedade em que cada um seja tratado com inteligência e com amor, sem agressividade e sem inveja, em que cada um compreenda as necessidades do outro e atenda a elas com inteligência e sabedoria. Todas essas coisas têm a sua raiz no mais remoto passado filogenético, na memória ancestral dos cuidados parentais que os animais dedicam aos seus filhotes, no calor do corpo materno dos mamíferos, nas experiências da infância. Mas nem por isso deixam de ser um saber. São o saber da natureza, do vivido, o saber mais profundo ao qual, com muita freqüência, nossa inteligência racional não sabe dar sustentação lógica”. (ALBERONI, Francesco. **Valores**: o bem, o mal, a natureza, a cultura, a vida. Tradução Y. A. Figueiredo. Rio de Janeiro: Rocco, 2000, p. 54-56).

segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade, a liberdade e a harmonia social. Além disso, a constante busca por uma sociedade fraterna, justa e solidária também conduziu a uma ordem na qual podem ser consagrados outros valores, neste caso, atinentes às famílias: a valorização da dignidade da pessoa humana, o reconhecimento da afetividade como elemento nuclear e definidor da união familiar, a promoção do desenvolvimento da personalidade dos indivíduos, o pluralismo na origem da grupalidade familiar, bem como o tratamento e a proteção isonômica dos membros das famílias e de seus descendentes, sejam esses provenientes ou não de relações matrimonializadas.

Há um contínuo movimento de adaptação do Direito aos reclamos de uma sociedade que se transforma e abriga as mais variadas formas de convivência familiar e de laços de afeto.

Nesse sentido, em pesquisa sobre a história do tratamento conferido à família nas Constituições Brasileiras, Paulo Luiz Netto Lôbo³³ considera que:

As Constituições modernas, quando trataram da família, partiram sempre do modelo preferencial da entidade matrimonializada. Não é comum a tutela explícita das demais entidades familiares. Sem embargo, a legislação infraconstitucional de vários países ocidentais têm avançado, desde as duas últimas décadas do século XX, no sentido de atribuir efeitos jurídicos próprios de direito de família às demais entidades socioafetivas, incluindo as uniões homossexuais. A Constituição brasileira inovou, reconhecendo não apenas a entidade matrimonializada, mas outras duas explicitamente, além de permitir a interpretação extensiva, de modo a incluir as demais entidades implícitas.

As Constituições Brasileiras reproduzem as fases históricas que o país viveu, em relação à família, no trânsito do Estado liberal para o Estado social. As Constituições de 1824 e 1891 são marcadamente liberais e individualistas, não tutelando as relações familiares. Na Constituição de 1891 há um único dispositivo (art. 72, § 4º) com o seguinte enunciado: "A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita". Compreende-se a exclusividade do casamento civil, pois os republicanos desejavam concretizar a política de secularização da vida privada, mantida sob controle da igreja oficial e do direito canônico durante a colônia e o Império.

Em contrapartida, as constituições do Estado social brasileiro (de 1934 a 1988) democrático ou autoritário destinaram à família normas explícitas. A Constituição democrática de 1934 dedica todo um capítulo à família, aparecendo pela primeira vez a referência expressa à proteção especial do Estado, que será repetida nas constituições subseqüentes. Na Constituição autoritária de 1937 a educação surge como dever dos pais, os filhos naturais são equiparados aos legítimos e o Estado assume a tutela das

³³ LÔBO, 2004b.

crianças em caso de abandono pelos pais. A Constituição democrática de 1946 estimula a prole numerosa e assegura assistência à maternidade, à infância e à adolescência.

A Constituição de 1988 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro uma concepção que privilegia o desenvolvimento humano e a dignidade da pessoa e dedicou um capítulo especialmente à família, à criança, ao adolescente e ao idoso.

A reconstrução do Direito de Família na ordem jurídica brasileira foi impulsionada pela Constituição Federal de 1988, especificamente pelas diretrizes expostas nos artigos 226³⁴ a 230³⁵. Para o tratamento a ser dispensado às famílias, o citado diploma normativo firmou os princípios da dignidade humana e da igualdade como estruturantes dos direitos dos componentes das entidades familiares.

A estrutura de proteção à família fixada na Constituição Federal concerne à paridade no exercício dos direitos e deveres na sociedade conjugal, à igualdade na filiação, independentemente das particularidades que acompanham o nascimento dos filhos, preservando-se sua integridade e coibindo-se qualquer conduta discriminatória (artigo 227, § 6º, CF/88). No que concerne à filiação, os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores; e aos filhos maiores incumbe ajudar e amparar os pais na velhice, carência e enfermidade (artigo 229, da CF/88). Além disso, constam no texto constitucional: o pluralismo na formação dos entes familiares, mediante a recepção das famílias oriundas das uniões estáveis e dos núcleos monoparentais; o planejamento familiar, como um instrumento destinado a facilitar o exercício das atividades e funções encerradas pela paternidade responsável, bem como a criação de mecanismos e a utilização de recursos assistenciais por parte do Estado com a finalidade de impedir a prática da violência no interior das entidades familiares.

Esses avanços implicaram revisão de conteúdos, rediscussão de conceitos, esclarecimento de assuntos controvertidos e uma mudança de pensamento acerca da família, não mais tida como um núcleo abstrato de indivíduos com papéis pré-determinados, mas como uma comunidade composta por pessoas com

³⁴ Art. 226 da Constituição Federal Brasileira de 1988. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

³⁵ Art. 230 da Constituição Federal Brasileira de 1988. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

necessidades, realizações, aspirações próprias e universos de desenvolvimento distintos.

No ordenamento jurídico brasileiro, o Direito de Família é compreendido como um valor constitucional, pois a Constituição Federal de 1988 ao definir os direitos dos componentes das entidades familiares e as obrigações do Estado para com eles, conferiu uma dimensão constitucional ao tratamento das famílias, atendendo às aspirações da sociedade.

A manutenção de uma família endereçada somente aos valores religiosos, culturais, éticos e econômicos deu lugar à tutela constitucional de organismos familiares finalizados, primordialmente, ao desenvolvimento da personalidade e à preservação da dignidade das pessoas que os compõem.

Com referência à dignidade da pessoa humana, releva trazer as lições de Ingo Wolfgang Sarlet³⁶, quando a considera:

[...] uma qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em 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 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.

No momento em que a Constituição Federal elevou a dignidade da pessoa humana³⁷ ao patamar de princípio fundamental, o conceito de família alicerçou-se sobre novas bases, promovendo o tratamento igualitário entre todos os seus componentes, principalmente dos filhos, desimportando a origem ou não no

³⁶ Essa definição encontra-se nas seguintes obras: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004b, p. 60 e SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004a, p. 573.

³⁷ Para Pietro Perlingieri, a família como formação social, como sociedade natural, é garantida pela Constituição não como portadora de um interesse superior e superindividual, mas, sim, em função da realização das exigências humanas, como lugar onde se desenvolve a pessoa. A família é valor constitucionalmente garantido nos limites de sua conformação e de não contraditoriedade aos valores que caracterizam as relações civis, especialmente a dignidade humana: ainda que diversas possam ser as suas modalidades de organização, ela é finalizada à educação e à promoção daqueles que a ela pertencem. (PERLINGIERI, 2002, p. 244).

casamento. Nessa ordem, a família passou a ser protegida na exata medida em que se constitua em um núcleo comprometido com o desenvolvimento da personalidade e de promoção da dignidade dos seus integrantes, conferindo primazia à realização pessoal e promovendo uma integração de objetivos e sentimentos.

A estrutura familiar brasileira, visualizada no sistema anterior à Constituição Federal de 1988 como uma organização composta pelas figuras paternas e suas funções previamente definidas, com filhos legítimos e fundamentada no casamento, renovou-se para contemplar outras realidades advindas da pluralidade fática dos modelos de família.

A família fundada no patriarcalismo, na hierarquia e matrimonializada, tomada como modelo de entidade familiar pelo ordenamento jurídico no curso dos séculos XIX e XX, modificou suas feições, pois sofreu uma profunda alteração em seu significado e ganhou novos contornos em razão dos valores introduzidos pela Constituição Federal, alargando-se para abrigar, irrestritamente, todos os vínculos gerados pela presença do afeto nas relações humanas.

As relações familiares contemporâneas consagram-se como ambientes de mútua colaboração e estreita comunhão de vida e apresentam como fundamento a igualdade, a solidariedade e a afetividade .

Neste particular, Pietro Perlingieri³⁸ preleciona ter a família uma relevante função serviente, a qual deve ser realizada de forma aberta, integrada na sociedade civil, com uma obrigatória colaboração com outras formações sociais: não como uma ilha, mas como um autônomo território, que é parte que não pode ser eliminada de um sistema de instituições civis predispostas para um escopo comum; todas essas formações sociais serão merecedoras de tutela se a regulamentação interna for inspirada no respeito da igual dignidade, na igualdade moral e jurídica dos componentes e na democracia. Valores que representam, juntamente com a solidariedade, o pressuposto, a consagração e a qualificação da unidade dos direitos e dos deveres no âmbito da família. A delineada função serviente da família, assim

³⁸ PERLINGIERI, 2002, p. 245-46.

como a de qualquer outra formação social, explica o papel da intervenção do Estado na comunidade familiar. Ela se traduz, em geral, na necessidade de que seja respeitado o valor da pessoa na vida interna da comunidade familiar.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 acabou alterando o objeto de tutela jurídica no âmbito do Direito de Família, ao estabelecer que a proteção à família dá-se na pessoa de cada um dos que a integram, fato que atesta a existência de uma concepção plural de família. O Direito brasileiro reconheceu que a família não tem como nascedouro somente o ato formal do casamento, mas advém de relações humanas orientadas em face da presença do afeto.

O perfil da entidade familiar brasileira fundamenta-se no predomínio das idéias de valorização do ser humano, de harmonia e de disponibilidade incondicional de amor e proteção entre os seus membros e na garantia de condições para o desenvolvimento pleno do indivíduo.

A Constituição Federal Brasileira de 1988³⁹, ao assumir os objetivos de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, destacou a proteção à pessoa humana e aos valores existenciais, como princípios orientadores de seu tratamento em todas as esferas, especificamente, nas relações privadas familiares, priorizando a proteção dos integrantes da família em relação ao grupo.

³⁹ Eduardo Oliveira Leite afirma que o Constituinte Brasileiro em 1988, embora tenha modificado o dogma da legitimidade da família constituída pelo casamento, não reconheceu (nem poderia tê-lo feito) as outras entidades familiares no mesmo pé de igualdade do casamento civil, mas de forma lapidar e amplíssima, dispôs que a família (todas as famílias, certamente) tem especial proteção do Estado. Isto é, tanto as famílias biparentais (oriundas de casamento civil, ou religioso, ou decorrentes de união estável), quanto as famílias monoparentais (previstas no § 4º do art. 226). A distinção feita pela Constituição Federal é veemente e afasta qualquer dúvida que possa pairar com relação ao intuito do Constituinte, tanto é que ao se referir à "família", no artigo 226, *caput*, referiu-se ao 'casamento', e 'às entidades familiares (união estável - § 3º e família monoparental - § 4º).

Assim, com relação ao reconhecimento de outras formas de famílias, esse mesmo autor esclarece que qualquer que seja a postura adotada pela doutrina, relativamente à previsão constitucional, ficou suficientemente claro que o surgimento da noção de entidade familiar além da família tradicional, ou da família monoparental, abandona o vocabulário moralizador que qualificava situações relativamente atípicas para reconhecer, sem vacilações, a existência de um fenômeno social, uma nova forma familiar com a qual será necessário bom ou mal grado, conviver e legislar daqui para o futuro. O fenômeno social assimilado pelo legislador é caracterizado pela coexistência de vários modelos familiares reconhecidos como tais, e, notadamente, pelas políticas de família. Quando o legislador se refere à união estável (em verdade, está se referindo à união livre) ou à 'comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes' (família monoparental) é porque reconhece expressamente a inserção destas realidades naqueles modelos familiares, ou porque, progressivamente elas adquiririam legitimidade. (LEITE, Eduardo Oliveira. **Famílias Monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 18-19).

Diante do pluralismo na formação de núcleos familiares, não há dúvidas de que o Constituinte Brasileiro em 1988 concebeu como novas formas de famílias, além das famílias constituídas pelo casamento, as entidades familiares nascidas de uniões estáveis (artigo 226, parágrafo 3º) e pelas comunidades formadas por qualquer dos pais e seus descendentes (artigo 226, parágrafo 4º). Com efeito, em razão do reconhecimento das famílias como entidades igualitárias, descentralizadas, democráticas e instrumentalizadas à realização da pessoa humana, não é admitida a disciplina desigual a qualquer das famílias explicitadas na Constituição Federal.

Nos dias de hoje, constata-se que a família é forjada em laços de afetividade, sendo esses sua causa originária e final, com o propósito de servir de estímulo para a afirmação da dignidade das pessoas que a compõem.

Ressalte-se a relevância do fato de a Constituição Federal Brasileira de 1988 ter introduzido profundas alterações no Direito de Família Brasileiro, ramo que mais sofreu os influxos dos novos tempos. Assim, resta configurada a tarefa de buscar a concretização de um Direito de Família orientado por noções de igualdade, solidariedade e, ainda, afinado às novas faces apresentadas pela convivência humana na realidade social.

No próximo capítulo, examinar-se-á a inserção do afeto na literatura jurídica, importante questão para o retrato das famílias contemporâneas.

2.3 O Afeto como Alicerce para a Configuração da Família

A ampliação do conceito de família reconhecido pelo Direito é fruto da atitude e da pressão exercida pela sociedade. Consciente de seu tempo e de sua história, a família supera a moldura autoritária, monolítica, patriarcal e hierarquizada, com sua dimensão transpessoal e cede espaço para a construção de um sentido apto a captar a magnitude das transformações sociais e alinhavar as novas vestes de uma família compreendida em sua amplitude.

Com relação à trajetória de mudanças percorrida pelo Direito Civil brasileiro ao longo do século XX, leciona Luiz Edson Fachin⁴⁰:

No modelo herdado dos valores vigentes no século passado, um ruído, elementos estranhos. Nova, a pauta das discussões. Crises e transformações emergem gerando mudanças nos papéis tradicionalmente cometidos aos institutos fundamentais do Direito Civil: projeto parental (família), trânsito jurídico (contrato) e titularidades (posse, apropriação).

A família e o Direito de Família alavancam esse novo olhar sobre o governo jurídico dos institutos de base do Direito Privado. A releitura desses estatutos fundamentais é útil e necessária para compreender a crise e a superação do sistema clássico que se projetaram para a família, o contrato e o patrimônio.

Mais que fazer a reciclagem do passado, a complexidade desse fenômeno apresenta, neste momento, um interessante banco de prova que se abre em afazeres epistemológicos. Mais que novo quebra-cabeça, um caminho que é ao mesmo tempo desafio.

O ponto de partida pode estar fincado na observação colhida dos fatos, indicadores de manifesta tendência de 'rearranjo' social de modelos. E esse estudo deve considerar a problemática jurídica como problema social e, como tendência, a análise crítica de seus reflexos na legislação, na doutrina e na jurisprudência.

Tendo em vista que a sociedade está em constante movimento, determinados fatos sociais escapam à Ciência Jurídica. Isto porque a norma, que é estática em seu momento de formação, destina-se a regular uma dada realidade social então vigente. De outro lado, o Direito, em certo momento, recepciona aquela realidade social, incorporando-a em seu ordenamento, passando a atribuir juridicidade à situação configurada no meio social e convertendo-a em relações jurídicas. No caso das entidades familiares, o Direito reconhece novas famílias em razão da pressão exercida pelos cidadãos interessados em obter tutela para suas relações. Além disso, por meio de um mecanismo previsto na própria lei - a interpretação - nos limites da generalidade do texto, a norma em sua formulação dinâmica empresta novo sentido e alcance ao seu conteúdo, adaptando-se às novas demandas sociais.

Os novos moldes de famílias constituem situações subjetivas existenciais, normalmente resultado de mudanças de comportamento, ideais e interesses no ambiente social, que reclamam imediata tutela jurídica. Diante disso, o Direito não pode manter-se no campo da neutralidade, pois é um instrumento de organização

⁴⁰ FACHIN, 2003, p. 44-45.

social, tendente à regulação de fatos sociais e responsável pela preservação das condições de existência do ser humano em sociedade.

Na perspectiva das famílias, as funções do Direito se tornam ainda mais importantes e sensíveis, na medida em que se observam, a cada dia, importantes mudanças nas estruturas familiares que exigem do sistema jurídico um cuidado e adaptação especiais. Tal percepção associa-se à observância que deve ser dada ao princípio da dignidade da pessoa humana nas relações familiares que, por si só, já impõe ao direito o dever de acompanhar as mudanças fáticas e sociais ainda não previstas no ordenamento jurídico.

Segundo Eduardo Silva⁴¹, “a noção da dignidade de pessoa humana e da família como espaço e instrumento de sua realização deve, assim, permear toda a leitura dos institutos típicos do direito de família [...] toda a lei, todo o artigo, parágrafo e alínea devem ser lidos sob a ótica e perspectiva do princípio da dignidade humana”.⁴²

Considerando-se as transformações operadas no ambiente social e decorrentes do constante processo de expansão a que submetida a sociedade, o Direito Civil tradicional necessita ceder espaço para a absorção das renovações,

⁴¹ SILVA, Eduardo. A dignidade da pessoa humana e a comunhão plena de vida: o direito de família entre a Constituição e o Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith. **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 447-482.

⁴² A respeito do supramencionado princípio, Paulo Bonavides preleciona que “nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana. Quando hoje, a par dos progressos hermenêuticos do direito e de sua ciência argumentativa, estamos a falar, em sede de positividade, acerca da unidade da Constituição, o princípio que urge referir na ordem espiritual e material dos valores é o princípio da dignidade da pessoa humana. A unidade da Constituição na melhor doutrina do constitucionalismo contemporâneo só se traduz compreensivelmente, quando em toda sua imprescritível bidimensionalidade, que abrange o formal e o axiológico, a saber forma e matéria razão e valor. Ambos os termos conjugados assinalam, com a revolução hermenêutica, o momento definitivo da supremacia principiológica dos conteúdos constitucionais sobre os conteúdos legislativos ordinários da velha dogmática e, ao mesmo tempo, exprimem a ascensão da legitimidade material que põe em grau de menor importância, por carência de préstimo superior nas soluções interpretativas da Constituição, o formalismo positivista e legalista do passado, peculiar à dogmática jurídica do século XIX. Daquele binômio deriva, em suma, a reconciliação da dogmática com a hermenêutica, fundamentando, assim, fora do âmbito especificamente constitucional, em termos genéricos, a legitimidade do novo Direito, mais propínquo à vida que à utopia, mais chegado e permeável, portanto, à hegemonia do princípio que consagra a dignidade da pessoa humana”. (BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 233).

com a finalidade de readaptar as normas jurídicas e sua aplicação aos fatos contemporâneos e aos novos fenômenos sociais.

Essa preocupação projeta-se de forma acentuada na esfera do Direito de Família, especialmente, porque este ramo dedica-se ao estudo de um fenômeno da natureza e da cultura, responsável pela constituição de uma comunhão de vida e de interesses.

Na família encontram-se os elementos fundamentais da identidade simbólica do indivíduo enquanto ser humano, que o diferenciam de um animal. No espaço da vida familiar, verificam-se experiências humanas básicas que duram no tempo, independentemente da vontade das pessoas envolvidas, tais como a paternidade, a maternidade, a filiação, a fraternidade, a relação entre as gerações e seu impacto na descoberta do nexos com a geração da vida e com a realidade da morte. Em suma, a família compõe o processo de humanização, que enraíza a pessoa no tempo, por meio das relações de parentesco, destinadas a permanecer durante toda a existência.⁴³

A família, inicialmente forma específica de agregação humana asseguradora da sobrevivência, modificou-se ao longo dos ciclos de vida, dos contextos culturais e dos conflitos interpessoais e ainda tem passado por transformações que correspondem às mudanças sofridas pela sociedade.

Tradicionalmente o Direito ocupa-se de disciplinar as relações humanas no âmbito da família.⁴⁴ Isto se deve à necessidade de responder às exigências de realização do ser humano no plano relacional e afetivo, o que conduz a perceber a diversidade familiar brasileira, conjugando-se a busca de alternativas concretas para os conflitos nos relacionamentos interpessoais e a construção de uma adequada proteção às entidades familiares.

⁴³ PETRINI, João. Notas para uma antropologia da família. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). **Temas atuais de direito e processo de família**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2004, p. 56.

⁴⁴ Nesse sentido, Rodrigo da Cunha Pereira diz: “sobre essa estrutura (família) que o Direito vem, por meio dos tempos, regulando e legislando, sempre com o intuito de ajudar a mantê-la para que o indivíduo possa, inclusive, existir como cidadão e trabalhar na constituição de si mesmo (estruturação do sujeito) e das relações interpessoais e sociais”. (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004a, p. 10-11).

Nas famílias ocorrerão os fatos elementares da vida do ser humano, desde o nascimento até a cessação da vida.⁴⁵ Assim, a existência de um ambiente familiar onde se sobressaia a cooperação, a fraternidade, o amor e a convivência harmoniosa e estável entre os membros da família é o abrigo adequado para conduzir-se a educação dos filhos, além de ser o espaço oportuno à troca de experiências, tão importante para a constituição e o desenvolvimento psíquico dos indivíduos.

O ente familiar pode ser entendido como uma espécie de agregação biológica, história e cultural, flexível e instrumental, que tem em mira a manutenção do liame subjetivo estabelecido entre os participantes das relações familiares.

Nota-se, invariavelmente, a valorização da pessoa humana e dos seus interesses de realização afetiva e crescimento pessoal.

A construção de uma nova identidade da família, orientada pelos princípios da dignidade humana e da igualdade, presentes no texto constitucional, possibilitou a percepção do ente familiar em um complexo de formas, como um espaço plural, informado pela presença do afeto, elemento integrador dos indivíduos ao convívio familiar.

Houve o reconhecimento, alicerçado no contexto constitucional, de que a família desempenha vários papéis, dentre os fundamentais, está a função educacional e socializadora, pois insere os indivíduos no ambiente social. A entidade familiar também tem a função de propiciar o crescimento pessoal, por meio da convivência afetiva e da união de projetos de vida, sustentada por relações igualitárias.

⁴⁵ Com o intuito de delimitar as relações que compõem o universo familiar, descreve a antropóloga Cynthia A. Sarti: "Na família, dão-se os fatos básicos da vida: o nascimento, a união entre os sexos, a morte. É a esfera da vida social mais naturalizada pelo senso-comum, onde parece que tudo se dá de acordo com a natureza, porque a família regula atividades de base biológica, como o sexo e a reprodução humana. [...] A família vai ser a concretização de uma forma de viver os fatos básicos da vida; ela se relaciona com o parentesco, mas não se confunde com ele. O parentesco é uma estrutura formal que resulta da combinação de três tipos de relações básicas: a relação de consangüinidade entre irmãos; a relação de descendência entre pai e filho e mãe e filho; e a relação de afinidade que se dá através do casamento. Esta é uma estrutura universal, e qualquer sociedade humana se forma pela combinação destas relações. A família é o grupo social concreto através do qual se realizam estes vínculos. (SARTI, Cyntia A. família e individualidade: um problema moderno. In: CARVALHO, Maria do Carmo Brant de. (Org.) **A família contemporânea em debate**. São Paulo: Cortez, 2002, p. 40).

Evidencia-se que a família não apresenta mais uma única fisionomia, tornou-se plural. Com a superação do paradigma institucional da família, no qual sobressaia o perfil hierárquico, patriarcal, preponderantemente econômico e de reprodução com a sujeição ao modelo matrimonial, reconheceu-se o predomínio de novas formas de convívio constituintes das concretas formações familiares contemporâneas, conformadas em relações de igualdade, de afeto e de solidariedade.

A partir da identificação das famílias sob essas configurações, arvorou-se a concepção eudemonista da família. Segundo a concepção eudemonista da família, não é mais o indivíduo que existe para a família, mas a família existe para o seu desenvolvimento pessoal em busca de sua aspiração à felicidade.⁴⁶ Na família eudemonista, a pessoa procura sua realização e bem-estar dentro da entidade familiar.⁴⁷

Além disso, um fator a ser considerado, é o crescente movimento de humanização do Direito, no sentido de demonstrar sensibilidade às questões afetivas nas relações familiares.

O Direito de Família brasileiro, ramo responsável por incorporar a recente concepção familiar e redimensionar o tratamento das emergentes realidades das famílias, caminha em busca da tutela de situações fáticas complexas e da produção de uma nova literatura jurídica.

No estudo sobre a inserção do afeto na literatura jurídica, Jacqueline Pousson Petit e Alain Pousson⁴⁸ constataam:

⁴⁶ FACHIN, 2003, p. 32.

⁴⁷ Para Giselle Câmara Groeninga: “É em relação à família - estruturante do indivíduo – que respeitosa e devem se curvar as disciplinas, de modo a que o conhecimento por elas trazido sirva ao propósito da família, que é o de dar oportunidade aos indivíduos de desenvolver seu potencial de realização e de felicidade”. (GROENINGA, Giselle Câmara. Direito e psicanálise: um novo horizonte epistemológico. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 257).

⁴⁸ No original: Les institutions familiales ont besoin, pour fonctionner harmonieusement, d'être soutenues par des relations affectives entre les participants. Quant aux actes juridiques, beaucoup d'entre eux supposent pour leur formation ou leur survie l'existence d'un sentiment déterminé dans l'esprit de leur auteur. L'évolution doctrinale et jurisprudentielle, voire même législative, est venue contrarier cette vision dichotomique. L'affection, après avoir été abandonnée pendant plusieurs siècles, est parvenue à se dégager des notions qui jusqu'alors occultaient sa perception, au point, aujourd'hui, d'imprégner nombre d'opérations de la vie juridique. L'affection trouve à s'imposer au juriste à l'état pur. Elle n'a plus à s'associer à d'autres données, à se camoufler sous d'autres concepts ou bien encore à revêtir d'autres apparences de peur de choquer. Sa présence est de plus en plus fréquemment admise. (POUSSON

Para haver um harmonioso funcionamento nas instituições familiares, estas precisam estar apoiadas nas relações afetivas entre os participantes. Parte da doutrina (francesa) minimiza a importância reservada à afeição e reduzem os pontos de encontro com o direito. O avanço doutrinário, jurisprudencial e até mesmo o legislativo, vem contrariar essa visão dicotômica, o que significa que, após a afeição ter sido abandonada durante vários séculos, ela conseguiu resgatar noções que até então ocultavam sua percepção, ao ponto de hoje enumerar operações da vida jurídica. A afeição se impõe ao jurista em estado puro sem se camuflar sob conceitos, ou ainda, sem estar revestida de outras aparências, com medo de entrar em choque com o direito. Sua presunção é cada vez mais, e com frequência, admitida. (tradução livre)

Como o ser humano nasce inserido em uma realidade social, é importante assinalar como a família, organização básica da sociedade, procura redesenhar a sua história e desempenhar papel primordial na estruturação psíquica, na transmissão da cultura e no desenvolvimento dos indivíduos.

No plano do Direito Brasileiro, verifica-se, progressivamente, que o surgimento do desenho do afeto⁴⁹ no plano das relações familiares deu maior subjetivismo ao modelo de família: “de espaço de poder se abre para o terreno da liberdade: o direito de ser ou de estar e como se quer ser ou estar”.⁵⁰

A construção de uma convivência familiar entre indivíduos depende da existência e do cultivo da solidariedade, do desvelo, da união, da confiança e do respeito mútuo, elementos essenciais na constituição de relações interpessoais duradouras. Mas mostra-se imprescindível a presença do afeto para que haja a sobrevivência do vínculo familiar; configurado esse pelo compartilhamento de histórias de vida e do crescimento a partir das diferenças educacionais, culturais e sociais.

Silvana Maria Carbonera revela que a noção de afeto, como um elemento concreto a ser considerado nas relações de família, foi ingressando gradativamente no universo jurídico, assim como outras tantas: liberdade, igualdade, solidariedade.

PETIT, Jacqueline; POUSSON, Alain. **L'affection et le droit**. Paris: Centre National de la Recherche Scientifique, 1990, p. 27).

⁴⁹ Giselle Câmara Groeninga, levando em consideração a questão psicanalítica do afeto, esclarece: “Espelhamo-nos no olhar de um outro desde o nascimento. Nascemos seres dependentes não só física, mas psicologicamente. O amadurecimento modifica a qualidade da dependência, a qual mantemos sob diversas formas por toda a vida; nos reconhecer nas semelhanças e diferenças que se refletem no olhar do outro é uma necessidade que atravessa nossa existência”. (GROENINGA, op. cit., p. 250).

⁵⁰ FACHIN, 2003, p. 6.

Isto se deve às transformações antes referidas, especialmente quanto ao deslocamento do centro de preocupações, da instituição família para aqueles que a compõem. A partir do momento em que o sujeito passou a ocupar uma posição central, era esperado que novos elementos ingressassem na esfera jurídica. E foi o que aconteceu com relação ao afeto. A vontade de estar e de permanecer junto a outra pessoa revelou-se um elemento de grande importância tanto na constituição de uma família, assim como em sua dissolução. As pessoas passaram a se preocupar mais com o que sentiam do que com a adequação de seus atos ao modelo jurídico.⁵¹

O afeto desempenha um papel importantíssimo no processo de transformação da família. Na família atual, os laços afetivos constituem o fundamento de existência da própria organização familiar, ou seja, a afetividade é o elemento nuclear e definidor da coesão familiar. É em razão da presença do afeto que os indivíduos aproximam-se e se afastam quando este se exauri.

Pietro Perlingieri, ao analisar a formação dos vínculos familiares contemporâneos, observa: “o sangue e os afetos são razões autônomas de justificação para o momento constitutivo da família, mas o perfil consensual e *affectio* constante e espontânea exercem cada vez mais o papel de denominador comum de qualquer núcleo familiar”.⁵²

Dentre as finalidades das entidades familiares encontra-se a realização afetiva do ser humano no interior do grupo familiar. Em um humanismo que somente se edifica na constante solidariedade, respeito, liberdade e igualdade entre os integrantes da família, nota-se que a afetividade unifica e estabiliza as relações.

A nova configuração da família extrapola a composição meramente biológica, deparando com a intensa valorização do afeto nas relações familiares. Por consequência, a entidade familiar passou a ser vista como uma estrutura subjetiva

⁵¹ CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.) **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renoar, 1998, p. 297.

⁵² PERLINGIERI, 2002, p. 244.

que integra os componentes do núcleo em relações de sentimentos e vínculos sanguíneos e psicológicos, proporcionando-lhes realização afetiva e existencial.

Nas relações humanas familiares não há modelos de composição familiar comuns a todos os indivíduos. Embora a Constituição Federal e as normas de Direito de Família elejam modelos específicos de entidade familiares para fixar a tutela jurídica da família, há plena consciência da existência de outras formas de convivência grupal, igualmente merecedoras da proteção estatal. O ser humano parte de uma realidade biológica, de um determinado grau de parentesco e constrói livremente a estrutura familiar de acordo com seus valores afetivos e psicológicos, unindo-se a outros para que juntos possam crescer e se desenvolver, produzindo resultados favoráveis a toda a família.

O afeto assume um lugar na família contemporânea e adquire valor jurídico para o Direito de Família, revelando a pluralidade de manifestações de vida familiar e a autenticidade das relações em família no contexto social brasileiro.

No próximo capítulo, enfrentar-se-á questão atinente ao atual Código Civil Brasileiro, especificamente quanto à possibilidade de superação do clássico modelo de família transpessoal, matrimonializada, patriarcal e hierarquizada, mediante a recepção das aspirações de uma concepção igualitária e plural dos grupos familiares.

2.4 Perspectivas das Famílias no Código Civil de 2002

A Constituição Federal de 1988 estabelece no artigo 1º que a República Federativa do Brasil tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Estes fundamentos estão diretamente relacionados aos objetivos da República, também estabelecidos na Constituição Federal, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a

promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Para o alcance desses objetivos é necessária a garantia de igualdade perante a lei, efetivo acesso aos direitos e bens necessários a uma vida digna, o atendimento das necessidades básicas, o equilíbrio nas relações econômicas e sociais e a consideração das qualidades individuais da pessoa humana, dentre outros; e, especialmente no âmbito da família, a apreensão do pluralismo na constituição das entidades familiares. Dada a importância, essas questões devem ser assimiladas pelos demais diplomas jurídicos.

No plano do Direito de Família, as entidades familiares contemporâneas precisam ser concebidas como organismos sociais, com pluralidade de formas de constituição e merecedores de tutela na medida em que promovam o desenvolvimento da personalidade de seus membros. Analisando a apreensão destes avanços a partir do texto constitucional, pelo Código Civil de 2002, Gustavo Tepedino⁵³ assevera:

O Código Civil é retrógrado e demagógico, não tanto por deixar de regular os novos direitos, as relações de consumo, as questões da bioética, da engenharia genética e da cibernética que estão na ordem do dia e que dizem respeito ao Direito Privado.

E não apenas por ter como paradigma os Códigos Civis do passado (da Alemanha, de 1896, da Itália, de 1942, de Portugal, de 1866), ao invés de buscar apoio em recentes e bem-sucedidas experiências (como por exemplo, os Códigos Civis de Quebec e da Holanda, promulgados nos anos noventa).

O novo Código Civil nascerá velho principalmente por não levar em conta a história constitucional brasileira e a corajosa experiência jurisprudencial, que protegem a personalidade humana mais do que a propriedade, o ser mais do que o ter, os valores existenciais mais do que os patrimoniais. E é demagógico porque, engenheiro de obras feitas, pretende consagrar direitos que, na verdade, estão tutelados em nossa cultura jurídica pelo menos desde o pacto político de outubro de 1988.

O pluralismo de modelos familiares e a evolução das técnicas de reprodução humana são questões ainda não contempladas pela atual codificação civil. Muito embora existam omissões e reservas no Código Civil de 2002, o ponto que enseja

⁵³ TEPEDINO, Gustavo. O Novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 7, 2000b, p. 3.

discussões cinge-se à manutenção de uma dogmática que focaliza o casamento ainda como a fonte prevalente na formação de entidades familiares. Percebe-se que a disciplina da família afasta-se dos parâmetros fixados na legalidade constitucional e do sentido da atual produção jurisprudencial, que busca absorver a realidade plural e igualitária das famílias independentemente da estrutura ser assentada no matrimônio, união estável ou monoparentalidade.

Constata-se que o novo Código Civil Brasileiro não absorveu as modificações substanciais, uma vez que se manteve distante do perfil extremamente protetivo apresentado pelos preceitos constitucionais. A realidade demanda uma profunda transformação da abstrata e geral disciplina do sujeito de direito prevista pelo Código Civil.

O Código Civil Brasileiro de 2002 é um diploma legal estruturalmente voltado para o passado, com uma racionalidade fundada no sentido unificador de uma parte geral centrada nos modelos abstratos da relação jurídica, mas que contém regras que contemplam muitas das transformações sociais já empreendidas pela Constituição Federal de 1988.⁵⁴

O atual diploma legal contemplou a igualdade de direitos e qualificações entre os filhos, proibindo quaisquer designações discriminatórias relativamente à filiação e estabeleceu a igualdade de direitos e deveres dos cônjuges como base para uma estreita comunhão de vida.

É concedida uma regulamentação de caráter discriminatório às famílias nascidas a partir de uniões estáveis entre homem e mulher, especificamente no que tange ao direito das sucessões, em que este modelo de família encontra uma estrutura hereditária que o concebe como entidade diferenciada da fundada no casamento. De fato, ao ser incluída a união estável no Código Civil de 2002, não houve a apreensão do instituto, com todas as suas peculiaridades e diferenciações. Por esta razão, na vigente codificação civil é diagnosticada uma disciplina

⁵⁴ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias Simultâneas**: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.164.

inadequada, sem uma profunda reflexão sobre o devido tratamento que deveria ser dispensado àquelas uniões.

Verifica-se que, numa tentativa de adaptar-se a nova ordem social, o Código Civil de 2002 consagrou, ainda que de modo limitado, uma estrutura familiar que não tem como fundamento exclusivamente as relações de conjugalidade oriundas do casamento. Embora o Código dedique-se à disciplina da união estável a partir do artigo 1.723 e preveja que as relações pessoais entre os cônjuges e os companheiros sejam orientadas pelos mesmos deveres da lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos, em razão do tema receber tratamento em título diverso, parece tratar-se de uma forma residual de família.

Assim, explicam-se as inúmeras distorções do Código Civil de 2002 relativamente ao tratamento das formas de entidades familiares em relação ao texto constitucional e aos avanços jurisprudenciais em temas de Direito de Família.

Considerando outros tipos de organização familiar, especialmente os núcleos familiares monoparentais⁵⁵, constata-se que não há previsão de normas que tratem exclusivamente dos efeitos provocados pela monoparentalidade na ordem jurídica civilista, muito embora exista previsão no texto constitucional e esta forma de família componha freqüentemente a realidade social brasileira.

De qualquer forma, o Código Civil mantém o casamento como fundamento originário dos laços de família, não concebendo o caráter multifacetário da formação de entidades familiares, ao passo que a Constituição Federal de 1988 delineou a família numa perspectiva de pluralidade, reconhecendo a existência de outras formas de agrupamentos familiares, prevendo outros focos geradores de família além do casamento.

Por derradeiro, regra concernente às relações de Direito de Família que merece reconhecimento por transcrever o intuito dos imperativos constitucionais é a

⁵⁵ Para Eduardo Oliveira Leite, “o problema da monoparentalidade é complexo porque ainda não inserido numa faixa de absoluta transparência jurídica, como ocorre com o casamento, ou com o divórcio, por exemplo”. (LEITE, 2003, p. 09).

que dispôs “ser defeso a qualquer pessoa, de Direito Público ou Privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”, protegendo, por conseqüência, a família na pessoa de cada um de seus membros, assegurando o desenvolvimento e a concretização da dignidade da pessoa humana por meio da convivência familiar (artigo 1.513 do CC/2002).

No próximo capítulo, será trazida uma compreensão contemporânea da pluralização de formas familiares, mediante o estudo de alguns aspectos relevantes do projeto parental matrimonializado, analisando, sob a perspectiva do princípio da igualdade, os direitos e deveres dos partícipes da sociedade conjugal, bem como serão trazidas considerações acerca do reconhecimento jurídico das famílias monoparentais e das famílias reconstituídas. Ademais, serão examinados os principais efeitos jurídicos produzidos pelas famílias de fato (união estável e união entre pessoas do mesmo sexo). Portanto, não se pretende fazer comentários isolados das leis, mas uma análise do conjunto legislativo, apontando as principais normas jurídicas concernentes à família, objetivando-se a plena adequação da legislação à realidade social.

3 PLURALIDADE FAMILIAR: UMA COMPREENSÃO DAS DIVERSAS FORMAS DE CONSTITUIÇÃO DE ENTIDADES FAMILIARES

As relações humanas comportam múltiplas formas de composições afetivas e familiares. As famílias apresentam novos perfis e ambientes, onde prevalecem os interesses pessoais e comuns do grupo familiar, os quais necessitam ser compreendidos e reconhecidos pela ordem jurídica.

A família surge estruturada em relações entre as pessoas e seus interesses propiciando vivências afetivas de forma segura. Elizabeth Roudinesco, refletindo sobre a organização familiar, levanta a hipótese de que foi a “invenção freudiana” do complexo de Édipo que está na origem de uma nova concepção da família ocidental capaz de lidar, não apenas com o declínio da soberania do pai, mas também com o princípio de uma emancipação da subjetividade. Para a autora,

o modelo edipiano é de fato a tradução de uma organização nova da família, originária da própria sociedade civil, que repousa em três fenômenos marcantes: a revolução da afetividade, que exige cada vez mais que o casamento burguês seja associado ao sentimento amoroso e ao desabrochar da sexualidade feminina e masculina; o lugar preponderante concedido ao filho, que tem como efeito ‘maternalizar’ a célula familiar; a prática sistemática de uma contracepção espontânea, que dissocia o desejo sexual da procriação, dando assim origem a uma organização mais individual da família.⁵⁶

A compreensão do Direito de Família atual impõe como premissa a construção de uma cultura jurídica que nos conduza a reconhecer a igualdade dos vários modelos de entidades familiares e a necessidade de proteção ao ser humano, estabelecendo-se um processo de repersonalização destas relações.

Delimitando o sentido da expressão repersonalização, Paulo Luiz Netto Lôbo refere não se estar propugnando um retorno ao individualismo liberal, a um vago humanismo. O liberalismo tinha como valor necessário da realização da pessoa, a propriedade, em torno da qual gravitavam os demais interesses privados,

⁵⁶ ROUDINESCO, Elizabeth. **A família em desordem**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2003, p. 88-96.

juridicamente tuteláveis. A família, nessa concepção de vida, deveria ser referencial necessário para a perpetuação das relações de produção existentes, inclusive e, sobretudo, através de regras formais de sucessão de bens, de unidade em torno do chefe, de filiação certa.⁵⁷

Na esteira da codificação civil brasileira anterior, seguia-se uma linha com a prevalência de interesses patrimoniais, realidade modificada a partir da vigência da Constituição Federal de 1988, que adotou uma concepção privilegiadora da dignidade humana. A família contemporânea abandonou a moldura patriarcal clássica, afirmando como suporte um elemento aglutinador e nuclear denominado afetividade⁵⁸. O reconhecimento do afeto nos quadros da família brasileira eleva-o ao patamar de importante elemento, tanto para o momento da constituição, quanto para o processo de desfazimento dos relacionamentos, o que permite a superação do formalismo e da exclusão de outras realidades em matéria de família, até então não enquadradas na estrutura normativa por serem lastreadas na informalidade.

Assim, a provocação colocada aos juristas e à ordem jurídico-privatista é a necessidade da contínua centralização, dos interesses envolvidos em relações jurídicas, na tutela da pessoa humana, valorando-se o ser e não o ter, bem como a construção de um raciocínio jurídico a partir da compreensão de que as normas jurídicas devem levar em consideração as peculiaridades de cada caso concreto.

Hoje, a família é vista como família-instrumento, isto é, o ente familiar confere primazia à pessoa, assegurando o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes e o crescimento da sociedade. Os laços unificadores da família são mais de afeto e não somente de caráter econômico e de reprodução.

⁵⁷ LÔBO, 2004b.

⁵⁸ Nesse sentido, Luiz Edson Fachin anuncia: “O ponto de chegada talvez não passe de uma nova partida. Assim, ao final, tem algum sentido pronunciar “a fórmula que prescreve a ausência de toda a fórmula”. Há, nada obstante, direções. Vias e ruelas transitam como indicadores para a reflexão. [...] Há realmente uma passagem intimamente ligada às modificações políticas, sociais e econômicas. Da superação do antigo modelo da “grande-família”, na qual avultava o caráter patriarcal e hierarquizado da família, uma unidade centrada no casamento, nasce a família moderna, com a progressiva eliminação da hierarquia, emergindo uma restrita liberdade de escolha; o casamento fica dissociado da legitimidade dos filhos. Começam a dominar as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação”. (FACHIN, 2003, p. 305-306).

Com isso, há uma tendência em aceitar-se o princípio democrático do pluralismo na formação de entidades familiares, e respeitando as diferenças intrínsecas de cada uma delas, efetivar a proteção e prover os meios para resguardar o interesse das partes, conciliando o respeito à dignidade humana, o direito à intimidade e à liberdade com os interesses sociais. O reconhecimento da pluralidade de formas de constituição de família é uma realidade que tende a se expandir pelo amplo processo de transformação global, repercutindo na forma de tratamento das relações interindividuais.⁵⁹

Nas últimas décadas, em decorrência de diversos fatores, tais como: o compartilhamento da administração da vida familiar, com a efetiva participação igualitária de ambos os cônjuges ou companheiros nas atividades do cotidiano das famílias, ou seja, os deveres e obrigações relativos à sociedade conjugal devem ser exercidos igualmente pelo homem e pela mulher, mediante a divisão dos encargos provenientes da assistência, representação, guarda, manutenção e educação dos filhos, alteraram-se inúmeros costumes e comportamentos em sociedade. Por conseguinte, quando o Direito deparou-se com esta nova realidade, rompeu-se a tradicional moldura hierarquizada do ente familiar, contemplando-se a multiplicidade e a democratização na origem das relações interindividuais familiares.

Sem dúvida, alterou-se a concepção de família, uma das instituições⁶⁰ fundamentais do Direito Civil Brasileiro. Diante de um contexto de intensas transformações sociais e da admissão da incidência imediata dos princípios constitucionais sobre as relações de Direito Privado, especialmente as familiares,

⁵⁹ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. O pluralismo no direito de família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). **Direitos fundamentais do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 257.

⁶⁰ “Uma instituição é uma organização duradoura de normas, regras e orientações que torna possível às pessoas de uma sociedade satisfazerem uma ou duas necessidades a longo alcance. As instituições formam a estrutura relativamente permanente, dentro da qual operam a cultura e a estrutura social. Os sistemas organizados de Economia, Política e Ciência, bem como os de Família, Religião e Educação são exemplos de instituições sociais”. (DRESSLER, David. **Sociologia: o estudo da interação humana**. Tradução Aloysio de Moraes. Rio de Janeiro: Interciência, 1980, p. 251). A respeito do tema, Célio Garcia entende que a família é tampouco natural, ela é uma instituição. Sua forma simbólica é constitutiva do sujeito; ela veicula na sua estrutura a parte do gozo destinada ao sujeito, assim como ela assinala a carência sempre lembrada. [...] O sujeito certamente se vê marcado pelos dizeres da família antes mesmo de seu nascimento, representando o desejo dos pais”. (GARCIA, Célio. *Psicanálise: operadores do simbólico: clínica das transformações familiares*. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Anais...** Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 291).

houve o progressivo predomínio dos interesses do indivíduo e não mais dos propósitos da entidade familiar isoladamente.

As mudanças vivenciadas pela família decorrem, primordialmente, de alterações nos hábitos, costumes e culturas de seus membros. Discorrendo sobre essas transformações, Giselda Maria Fernandes Hironaka⁶¹ elucida que:

[...] reconhece-se, por exemplo, entre os diferentes modelos familiares – diferentes no que respeita à origem ou à própria estrutura de composição – a família matrimonial, a família comportamental, a família concubinária, a família monoparental e a família homossexual. Esta dissimilitude de modelos revela, rigorosamente, que a família deva mesmo ser considerada como um ‘grupo espontâneo de pessoas’ – constituído pelo pai, mãe e filhos – acolhidos em uma determinada época história pela sociedade daquele tempo, [...].

O reconhecimento da variedade de formas de constituição de família representa uma grande ruptura com o modelo único instituído pelo matrimônio e é uma realidade que influencia a regulamentação e o tratamento dos relacionamentos interpessoais em matéria de Direito de Família. A atribuição de efeitos jurídicos à construção de laços afetivos e familiares com múltiplas origens no plano social reflete o amadurecimento e a concretização das idéias de igualdade, respeito, liberdade e proibição de qualquer espécie de discriminação.

Com efeito, visualizar que a família pode ter outras configurações igualmente dignas de tutela jurídica conduz, inegavelmente, a admissibilidade do princípio do pluralismo e da liberdade na formação de vínculos afetivos e familiares.

Como se infere, a família é uma entidade igualitária, descentralizada, fundada em laços de mútua ajuda e afeto, ou seja, um núcleo de acolhimento, formação, tutela, auxílio e desenvolvimento da personalidade da pessoa humana, que em relações de índole pessoal busca sua realização e apresenta como diploma regulador a Constituição Federal Brasileira de 1988.

⁶¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 7-17, abr./jun. 1999, p.11.

Levando-se em consideração o fato de a Constituição Federal Brasileira de 1988 consagrar o pluralismo em matéria de relações familiares, recolhendo aspectos da realidade das famílias brasileiras, partiremos para a análise das diversas formas de constituição de entidades familiares, iniciando a caminhada pelas famílias advindas do casamento.

3.1 Famílias Fundadas no Casamento

Sustenta-se uma concepção plural e aberta de família calcada no afeto e na comunhão de vida e nela se aspira à concretização do bem-estar. Na pluralidade concebida, em sede constitucional, tem assento relevante a formação solene do casamento.

No esclarecimento dos fundamentos de uma tutela do matrimônio como ato jurídico solene, Gustavo Tepedino explica que o casamento recebe proteção prioritariamente pela ordem jurídica, porque (só ele) capaz de trazer absoluta segurança para as relações patrimoniais e não-patrimoniais que inaugura, com a constituição da família, seja quanto aos filhos, como no que concerne aos cônjuges e às relações com terceiros que com estes venham a contratar. Por tal razão, o Constituinte Brasileiro em 1988 assegurou a gratuidade da celebração do casamento civil (artigo 226, § 1º), além dos efeitos civis do casamento religioso (artigo 226, § 2º), de larga tradição nos costumes pátrios. Igualmente, é o porquê da determinação ao legislador ordinário no sentido de facilitar a conversão em casamento das uniões estáveis (artigo 226, § 3º). Ou seja, quis o Constituinte que o legislador ordinário facilitasse a transformação (do título de fundação) formal das entidades familiares, certo de que, com o ato jurídico solene do casamento, seriam mais seguras as relações familiares. Não pretendeu, com isso, o constituinte criar famílias de primeira e segunda classes, já que previu, pura e simplesmente, diversas modalidades de entidades familiares, em igualdade de situação. Pretendeu, ao contrário, no sentido de oferecer proteção igual a todas as comunidades familiares,

que fosse facilitada a transformação do título das uniões estáveis, de modo a que a essas pudesse ser estendido o regime jurídico peculiar às relações formais.⁶²

Embora sobreviva uma tendência em considerar-se existente uma relação de proeminência da família matrimonializada em relação às demais, da realidade social eleva-se a necessidade da construção de um olhar amplo, constitucionalizado e protetivo sobre as famílias, independentemente da roupagem que apresentem em sociedade, isto é, sejam entidades familiares assentadas em uniões estáveis, em vínculos monoparentais, em núcleos reconstituídos ou em relacionamentos homossexuais.

Mesmo diante da admissibilidade de uma concepção plural da família, vencido o modelo transpessoal, segundo o qual os interesses de uma unidade da instituição prevaleciam sobre os seus integrantes, exclusivamente matrimonializado, hierarquizado e patriarcal, não devemos olvidar da importância da família estruturada a partir de um casamento e, também à semelhança das demais, orientada por princípios de afeto, de amor⁶³, de respeito, de lealdade e de mútua assistência. Num resgate da formação histórica dos agrupamentos familiares, trata-se de uma estrutura universal na constituição de um convívio comum, de um “*locus*” de crescimento pessoal e de interação de sentimentos.

⁶² TEPEDINO, 1997a, p. 57.

⁶³ Em a “Feminilidade velada”, Philippe Julien traça o perfil dos dois pólos da aliança conjugal: “Aqueles que descrevem a experiência do amor humano entre um homem e uma mulher concordam em dar-lhe duas definições diferentes. Quer sejam eles romancistas, filósofos ou teólogos, reconhecem de bom grado que o amor tem dois pólos irreduzíveis um ao outro.

De acordo com o *primeiro*, o laço conjugal se funda sobre a experiência da semelhança. Aquilo que é amado no outro é uma imagem de duas dimensões, onde me reconheço como num espelho. Encanto da reciprocidade; eu te compreendo, tu me compreendes; nós nos abraçamos, isto é, cada um pode contornar o outro.

Tradicionalmente, este amor fundado sobre o reconhecimento mútuo é considerado como sendo o mais durável. É enaltecido como assegurando na maior parte do tempo, a permanência da felicidade no casamento. Essa concepção repousa sobre o postulado: O amor se mantém pela comunicação entre semelhantes, isto é, pela troca de opiniões comuns.

Assim, segundo esta primeira dimensão, o amor recíproco funda-se na arte da conversação partilhada, cada um por sua vez falando e escutando.

O *outro* pólo do amor: não o amor da semelhança, mas o amor-paixão, o amor “extático”, que vos coloca forma dos vós mesmos, na convicção absoluta da unicidade incomparável do outro, em seu corpo e sua alma. Então, o amante está seguro de si mesmo; não quer mais ouvir nada, da parte de terceiros, sobre os defeitos do objeto adorado.

O próprio deste amor é viver o instante, um instante eterno. (JULIEN, Philippe. **A feminilidade velada: aliança conjugal e modernidade.** Tradução Celso Pereira de Almeida. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 1997, p. 39-41).

Para uma melhor compreensão da família matrimonializada, releva empreender-se um exame da regulamentação específica dos direitos e deveres dos cônjuges na ordem jurídica brasileira.

Considerando-se que o estudo cinge-se à igualdade na órbita da sociedade conjugal, tem relevância expor que nas sociedades do século XVIII e meados do século XX, havia um espaço reservado ao homem e outro campo reservado à mulher.⁶⁴ Pode-se afirmar que uma diferenciação entre os direitos do homem e da mulher acompanhou a história da civilização.

Com referência às desigualdades existentes entre os gêneros e posição ocupada pela mulher, escreve Simone de Beauvoir⁶⁵:

A mulher, em se casando, recebe como feudo uma parcela do mundo; garantias legais protegem-na contra os caprichos do homem; mas ela torna-se vassala dele. Economicamente ele é o chefe da comunidade é, portanto, ele quem a encana aos olhos da sociedade. Ela toma-lhe o nome, associa-se a seu culto, integra-se em sua classe, em seu meio; pertence à família dele, fica sendo sua 'metade'. Segue para onde o trabalho dele a chama; é essencialmente de acordo com o lugar em que ele trabalha que se fixa o domicílio conjugal; mais ou menos brutalmente ela rompe com o passado, é anexado ao universo do esposo, dá-lhe sua pessoa, deve-lhe a virgindade e uma fidelidade rigorosa.

O ambiente familiar delineado mostra o padrão de comportamento dos membros da tradicional família patriarcal. Em uma atmosfera de hierarquia, as relações no grupo familiar eram direcionadas de acordo com os objetivos do marido, cabendo à mulher e aos filhos ocuparem uma posição submissa.

A compreensão desse cenário, segundo Marilene Silveira Guimarães, passa por uma análise interdisciplinar, por meio dos conhecimentos fornecidos pela história, sociologia, economia, antropologia. Essa ciência informa como se deu a

⁶⁴ JULIEN, 1997, p. 32.

⁶⁵ Simone de Beauvoir menciona o fato de "o marido não poder desfazer ao seu bel-prazer o laço conjugal; repúdio e divórcio só se obtêm mediante decisão dos poderes públicos e às vezes o marido deve então uma compensação monetária. A mulher, se maltratada ou lesada, tem o recurso de voltar para a sua família, de obter por seu lado separação ou divórcio. Assim, para ambos os cônjuges, o casamento é a um tempo um encargo e um benefício, mas não há simetria nas situações; para as jovens, o casamento é o único meio de se integrarem na coletividade". (BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo**: a experiência vivida. Tradução Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980, p. 167-169).

fixação da mulher no espaço privado do lar e a saída do homem para o espaço público: desde que as tribos deixaram de ser nômades, com o aumento da população e a conseqüente escassez de alimentos, o homem passou a caçar grandes animais e a participar das guerras na defesa do território, enquanto as mulheres cuidavam dos filhos, semeavam e colhiam cereais. Também começou a haver sobra de alimentos, surgindo o comércio e o acúmulo de patrimônio. Possivelmente, o desejo de transmitir esse patrimônio a herdeiros legítimos⁶⁶ fez com que o homem desejasse apropriar-se da mulher para ter certeza de sua sucessão. A família patriarcal, a partir do interesse econômico, desvalorizou a mulher, confinando-a no espaço privado do lar, quase como uma propriedade do marido, levando à construção de uma identidade psicológica de submissão, atavicamente transmitida de geração em geração.⁶⁷

No transcurso do século XIX, o casamento e a maternidade eram, efetivamente, considerados as verdadeiras carreiras femininas. O desempenho de quaisquer ocupações profissionais representava uma ameaça para as funções sociais das mulheres.⁶⁸

⁶⁶ Cláudia Fonseca ao traçar um panorama acerca da grupalidade familiar brasileira, observa que: “Os espaços onde se realiza a norma oficial eram tradicionalmente poucos. Se, num primeiro momento, historiadores acreditavam que a concubinação no Brasil colonial restringia-se principalmente à população negra, pesquisas recentes mostram que a união livre, assim como a mulher chefe-de-família, não eram de forma alguma privilégio exclusivo dos escravos e seus descendentes. Na sociedade brasileira, especialmente no século XIX, eram os matrimônios, e não a concubinação, que se realizam num círculo limitado. Tudo indica que uma boa parte, talvez a maioria da população não casava antes de iniciar suas experiências sexuais. Pesquisadores contemporâneos sublinham uma taxa alta de crianças ilegítimas durante toda a história brasileira, taxa que chegava em certos momentos a superar 40% do total de nascimentos”. (FONSECA, Cláudia. Ser mulher, mãe e pobre. In: PRIORE, Mary Del. (Org.). **História das mulheres no Brasil**. 6. ed. São Paulo: Contexto, 2002, p. 528-529).

Na codificação civil brasileira de 1916 somente as famílias constituídas a partir do matrimônio eram consideradas legítimas, conferindo-se, por conseqüência, o ‘status de legítimos’ aos filhos provenientes dessas uniões matrimonializadas. Como existia um repúdio às relações extramatrimoniais, aqueles filhos havidos fora do casamento eram considerados ilegítimos, sendo relegados a uma situação social marginalizada e vedada qualquer forma de proteção legal.

⁶⁷ GUIMARÃES, Marilene Silveira. A igualdade jurídica da mulher. In: STREY, Marlene Neves (Org.) **Mulher: estudos de gênero**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2001, p. 31.

⁶⁸ Com o fim de contemplar a história laboral da mulher brasileira e elucidar o difícil caminho percorrido no exercício de uma atividade profissional, cabe transcrever as lições de Guacira Lopes Louro:

O abandono da educação nas províncias brasileiras, denunciado desde o início do Império, vinculava-se, na opinião de muitos, à falta de mestres e mestras com boa formação. Reclamavam, então, por escolas de preparação de professores e professoras. Em meados do século XIX, algumas medidas foram tomadas em resposta a tais reclamos e, em algumas cidades do país, logo começaram a ser criadas as primeiras escolas normais para formação de docentes. Tais instituições foram abertas para ambos os sexos, embora o regulamento estabelecesse que moças e rapazes devessem estudar em classes separadas, preferentemente em turnos ou até escolas diferentes. Vale lembrar que a atividade docente, no Brasil, como em muitas outras sociedades, havia sido iniciada por homens – aqui, por religiosos, especialmente jesuítas, no período compreendido entre 1549 e 1759. Posteriormente foram homens que se ocuparam do magistério com mais freqüência, tanto como responsáveis pelas ‘aulas régias’ – oficiais

Conforme Jeni Vaistman⁶⁹, “com o aprofundamento da modernização, da industrialização e da urbanização, as mulheres redefiniram sua posição na sociedade e com isto abalou-se a dicotomia entre público e privado segundo o gênero”.

A dicotomia entre público e privado no que tange ao gênero é avaliada na tradicional divisão sexual existente. O trabalho remunerado e extraluar era desenvolvido pela figura masculina, ao passo que às mulheres incumbia o desenvolvimento de atividades limitadas à esfera doméstica que, por sua vez não incluía a percepção de salário. Com efeito, esses comportamentos ocasionaram a associação da figura da mulher à de mãe, esposa e às tarefas domésticas, bem como da figura do homem à energia, ao planejamento e ao trabalho produtivo, exterior ao lar.⁷⁰

A partir da Revolução Industrial, com a redivisão sexual do trabalho, o movimento feminista e o declínio da ideologia patriarcal, os paradigmas norteadores

– quanto como professores que se estabeleciam por conta própria. Ao serem criadas as escolas normais, a pretensão era formar professores e professoras que pudessem atender a um esperado aumento na demanda escolar. Mas tal objetivo não foi alcançado exatamente como se imaginava: pouco a pouco, os relatórios iam indicando que, curiosamente, as escolas normais estavam recebendo e formando mais mulheres que homens.

O mais grave era que tal tendência não parecia ser uma característica apenas dessa província. Em algumas regiões de forma mais marcante, noutras menos, os homens estavam abandonando as salas de aula. Esse movimento daria origem a uma “feminização do magistério” [...]

O processo não se dava, contudo, sem resistências, ou críticas. A identificação da mulher com a atividade docente, que hoje parece a muitos tão natural, era alvo de discussões, disputas e polêmicas. Para alguns parecia uma completa insensatez entregar às mulheres usualmente despreparadas portadoras de cérebros “pouco desenvolvidos” pelo seu “desuso” a educação das crianças.

Outras vozes surgiam para argumentar na direção oposta. Afirmavam que as mulheres tinham “por natureza”, uma inclinação para o trato com as crianças, que elas eram as primeiras e “naturais educadoras”, portanto nada mais adequado do que lhes confiar a educação escolar dos pequenos. Se o destino primordial da mulher era a maternidade, bastaria pensar que o magistério representava, de certa forma, “a extensão da maternidade”, cada aluno ou aluna vistos como um filho ou uma filha “espiritual”. O argumento parecia perfeito: a docência não subverteria a função feminina fundamental, ao contrário, poderia ampliá-la ou sublimá-la. Para tanto seria importante que o magistério fosse também representado como uma atividade de amor, de entrega e doação. A ele acorriam aquelas que tivessem “vocaçãõ”. LOURO, Guacira Lopes. Mulheres na sala de aula. In: PRIORE, Mary Del (Org.). **História das mulheres no Brasil**. 6. ed. São Paulo: Contexto, 2002, p. 448-451.

Essas considerações atestam o período inicial da construção do espaço profissional feminino na sociedade brasileira.

⁶⁹ VAISTMAN, Jeni. **Flexíveis e plurais**: identidade, casamento e família em circunstâncias pós-modernas. Rio de Janeiro: Rocco, 1994, p. 17.

⁷⁰ Evidentemente, isso deu origem a uma mistura ‘mais pesada’ para as mulheres, já que casa e família são confundidas como se fossem a mesma coisa. A casa, no entanto, é uma unidade material e local de muito trabalho. Assim as mulheres são duplamente interessantes para o sistema produtivo. Trabalham fora por salários mais baixos e reproduzem “graciosamente” a força de trabalho e o trabalho material da casa. (LOPES, Maria Julia Marques. Mulheres, saúde e trabalho. In: STREY, Marlene Neves (Org.). **Mulher**: estudos de gênero. São Leopoldo: UNISINOS, 2001, p. 109).

da família começaram a mudar.⁷¹ A entidade familiar passou a constituir-se em lugar de manifestação do afeto, da cooperação, da igualdade e do amor, minimizando-se a noção de família, unicamente, como lugar destinado à função procracional, religiosa e à manutenção da economia e do patrimônio.

Todavia, apesar da presença de tal realidade outras questões, ainda, mantinham-se inalteradas, uma vez que as decisões pertinentes ao grupo familiar e os direitos e deveres de seus integrantes submetiam-se à vontade do pai, chefe da família⁷², o qual exercia a plena direção dos interesses da família, segregando a esposa e os filhos a posições de subordinação e inferioridade no organismo familiar, o que determinava a desigualdade.

Convém frisar que o Código Civil de 1916 regulava os direitos e deveres do marido e da mulher em capítulos distintos, pois havia algumas diferenças.⁷³ No entanto, em virtude da isonomia estabelecida pelo artigo 226, parágrafo 5º, da Constituição Federal de 1988, fixou-se uma disciplina igualitária dos direitos e os deveres de ambos os cônjuges, afastando as diferenças existentes.

Na análise do reconhecimento do princípio da igualdade nas disposições da Carta Constitucional Brasileira de 1988, observa José Afonso da Silva⁷⁴:

⁷¹ De acordo com Jeni Vaistman, “como parte do processo de industrialização e modernização a partir da década de 50 a expansão das oportunidades econômicas e sociais então abertas às famílias de classe média criou condições bastante favoráveis para a valorização da escolaridade dos filhos, fosse para manter posições que a família já ocupava na sociedade, fosse como meio de ascensão econômica e social. No caso das meninas, o estímulo à educação significava, na maioria dos casos, sobretudo um investimento para o bom cumprimento de papéis na família. Para os rapazes, as carreiras que se colocavam como apropriadas constituíam um investimento para o bom desempenho de papéis públicos – que geralmente se traduziam na expectativa de uma escolha dentro do trinômio medicina, engenharia e direito. [...]”

O país industrializava-se rapidamente, desenvolvendo o consumo e a indústria cultural. Gestava-se a contracultura e a rebelião contra a dicotomia de papéis sexuais que irromperia nos anos 70. Vivendo este momento, muitos jovens, ainda sem o saber, preparavam o desafio aos modelos de suas famílias de origem buscando outros projetos de vida”. (VAISTMAN, 1994, p. 91-93).

⁷² Neste período histórico, o Código Civil de 1916 em seu artigo 233 dispunha: “o marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos, competindo-lhe a representação legal da família, a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, em virtude do regime matrimonial adotado ou de pacto antenupcial, o direito de fixar o domicílio do casal e a responsabilidade pela manutenção da família”.

⁷³ O Código Civil brasileiro de 1916, no Título II - Dos efeitos jurídicos do casamento e no capítulo II, disciplinava os direitos e deveres do marido a partir do artigo 233 a 239 e regulava os direitos e deveres da mulher no capítulo III a partir do artigo 240 a 255.

⁷⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 214-215.

As Constituições só têm reconhecido a igualdade no seu sentido jurídico formal: *igualdade perante a lei*. A Constituição Federal brasileira de 1988 abre o capítulo dos direitos individuais com o princípio de que *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza* (art. 5º, caput).

Reforça o princípio com muitas outras normas sobre a igualdade ou buscando a igualização dos desiguais pela outorga de direitos sociais substanciais. Assim é que já no mesmo art. 5º, inciso I, declara *que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações*.

Depois, no artigo 7º, incisos XXX e XXXI, vêm regras de igualdade material, regras que proíbem distinções fundadas em certos fatores, ao vedarem *diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil e qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência*.

A previsão, ainda que programática, de que a República Federativa do Brasil tem como um de seus objetivos fundamentais *reduzir as desigualdades sociais e regionais* (art. 3º, inciso III), veemente repulsa a qualquer forma de discriminação (art. 3º, inciso IV), a universalidade da seguridade social, a garantia ao direito à saúde, à educação baseada em princípios democráticos e de igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, enfim a preocupação com a justiça social como objetivo das ordens econômica e social (artigos 170, 193, 196 e 205) constituem reais promessas de busca da igualdade material. (itálico no original).

Noutra passagem, José Afonso da Silva esclarece que a igualdade de homens e mulheres já se contém na norma geral da igualdade perante a lei. Já está também contemplada em todas as normas constitucionais que vedam discriminação de sexo (artigos 3º, inciso IV⁷⁵, e 7º, inciso XXX⁷⁶). Mas não é sem consequência que o Constituinte decidiu destacar, em um inciso específico (art. 5º, inciso I), que 'homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição'. Era dispensável acrescentar a cláusula final, porque, ao estabelecer a norma, por si, já estava dito que seria 'nos termos desta Constituição'. Isso é de somenos importância. Importa mesmo é notar que é uma regra que resume décadas de lutas das mulheres contra discriminações. No sentido de onde houver um homem e uma mulher, qualquer tratamento desigual entre eles, a propósito de situações pertinentes a ambos os sexos, constituirá uma infringência constitucional. Aqui a igualdade não é apenas no confronto marido e mulher. Não se trata apenas da igualdade no lar e na família. Abrange também essa situação, que, no entanto,

⁷⁵ Art. 3º da Constituição Federal Brasileira de 1988. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁷⁶ Artigo 7º da Constituição Federal Brasileira de 1988. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

recebeu formulação específica no artigo 226, parágrafo 5º: ‘Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher’. Vale dizer: nenhum pode mais ser considerado cabeça de casal, ficando revogados todos os dispositivos da legislação ordinária que outorgava primazia ao homem.⁷⁷

É inegável a evolução normativa do Direito de Família, a partir da entrada em vigor da Constituição Federal Brasileira de 1988, notadamente com os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade humana, em virtude dos quais admitiu-se a pluralidade na constituição das famílias e a igualdade entre homens e mulheres perante a lei e no exercício dos deveres e direitos da sociedade conjugal.

A proclamação do princípio da igualdade entre os cônjuges no Código Civil de 2002 não constitui inovação ao ordenamento jurídico. Em consonância com os ditames de índole constitucional, o atual Código Civil Brasileiro traz um rol de deveres de ambos os cônjuges no artigo 1.566.⁷⁸

Dentre os deveres conjugais enumerados pela nova codificação civil brasileira há o dever de fidelidade recíproca.⁷⁹

⁷⁷ SILVA, 2000, p. 220.

⁷⁸ Art. 1.566 do Código Civil de 2002. São deveres de ambos os cônjuges:

I – fidelidade recíproca; II – vida em comum, no domicílio conjugal; III – mútua assistência;

IV – sustento, guarda e educação dos filhos; V – respeito e consideração mútuos;

⁷⁹ A respeito da fidelidade, André Comte-Sponville anuncia estas ponderações: Que há casais fiéis e outros não, é uma verdade de fato, que não parece, ou já não parece, atingir o essencial. Pelo menos se entendemos por fidelidade, nesse sentido restrito, o uso exclusivo, e mutuamente exclusivo, do corpo do outro. Por que só amaríamos uma pessoa? Por que só desejaríamos uma pessoa? Ser fiel a suas idéias não é (felizmente!) ter uma só idéia; nem ser fiel em amizade supõe que tenhamos um só amigo. Fidelidade, nesses domínios, não é exclusividade. Por que deveria ser diferente no amor? Em nome do que poderíamos pretender o desfrute exclusivo do outro? É possível que isso seja mais cômodo ou mais seguro, mais fácil de viver, talvez, no fim das contas, mais feliz, e, enquanto houver amor, até acredito que seja. Mas nem a moral nem o amor parecem-me estar presos a isso por princípio. Cabe a cada um escolher, de acordo com sua força ou com suas fraquezas. A cada um, ou antes, a cada casal: a verdade é o valor mais elevado do que a exclusividade, e o amor me parece menos traído pelo amor (pelo outro amor) do que pela mentira. Outros pensarão o contrário, talvez eu também, em outro momento. Não é isso o essencial, parece-me. Há casais livres que são fiéis, à sua maneira (fiéis ao seu amor, fiéis à sua palavra, fiéis à sua liberdade comum...). E tantos outros, estritamente fiéis tristemente fiéis, em que cada um dos dois preferiria não o ser [...] Que o amor se aplaque ou decline, é sempre o mais provável, e é bobagem afligir-se com isso. Mas quer se separe, quer continue a viver junto, o casal só continuará sendo casal por essa fidelidade ao amor recebido e dado, ao amor partilhado e à lembrança voluntária e reconhecida desse amor. Fidelidade é amor fiel, dizia eu, e assim é também o casal, mesmo o casal “moderno”, mesmo o casal “livre”. A fidelidade é o amor conservado ao que aconteceu, o amor ao amor, no caso, amor presente (e voluntário, e voluntariamente conservado) ao amor passado. Fidelidade é amor fiel, e fiel antes de mais nada ao amor. Como eu poderia jurar que sempre te amarei ou que não amarei outra pessoa? Quem pode jurar seus sentimentos? E para que, quando não há mais amor, manter a ficção, os

Os relacionamentos afetivos envolvem um comprometimento, uma responsabilidade de um indivíduo perante o outro, fortalecidos pelo compromisso de vida comum. Essas relações estão alicerçadas em pactos de convivência, nos quais os conviventes compartilham atos e sentimentos fiéis, enquanto perdurar o laço de amor que os une. O rompimento desses pactos pode ensejar o término do relacionamento pela perda de confiança da pessoa enganada. Ainda, pode desencadear a reavaliação dos comportamentos com a manutenção e restabelecimento da união sobre novas bases.

Uma vez que as relações de conjugalidade podem não ser eternas, a reconstrução afetiva é possível também por meio da constituição de novas uniões. Nessa hipótese, há espaço para os recasamentos, orientados, à semelhança das uniões anteriores, pelo princípio de que a demonstração do amor e da fidelidade são realizações cotidianas.

A par dessas visões filosóficas, impende referir que as disposições normativas do Código Civil de 2002 prevêm que todos os direitos, antes elencados no artigo 233 do Código Civil de 1916, serão exercidos pelo casal em um sistema de administração compartilhada. Nesse sentido, dispõe o artigo 1.567 do Código Civil de 2002:

A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos.
Parágrafo único. Havendo divergência, qualquer dos cônjuges poderá recorrer ao juiz, que decidirá tendo em consideração aqueles interesses.

Dessa forma, o Código Civil de 2002, confirmou o princípio constitucional da igualdade de direitos e deveres entre os partícipes da sociedade conjugal, apoiando-se em entendimentos contemporâneos de matéria de família e ainda, estipulou para os partícipes da sociedade conjugal, a obrigação de contribuir não somente com os

encargos ou as exigências do amor? Mas isso não é motivo para renegar ou não reconhecer o que houve. Por que precisaríamos, para amar o presente, trair o passado? Eu juro não que sempre te amarei, mas que sempre permanecerei fiel a esse amor que vivemos. COMTE-SPONVILLE, André. **Pequeno tratado das grandes virtudes**. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 34-36. A fidelidade, pois, nessa perspectiva, conjuga-se com a honestidade e a franqueza entre os cônjuges, que devem compartilhar seus sentimentos e atitudes, preservando o vínculo, enquanto o amor estiver presente na relação.

rendimentos de seu patrimônio, como também com o produto de seu trabalho para a manutenção da família e da educação da prole.

A igualdade jurídica dos cônjuges consiste no resultado de conquistas históricas que ocorrem no transcurso do tempo e modificam a condição feminina. Como a interpretação que se confere aos fatos impõe-se perante o Direito e a realidade acaba desmentindo esses mesmos códigos, mudanças e circunstâncias mais recentes têm contribuído para dissolver a névoa de hipocrisia que encobre a negação de efeitos jurídicos à orientação sexual. Tais transformações decorrem, entre outras razões, da alteração da razão de ser das relações familiares, que passam agora a dar origem a um berço de afeto, solidariedade e mútua constituição de uma história em comum, sob o signo da igualdade.⁸⁰

No elenco dos direitos e deveres compartilhados pelo homem e pela mulher tem espaço a direção conjunta da sociedade conjugal. Há cerca de algumas décadas era considerado comportamento habitual o fato de o comando, a representação da família, a administração dos bens, o direito de fixar e alterar o domicílio, o dever de prover a manutenção do núcleo familiar e as demais decisões pertinentes à vida em comum serem atribuídos ao homem. Como referido anteriormente, essas manifestações culturais representam a existência de um modelo familiar hierárquico, com a mulher limitada ao exercício de uma posição subordinada aos interesses do marido.

Com a vigência da Constituição Federal de 1988, prevendo a estruturação de um vínculo conjugal e familiar sobre os fundamentos da igualdade, não foram recepcionadas quaisquer normas infraconstitucionais que colocassem a mulher em situação de subordinação ou inferioridade no âmbito da relação familiar.

Atualmente, na órbita dos deveres conjugais, cabe aos cônjuges partilhar do dever de colaborar nos encargos da sociedade conjugal, tanto os materiais como os morais, desde o sustento da família à educação dos filhos, na proporção de seus bens e resultados do trabalho.

⁸⁰ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Código Civil Comentado: direito de família, casamento**. Artigos 1.511 a 1.590. São Paulo: Atlas, v. 15, 2003, p. 29.

O princípio da igualdade é incompatível com a unidade de direção da entidade familiar e com a previsão jurídica de funções específicas para marido e mulher e, por conseqüência, com a assunção de um modelo rígido de distribuição de tarefas em razão do sexo.

A ordem jurídica não fixa para um dos cônjuges a responsabilidade pelo trabalho remunerado e extraluar e ao outro o desempenho de afazeres domésticos. Com o afastamento da noção de hierarquia na sociedade conjugal, firmou-se uma crescente tendência de organização familiar no sentido da divisão de todos os ônus e responsabilidades entre homem e mulher, desimportando o fato do trabalho ser na casa ou externamente.

É inadmissível a idéia de hierarquia na sociedade conjugal, pois as responsabilidades e os encargos devem ser partilhados. A Constituição Federal consagrou um novo modelo de família, estruturada nas relações de autenticidade, afeto, amor, diálogo e igualdade. Assim, diante da paridade das relações entre os cônjuges, é inconcebível a idéia da existência de uma chefia, que pressuponha relação de subordinação.⁸¹

A fixação do domicílio da família é prerrogativa dos cônjuges. O domicílio do casal será escolhido por ambos os cônjuges, podendo ocorrer a hipótese de um ou outro ausentar-se do domicílio conjugal para o fim de atender a encargos públicos, ao exercício de sua profissão, ou a interesses particulares relevantes, nos termos do artigo 1.569 do CCB de 2002.

Em acatamento ao princípio da absoluta igualdade, “qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu o sobrenome do outro”.(art. 1.565, § 1º, CCB/2002). Dessa forma, tanto a mulher quanto o homem podem, no casamento, adotar o sobrenome conjugal.

Há na legislação civil outra inovação relativamente à perda do direito à utilização do sobrenome marital. Hodiernamente, a Codificação Civil de 2002 prevê

⁸¹ RODRIGUES, Maria Alice. **A mulher no espaço privado**: da incapacidade à igualdade de direitos. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 126.

que, dissolvido o casamento pelo divórcio direto⁸² ou por conversão⁸³, o cônjuge poderá manter o nome de casado; salvo, no segundo caso, dispondo em contrário a sentença judicial. (artigo 1.571, § 2º).

A perda do sobrenome conjugal ocorrerá somente em caso de decretação da culpa pela separação judicial, o que deve ser expressamente requerido pelo inocente.⁸⁴ Com relação às repercussões da culpa no direito ao nome, explica Luiz Edson Fachin⁸⁵:

[...] o cônjuge declarado culpado na ação de separação judicial perde o direito de usar o sobrenome do outro. A pena é a perda do patronímico. Esse regime traduz criticável modelo sancionatório da culpa. A vinculação do direito ao nome à noção de culpa é solução de todo criticável, a rigor, o tema resta deslocado de seu verdadeiro sentido para o campo escorregadio do subjetivismo. O direito ao nome constitui-se em direito personalíssimo, selo identificativo da pessoa. Não se evidencia ser a chancela de culpa em inocência o melhor caminho para a imposição da pena prevista. Ademais, não raro, mostra-se como juízo preconceituoso sobre a condição feminina.

Ressalte-se que há uma tendência no sentido da superação da dimensão subjetiva da culpa nas hipóteses de dissolução da sociedade conjugal, o que conduziria ao modelo de objetivação da ruptura dos vínculos, concedendo-se relevância jurídica ao fato em si mesmo, isento de outras representações que não tenham conexão com o término do relacionamento afetivo.

Enfim, supera-se a idéia de culpa para falar-se em co-responsabilidade, pois

⁸² O divórcio direto poderá ser requerido, por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de 02 anos (art. 1.580, § 2º do CC/2002).

⁸³ O divórcio indireto ou por conversão pode ser requerido por qualquer das partes quando decorrido 1 (um) ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos. A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou (art. 1.580, § 'caput' e § 1º do CC/2002).

⁸⁴ Art. 1.578 do Código Civil de 2002. O cônjuge declarado culpado na ação de separação judicial perde o direito de usar o sobrenome do outro, desde que expressamente requerido pelo cônjuge inocente e se a alteração não acarretar.

I – evidente prejuízo para a sua identificação;

II – manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida;

III – dano grave reconhecido na decisão judicial;

§ 1º O cônjuge inocente na ação de separação judicial poderá renunciar, a qualquer momento, ao direito de usar o sobrenome do outro.

§ 2º Nos demais casos caberá a opção pela conservação do nome de casado.

⁸⁵ FACHIN; RUZYK, 2003, p. 242-243.

ambos os cônjuges têm o dever de manutenção do vínculo conjugal, ao passo que ambos também são responsáveis pelo término do relacionamento.

No Código Civil de 1916, a desigualdade era evidente, os direitos e deveres do marido eram regulados nos artigos 233 a 239 e os direitos e deveres da mulher eram regidos pelos artigos 240 a 255. Apesar de a Constituição Federal de 1988 prever o princípio da absoluta isonomia entre os cônjuges, a legislação infraconstitucional permanecia em mora.

O novel Código brasileiro procurou eliminar todas as discriminações até então existentes e, em regime de plena igualdade, atribuiu a ambos os cônjuges, em colaboração, a direção da sociedade conjugal, a ser exercida sempre no interesse do casal e dos filhos (art. 1.567), vedando ao marido e à mulher a prática dos mesmos atos, que possam afetar a estabilidade econômica do lar (art. 1.647).⁸⁶ Segundo a dicção da lei civil, o cônjuge não tem a livre disposição dos bens e direitos previstos neste último dispositivo; deles só podendo dispor mediante expresse assentimento do consorte.

Nesse sentido, é preciso considerar as disposições do artigo 2.039, que determina: “O regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei n.º 3.071, de 1º de janeiro de 1916, é o por ele estabelecido”.

O conjunto de normas jurídicas que disciplina as condutas, os direitos e os deveres dos cônjuges tem a finalidade precípua de preservar a dignidade dos partícipes da sociedade conjugal e de assegurar a manutenção do agrupamento familiar, estruturando um ambiente propício à formação e desenvolvimento da personalidade de seus componentes.

⁸⁶ Art. 1.647 do Código Civil de 2002. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:

I – alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;

II – pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos;

III – prestar fiança ou aval;

IV – fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.

Parágrafo único. São válidas as doações nupciais feitas aos filhos quando casarem ou estabelecerem economia separada.

Artigo 1.648 do Código Civil de 2002. Cabe ao juiz, nos casos do artigo antecedente, suprir a outorga, quando um dos cônjuges a denegue sem motivo justo, ou lhe seja impossível concedê-la.

Não há dúvidas de que a igualdade de direitos entre homens e mulheres representa um avanço excepcional. Entretanto, partindo-se da existência de situações que ainda possam configurar diferenças, não se deve pregar a aplicabilidade irrestrita e plena da isonomia jurídica entre os homens e mulheres. Há situações em que se observam diferenças oriundas de uma diversa formação educacional e profissional, de acordo com o papel desempenhado pelo homem e pela mulher e suas transformações nas últimas décadas. A mulher, em sua maioria, no contexto anterior, era dedicada aos trabalhos domésticos e cuidados com a família, notadamente os filhos, enquanto ao homem reservava-se a função primordial de provedor.

Ainda nos dias atuais, esta relação desigual implica enorme dificuldade para que a mulher de uma geração anterior, em caso de separação, obtenha espaço no competitivo mercado de trabalho, muito embora a garantia jurídica de igualdade. Esses fatores demandam especial tutela à mulher, notadamente quanto à concessão de pensão alimentícia.

De outro lado, atualmente, há maior abertura de espaços igualitários nas relações homem-mulher e nas funções que desempenham na família e na sociedade. Ambos em maior ou menor medida alcançam acesso aos mesmos meios de educação, cultura e formação profissional, alterando aquela tradicional relação de fragilidade e dependência da mulher.

Sem dúvida, houve um significativo avanço para o gênero feminino, o que pode ser constatado com o aumento das oportunidades de educação, na ampliação de espaços no mercado de trabalho, em alterações legislativas, assim como o crescimento da atuação política das mulheres.⁸⁷ Porém, essas mudanças ainda não foram suficientes para superar ambientes de desigualdade e opressão das mulheres

⁸⁷ A respeito da matéria, Marco Aurélio Dias da Silva diz que “[...] estamos vivendo o que a filosofia oriental chama de ‘ponto de mutação’. Um dos aspectos mais chamativos dessa transição é o declínio do patriarcado e o despertar do feminino. Por despertar do feminino entenda-se não apenas a emancipação da mulher e o seu ingresso, com cada vez mais força e visibilidade, no domínio da vida pública. Entenda-se também, e talvez principalmente, o retorno dos valores femininos marginalizados por milênios de dominação do homem, que inclusive, marginalizou e exilou o feminino que há dentro dele mesmo. Com o retorno e a valorização do feminino, é possível pensar um mundo mais doce, terno, menos áspero, com maior respeito à vida e a tudo o que ela significa. E não me refiro apenas à vida humana, mas a todas as formas de vida. À natureza enfim”. (SILVA, Marco Aurélio Dias da. **Todo poder às mulheres: esperança e equilíbrio para o mundo**. São Paulo: Best Seller, 2000, p. 264).

ao longo da história brasileira.⁸⁸

Por essas razões, sustenta-se no Direito contemporâneo a necessidade de uma constante construção doutrinária que pense e repense a relação familiar, refletindo sobre os momentos da constituição, organização e desfazimento das famílias.

Dentro dessa moldura, igual tarefa deve ser desempenhada pela jurisprudência, a quem, em contato direto com a força criadora dos fatos, cabe enquadrar as estruturas sociais e os novos modelos familiares na porosidade do Direito, orientando-se por valores supremos que asseguram uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Por fim, em face das sensíveis e profundas modificações no Direito de Família Brasileiro, privilegiar-se-á o estudo do reconhecimento jurídico das famílias monoparentais e das famílias reconstituídas.

3.2 Famílias Monoparentais: Reconhecimento Jurídico

No Brasil, a Constituição Federal prevê, além da família matrimonializada e oriunda da união estável entre homem e mulher, outro modo de manifestação da vida familiar, a família monoparental.⁸⁹

Nas últimas três décadas, em razão de inúmeros casos de dissolução de sociedade conjugal, divórcio e término de uniões estáveis, dentre outros fatores, os organismos configurados pela monoparentalidade, sempre presentes na realidade familiar brasileira, passaram a receber a qualificação de famílias em razão da tutela constitucional ao pluralismo na formação das entidades familiares.

⁸⁸ PETERSEN, Áurea Tomatis. Homens e mulheres: enfim, as desigualdades estão acabando? In: STREY, Marlene Neves (Org.) **Mulher: estudos de gênero**. São Leopoldo: Unisinos, 2001, p. 22.

⁸⁹ Torna-se relevante esclarecer que, neste subcapítulo, não serão enfrentadas questões atinentes aos problemas e às dificuldades materiais enfrentados pelos núcleos familiares monoparentais em decorrência da diversidade de situação econômica ou da precariedade no ambiente em que esse pequeno grupo social se desenvolva.

O primeiro país a enfrentar corajosamente a questão foi a Inglaterra (1960) que, impressionada com a pobreza decorrente da ruptura do vínculo matrimonial e com as conseqüências advindas, passou a se referir às *one-parent families* ou *lone-parent families*, nos seus levantamentos estatísticos. Dos países anglo-saxões, a expressão ganhou a Europa continental. Foi na França que, em 1981, empregou o termo, pela primeira vez, em um estudo feito pelo Instituto Nacional de Estatística e de Estudos Econômicos (INSEE). O INSEE francês empregou o termo para distinguir as uniões constituídas por um casal, dos lares compostos por um genitor solteiro, separado, divorciado ou viúvo. A noção se espalhou por toda a Europa e hoje é conhecida e aceita no mundo ocidental como a comunidade formada por qualquer dos pais (homem ou mulher) e seus filhos.⁹⁰

A monoparentalidade não é um fato novo, apesar de ter recebido a proteção jurídica somente a partir de 1988, no artigo 226, § 4º, do texto constitucional, nos seguintes termos: “entende-se, também como entidade familiar, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

Admitida a diversidade na constituição de entidades familiares, com a conseqüente inclusão dos núcleos monoparentais aos quadros da família no ordenamento jurídico brasileiro, inicialmente, podem ser enumerados como causas desta realidade familiar: os relacionamentos pós-separação, divórcio ou viuvez, quando um dos genitores exerce isoladamente a guarda e a criação da prole, ou ainda, o exercício da maternidade celibatária voluntária ou involuntariamente, podendo, nessa hipótese, existir a filiação biológica ou socioafetiva.

A forma monoparental insere-se em um contexto de famílias constituídas pela biparentalidade⁹¹. O que origina problema nas famílias monoparentais e constitui sua especificidade, conforme Eduardo Oliveira Leite⁹², está vinculado:

⁹⁰ LEITE, 2003, p. 21-22.

⁹¹ As famílias biparentais vinculam-se à idéia de uma constituição formada pela união de um homem, normalmente tido como o chefe da família e, uma mulher, resultando descendentes. Este é o modelo de família patriarcal e biparental. Nos dias atuais, com o decaimento do patriarcalismo, a família não mais se apresenta exclusivamente nesses moldes, pode até ser biparental, mas o homem e a mulher vão dividir as tarefas, encargos e atividades na chefia da entidade familiar.

⁹² LEITE, 2003, p. 27.

à possibilidade de sua existência própria, num ambiente social, concebido e organizado em torno da família 'biparental'. Não é no interior destas famílias que se deve procurar sua "homogeneidade" ou sua "identidade", mas na sua relação com o exterior – ao lado da organização social – que as obriga a conviver com um ambiente onde sua situação não foi prevista. Esta "marginalização" da monoparentalidade, criada por um ambiente que lhe é hostil, coloca-a numa posição, senão especial, diversa da família tradicional (constituída por pai, mãe e filho), mas ainda assim, embora "incompleta" ou "fragmentada" (porque constituída por qualquer dos pais e seus descendentes) é nominada 'família monoparental' ou entidade familiar.

A unidade familiar constituída de um genitor que educa sozinho seus filhos está longe de ser um fenômeno novo no Ocidente. Entretanto, os especialistas descrevem a ascensão ininterrupta das famílias monoparentais como o fenômeno mais marcante da célula familiar, desde vinte anos. Enquanto a monoparentalidade mais antiga se esgotava nas categorias das viúvas e das mães solteiras, as famílias monoparentais atuais se recrutam especialmente entre as ex-famílias biparentais, tornadas monoparentais em decorrência de um falecimento, mas cada vez mais, agora, pela separação dos cônjuges, ou pelo divórcio, ou simplesmente pela opção de ter filhos mantendo-se sozinho. Assim, enquanto o fenômeno anterior era vivido pela imposição de uma situação (viuvez), atualmente a monoparentalidade é decorrência direta de uma opção (celibato ou separação), logo, efeito de uma vontade deliberadamente manifestada por esta nova forma familiar.⁹³

Na maioria das situações, o surgimento das famílias monoparentais pode ter como fato desencadeador o abandono da mãe e dos filhos pelo pai. Com a ocorrência desses episódios, a direção, a responsabilidade e os encargos pela manutenção e sustento da família ficam, unicamente, sob a chefia da mulher.

As comunidades monoparentais, ainda, podem originar-se pela adoção por pessoa solteira que, para tanto, deve preencher os requisitos legais e possuir as condições de sustento, educação e afeto a uma criança, tendo em vista que o bem-estar e o interesse desta significam os elos fundamentais da filiação adotiva.

Há também as famílias monoparentais decorrentes da utilização de métodos e técnicas de reprodução artificial humana. O fato de um indivíduo solteiro optar por

⁹³ LEITE, *ibid.*, p. 31.

este procedimento clínico para a execução do projeto parental é questão que gera muitas discussões no Direito de Família, por incluir a contribuição genética de doador anônimo. Esta solução para a concretização da maternidade recebeu a denominação de produção independente.

Diante do crescente aumento de famílias monoparentais surgiu a necessidade de avaliar as causas desse fenômeno, onde um pai ou mãe responsabiliza-se isoladamente por seu filho. Nesse sentido, podem ser indicados como os principais fatores determinantes da monoparentalidade: o celibato, a separação e o divórcio, a dissolução das uniões estáveis, o emprego de técnicas de reprodução artificial humana, a adoção, a existência de pais e mães solteiros e a viuvez.

O celibato⁹⁴ apresenta-se como “novo modelo” de vida escolhida pelas gerações atuais. Casa-se cada vez menos, especialmente nas grandes aglomerações urbanas, o que nos conduz a pensar ser a “opção” pela solidão não só uma questão de escolha, mas, igualmente, um fator decorrente das dificuldades de ordem econômica. Tanto homens quanto mulheres⁹⁵ oriundos de camadas econômicas mais favorecidas (profissionais liberais, altos cargos empresariais, funções executivas, etc.) têm optado, sem vacilações, pelo celibato como “novo

⁹⁴ Consoante Eduardo Oliveira Leite, a expressão “celibato” aqui empregada refere-se tanto aos celibatários que moram, por exemplo, com os pais, quanto aos solteiros que moram isoladamente. (LEITE, 2003, p. 33).

O Instituto de Demografia e Estatística refere-se aos solteiros que moram isoladamente para indicar as famílias ‘unipessoais’, isto é, domicílios ocupados por apenas uma pessoa. De acordo com dados do Censo Demográfico de 2000, “a distribuição das famílias por número de componentes mostra que 8,6% são unipessoais, contra 21,2% (de duas pessoas), 24% (de três pessoas) e 22, 8% (de quatro pessoas). Embora a maior concentração de famílias seja representada pelo grupo 2, 3, e 4 componentes – a grande maioria da do Brasil -, o percentual representado por famílias unipessoais é expressivo”. Fonte: Instituto de Demografia e Estatística – IBGE, Censo Demográfico 2000, p. 81.

⁹⁵ Conforme pesquisa realizada pelo IBGE sobre os domicílios unipessoais de responsabilidade feminina, “o universo do domicílio com responsáveis mulheres, o Censo 2000 verificou que 1.995.138 eram domicílios unipessoais, isto é, de apenas um morador correspondendo a 17,9% do total. Esta situação difere significativamente daqueles domicílios de responsáveis homens onde o peso relativo dos unipessoais é de 6,2%. Um dos principais motivos para estas diferenças reside na própria condição feminina, mais condicionada a desenvolver as tarefas domésticas com maior independência. Além disso, a maior esperança de vida feminina certamente contribui para este resultado. Tal fato é confirmado quando se observa que 53, 3% deles são ocupados por mulheres com mais de 60 anos de idade. Nos estados e capitais das regiões Sul e Sudeste são encontradas as maiores proporções de unidades domésticas unipessoais femininas. Tal fato, mais uma vez, reflete vários fatores, como a maior esperança de vida, aspectos culturais, dissolução conjugal etc., especificamente, em relação às chamadas camadas médias urbanas, que são mais extensas e diversificadas nas regiões mais desenvolvidas, a questão da profissionalização e autonomia das mulheres, sobretudo as mais jovens que buscam um modelo de independência e individualidade. No Rio Grande do Sul, por exemplo, dos domicílios com responsáveis mulheres, 25% são unipessoais, enquanto nos Estados da região norte esta mesma proporção varia entre 6,4% e 9,5%. Fonte: IBGE, Censo Demográfico de 2000, p. 13-14.

modelo” de vida sentimental. À união duradoura e ininterrupta do casamento escolhem-se as uniões passageiras, sem compromissos e obrigações.⁹⁶

Na lista de fatores, acrescentam-se as hipóteses de *separação e divórcio*, responsáveis por uma imensa parcela da origem de famílias monoparentais. A Lei nº. 6.515 de 26 de dezembro de 1977 instituiu a separação e o divórcio no contexto jurídico brasileiro. Com isso, possibilitou-se o atendimento aos reclamos da sociedade quanto ao término da vida conjugal, nas hipóteses de separação judicial e à dissolubilidade do vínculo, com a restituição da plena capacidade matrimonial aos cônjuges, nos casos de divórcio.

No estudo da situação jurídica dos integrantes das famílias monoparentais e dos fatores desencadeadores destes vínculos, Eduardo Oliveira Leite⁹⁷ evidencia:

No Brasil, a tendência separatista já se manifestara muito antes da Lei do Divórcio (Lei n.º 6.515/77). As separações vinham ocorrendo como manifestação veemente da sociedade brasileira contra a manutenção do desquite, absolutamente contrária à tendência social que não mais admitia a hipocrisia de uma ruptura de vida conjugal sem possibilidade de novo casamento.

Portanto, não se pode atribuir à nova lei do divórcio a liberalização da ruptura e a possibilidade de divorciar por mútuo consentimento.

A nova lei apenas se adaptou às novas tendências de costumes, ou como sempre se afirmou, confirmou, no plano legal, uma prática que de há muito vinha exigindo uma postura mais definida do legislador.

Com efeito, no Brasil, a lei tão-somente permitiu regularizar um número considerável de rupturas já consumadas no plano fático, o que explica a estabilidade das separações, a partir da entrada em vigor da Lei do Divórcio (contrariamente às expectativas dos detratores do divórcio, que encaravam a lei como fomentadora de rupturas).

Assim, não há como afirmar que o crescimento de rupturas é oriundo de maior permissividade da lei de 1977, já que esta se revelou mais como resposta jurídica [...] do que como reforma suscetível de gerar tal fenômeno.

Neste rumo, releva mencionar a dissolução das uniões estáveis como causa determinante da constituição de núcleos familiares monoparentais, pois, à semelhança das famílias matrimonializadas, o término dessas uniões põe fim à

⁹⁶ LEITE, 2003, p. 33-34.

⁹⁷ LEITE, op. cit, 2003, p. 37.

sociedade conjugal e dá ensejo à formação de famílias monoparentais pelo convivente remanescente com filhos.⁹⁸

É importante referir as famílias monoparentais decorrentes do recurso às técnicas de reprodução artificial⁹⁹. Para facilitar a concretização de um projeto parental foram criadas e desenvolvidas técnicas de reprodução artificial com o objetivo de resolver os problemas causados pela infertilidade humana. Atualmente, enfrenta-se a problemática e as implicações da inseminação artificial, questão que exige regulação específica e atualizada. No rol das espécies de inseminações artificiais podem ser descritas: a inseminação artificial homóloga e a inseminação artificial heteróloga.¹⁰⁰

⁹⁸ Outro fator desencadeante de famílias monoparentais, caracterizado como um período antecedente ao reconhecimento constitucional das uniões estáveis, diz respeito às *uniões livres*. Para Eduardo Oliveira Leite, das modificações ocorridas, após a revolução sexual dos anos 60, a união livre é, de longe, a única tendência que aproveitou todas as mudanças, reformas e liberalizações recentes, afirmação que não comporta qualquer julgamento de valor, porém, mera constatação. O desejo de um compromisso pessoal frente à sociedade, com a pessoa que se ama, a aspiração à duração e à estabilidade, a procura da segurança afetiva e material, o desejo de fundar uma família, vinculando-se nas famílias dos ascendentes de ambos os nubentes, enfim, tudo isto que significa o casamento não representa mais modelo e não é, tampouco, meta das novas gerações. Aquilo que se impõe e de certa forma combate o casamento e ganha cada dia mais adeptos é justamente um modo de vida que não corresponde a um estatuto nem a qualquer união formalizada: é a união livre, que garante a cada um sua individualidade, seu nome, que não exige nenhum compromisso, nenhuma promessa, nenhuma responsabilidade, nenhuma implicação de duração ou fidelidade. É possível resumir quatro fases da união livre, nas seguintes conseqüências: Primeira fase estender-se-ia de 1960 a 1965. Relações sexuais antes do casamento. Casamento e filhos; segunda fase estender-se-ia de 1965 a 1972. Relações sexuais muito freqüentes antes do casamento, ou vida comum. Fecundidade mal dominada. Gravidez. Reparação pelo casamento; terceira fase praticamente toda a década de 70, e se estendia de 1972 a 1980. Vida em comum sem casamento. Fecundidade bem dominada. Em caso de desejo de filhos: casamento e filhos posteriormente e quarta fase, que se estende durante toda a década de 80 até nossos dias. Vida em comum sem casamento. Fecundidade bem dominada. Decisão de ter filhos fora do casamento. Surgimento da criança independente de qualquer projeto parental. (LEITE, 2003, p. 45 e p. 49). Nos vários períodos das uniões livres, verifica-se a diversidade de meios de formação das relações familiares e os estágios perpassados por estas famílias, bem como o comportamento frente às hipóteses de filiação, já que um dos momentos mais importantes na vida da maioria dos seres humanos é aquele onde homem ou mulher tomam-se pai ou mãe.

⁹⁹ “Com o surgimento de tais técnicas de reprodução artificial humana, o nexos que existia entre a sexualidade e reprodução foi sendo paulatinamente afastado, visto que a fecundação não necessita ser originada do ato sexual, podendo ocorrer em laboratório (*fecundação in vitro*). Desta forma, a reprodução não resulta necessariamente do relacionamento sexual”. (COSTA, Demian Diniz da. **Famílias monoparentais**: reconhecimento jurídico. Rio de Janeiro: Aide, 2002, p. 46).

¹⁰⁰ Denomina-se homóloga a inseminação proveniente do sêmen do marido ou do companheiro; heteróloga, quando o material genético é proveniente de um estranho, um doador. Uma questão relevante deslocada para o campo jurídico é relativa à inseminação heteróloga dar-se sem o consentimento do marido, nesse caso, este pode impugnar a paternidade. Se a inseminação deu-se com seu consentimento há que se entender que não poderá impugnar a paternidade e que a assumiu. Nesse sentido se coloca o inciso V, do artigo 1.597, do atual Código Civil: “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. A lei brasileira passa a resolver expressamente essa questão. Contudo, a lei não esclarece ainda de que forma deve ser dada essa autorização. Em tais circunstâncias deve-se proteger com o anonimato o doador do sêmen, que deverá abrir mão de qualquer reivindicação de paternidade e também não poderá ser demandado a esse respeito. Em suma, são casos que podem gerar sérias discussões, principalmente, quanto aos reflexos no direito sucessório e ainda, demandam muito estudo e preparo dos juristas.

Na seara das famílias monoparentais, cabe à mulher solteira, de acordo com a oportunidade e conveniência, optar pela inseminação heteróloga. Maria Cláudia Crespo Brauner¹⁰¹ identifica essa situação como “monoparentalidade projetada”, referindo que “sempre existiram mães ou pais viúvos ou adotivos que criaram normalmente seus filhos, sendo que a sociedade aos poucos foi aceitando tal situação, pois era uma realidade incontornável e muitas vezes imprevisível”.

O direito de gerar não é absoluto, ou que o direito ao filho não pode ser um argumento que abra as portas a todas as possibilidades de reprodução artificial. De fato, o interesse da criança deve ser preponderante, mas isso não implica concluir que seu interesse se contraponha à possibilidade de vir integrar uma família monoparental, desde que o genitor isolado forneça todas as condições necessárias para que o filho se desenvolva com dignidade e afeto. A família deste novo século, não se define mais pela triangulação clássica: pai, mãe e filho, sendo que o critério biologista, ligado aos valores simbólicos da hereditariedade, deve ceder lugar a noção de filiação de afeto, de paternidade ou maternidade social ou biológica.¹⁰²

Não há óbices à plena configuração de núcleos familiares monoparentais constituídos a partir do planejamento do contexto parental, principalmente quando é perceptível o comprometimento com a defesa dos direitos da criança e do adolescente, previstos no artigo 227 da Constituição Federal Brasileira de 1988. Alicerçados no texto constitucional, os direitos fundamentais assegurados à criança e ao adolescente são os seguintes: o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Quando a Constituição Federal de 1988 atribui à família, à sociedade e ao Poder Público a responsabilidade pelo atendimento desses direitos, percebe-se a diferença entre as famílias contemporâneas e as famílias de séculos anteriores, podendo-se, inclusive, afirmar que as entidades familiares não apresentam as mesmas configurações.

¹⁰¹ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. A monoparentalidade projetada e o direito do filho a biparentalidade. In: DORA, Denise Dourado; SILVEIRA, Domingos Dresch (Org.). **Direitos humanos, ética e direitos reprodutivos**. Porto Alegre: Themis, 1998, p. 65.

¹⁰² BRAUNER, Ibid., p. 72-77.

Os núcleos familiares monoparentais compõem as múltiplas famílias presentes na sociedade brasileira contemporânea. Dentre as causas da monoparentalidade familiar é arrolada a existência de *pais ou mães solteiros*. Pode ocorrer que um pai assuma convenientemente a responsabilidade e a dignificante tarefa de amar e educar sozinho uma criança (filho biológico ou adotivo), proporcionando-lhe um lar com as condições necessárias ao desenvolvimento de suas potencialidades.

Do mesmo modo, observa-se que a monoparentalidade pode ser determinada pela presença somente da mãe juntamente com o(s) filho(s). Conforme Eduardo de Oliveira Leite¹⁰³, em uma esquematização, podem ser distinguidos quatro tipos de mães solteiras:

a) As “maternidades impostas”, quando se trata de mães solteiras que não quiseram nem ter, nem conservar seu filho, mas que a perda dos prazos legais, autorizando a interrupção voluntária de gravidez (em países como a França que desde 1975 autoriza a interrupção da gravidez), compele a assumir sua gravidez (mas não forçosamente sua maternidade: algumas mulheres abandonam a criança); b) As “maternidades involuntárias”, na medida em que, embora não desejando a gravidez, certas mães solteiras decidem assumi-la e, portanto, educam sozinhas seu filho; c) As “maternidades voluntárias”, quando se trata de solteiras que decidiram conceber e educar sozinhas seu filho; também chamadas “mães solteiras voluntárias” e d) As “maternidades coabitantes”, situação particular na qual as mães solteiras decidem, com o seu coabitante, ter um filho.

Segundo Eduardo Oliveira Leite, a última categoria não se enquadraria no elenco de famílias monoparentais, pois a Constituição Federal Brasileira de 1988 se refere à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. De acordo com o texto constitucional pressupõe-se a ocorrência de um pai com o filho, ou de uma mãe com o filho. No caso em tela, há a coabitação. Se o casal (embora não casado), educa o filho conjuntamente, pode-se cogitar da hipótese de união estável, mas não mais de monoparentalidade.¹⁰⁴

Fica resguarda a hipótese de esfacelamento da convivência afetiva entre os coabitantes, ou seja, a ruptura da união, caso em que a guarda do filho menor será

¹⁰³ LEITE, 2003, p. 58.

¹⁰⁴ Leite, *Ibid.*, p. 59.

deferida a um dos genitores, mantendo-se para ambos a obrigação de fornecer assistência moral e educacional, como efeitos decorrentes do poder familiar, mesmo com a dissolução do relacionamento.

De acordo com o Censo Demográfico de 2000, havia um contingente de 86.223.155 mulheres, das quais 11.160.635 eram responsáveis pelos domicílios, correspondendo a 12,9%. A sociedade brasileira passou por profundas transformações demográficas, socioeconômicas e culturais nestes últimos 20 anos, que repercutiram intensamente nas diferentes esferas da vida familiar. As tendências que mais se destacaram quanto às formas de organização doméstica foram a redução do tamanho das famílias e o crescimento da proporção das famílias, cujas pessoas responsáveis são mulheres. Em 2000, o Censo Demográfico verificou que 24,9% dos domicílios tinham mulheres como responsáveis.¹⁰⁵

Com efeito, a distribuição regional destes domicílios reflete a distribuição geográfica da população, com seu peso mais significado na região sudeste. O nordeste apresenta maior proporção de domicílios, cuja pessoa de referência é do sexo feminino, 25,9%, seguida pela região sudeste, 25,6%. No caso do nordeste, deve-se considerar além das mudanças recentes de âmbito cultural, a intensidade da migração nordestina masculina ocorrida nas últimas décadas e seus padrões diferenciados por gênero. Nos municípios das capitais, a proporção de mulheres responsáveis é bem mais elevada do que a média nacional, variando de 23,4% em Palmas a 38,2% em Porto Alegre. Portanto, Porto Alegre se destaca com a maior proporção de domicílios com responsáveis mulheres. É importante ressaltar que a expectativa de vida no Estado do Rio Grande do Sul é das mais altas do país, em torno de 74 anos, o que poderia ser considerada uma das causas principais para o alto percentual encontrado.¹⁰⁶

No atual contexto brasileiro, verifica-se que a emancipação das mulheres, sua maior independência financeira, condições de acesso ao mercado de trabalho, um elevado grau de escolaridade e o reconhecimento jurídico da igualdade entre homens e mulheres são fatores que constituem os primeiros passos para a isonomia

¹⁰⁵ Fonte: Instituto Brasileiro de Demografia e Estatística – IBGE, Censo Demográfico de 2000, p. 10.

¹⁰⁶ Fonte: Instituto Brasileiro de Demografia e Estatística, *Ibid*, 2000, p. 11.

de direitos e de tratamento entre os indivíduos na sociedade. Nessa trilha, o fato de uma mãe criar, proteger e educar sua prole não caracteriza mais a figura de “vítima do desamparo”, vigente em meados do século passado, pois agora, configura muito mais uma opção, uma livre escolha da mulher exercer a maternidade.

É possível a perfectibilização da monoparentalidade nos casos de *adoção*. A adoção é tratada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente nos arts. 39 a 52. No Código Civil de 2002, a matéria é disciplinada nos arts. 1618¹⁰⁷ a 1629.

Convém ressaltar, que não há qualquer restrição quanto ao estado civil do adotante. A adoção pode ser concedida à pessoa solteira, separada judicialmente ou viúva e ainda, pode ser singular ou conjunta. No caso de adoção conjunta a responsabilidade pelo exercício do poder familiar incumbirá ao casal integrante da família.

No que respeita aos conviventes homossexuais, já há julgados reconhecendo a possibilidade de adoção, isto é, conferindo-lhes o direito de adotar conjuntamente. Da mesma forma, o indivíduo homossexual poderá adotar, não se admitindo nenhuma espécie de discriminação.¹⁰⁸

As normas do Estatuto da Criança e do Adolescente, em matéria de adoção, têm aplicabilidade quando não conflitarem com as normas introduzidas pelo Código Civil de 2002. A adoção regulada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente destina-se aos menores de 18 anos, até a data do pedido, salvo se o adotando já estiver sob guarda ou tutela dos adotantes. Com o objetivo de aproximar a adoção tanto quanto possível da natureza, o atual Código Civil Brasileiro prevê que o

¹⁰⁷ Art. 1.618 do Código Civil de 2002. “Só a pessoa maior de 18 (dezoito) anos pode adotar”.

Parágrafo único. “A adoção por ambos os cônjuges ou companheiros poderá ser formalizada, desde que um deles tenha completado 18 (dezoito) anos de idade, comprovada a estabilidade da família”.

¹⁰⁸ Este tema será tratado no capítulo 2.5 – Uniões Homoafetivas: da realidade fática à esfera jurídica.

Confirmando o entendimento exposto, há recentes julgamentos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, reconhecendo, por decisão unânime, a existência de entidade familiar em união entre homossexuais e concedendo a possibilidade de adoção a seus integrantes. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70013801592. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em: 05 abr. 2006). Para maiores esclarecimentos ver: (RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001).

adotante há de ser pelo menos 16 (dezesesseis) anos mais velho que o adotado.(art. 1.619, CCB/2002).¹⁰⁹

Desta feita, por se tratar de um fenômeno social, há inúmeras motivações ensejadoras da escolha da adoção, como forma de constituir uma entidade familiar. Dentre elas, destaca-se o fato de as pessoas não terem condições de procriar em razão, por exemplo, de disfunções biológicas ou, ainda, o que é perfeitamente sustentável, pelo simples intuito de integrar um indivíduo no ambiente de uma família. Evidentemente, em quaisquer dessas situações, havendo somente a figura paterna ou materna na direção do núcleo, terá origem à família monoparental.

No que tange à viuvez como fator desencadeador de monoparentalidade, Eduardo Oliveira Leite¹¹⁰ refere:

Na sua expressiva maioria, as viúvas pertencem a uma geração na qual a identidade social da mulher se elaborava a partir da esfera doméstica e não da esfera profissional. O trabalho fora do lar era considerado há 30 (trinta) anos atrás uma situação excepcional, mal-vista não só no interior do grupo familiar como também pela comunidade circunvizinha. Igualmente, estas mulheres, preparadas para a reprodução e para o lar, não se preocupavam em adquirir melhores conhecimentos, seu grau de instrução limitava-se – quando ocorria – ao primeiro grau.

A partir do momento em que a mulher ingressa no mercado de trabalho, começa a trazer a sua colaboração econômica para o lar, desempenha uma atividade laboral, tem uma formação educacional e profissional e administra seus bens e interesses, altera-se o papel que exercia no ambiente familiar. Com o reconhecimento da igualdade entre os cônjuges, as tarefas relacionadas à organização da família passaram a ser desempenhadas conjuntamente, responsabilizando-se ambos pela guarda, sustento e educação dos filhos.

Nessas circunstâncias, havendo a dissolução do vínculo conjugal, por ocasião da morte de um dos cônjuges, o viúvo ou a viúva dará continuidade à família com os filhos. No caso de o cônjuge sobrevivente ser a mulher, esta viúva não

¹⁰⁹ Art. 1.619 do Código Civil de 2002. “O adotante há de ser pelo menos 16 (dezesesseis) anos mais velho que o adotado”.

¹¹⁰ LEITE, 2003, p. 60.

enfrentará as mesmas dificuldades do passado, pois terá condições de manter a unidade e o sustento da família, agora denominada monoparental.

As entidades monoparentais nascidas a partir de quaisquer das circunstâncias supramencionadas, por constituírem núcleos de desenvolvimento da personalidade e de preservação da dignidade do ser humano, merecem especial tutela do Estado, no sentido de proporcionar-se o acesso à educação, à cultura e à formação profissional do indivíduo, além da inserção em projetos assistenciais e mecanismos de coibição da violência no centro destas famílias.

Esse modelo familiar assentado na monoparentalidade pode tornar-se um núcleo familiar biparental, por meio de uma nova união do membro remanescente, visando à construção de novos vínculos afetivos e à reestruturação de sua vida, originando uma outra entidade denominada família reconstituída.

3.3 Famílias Reconstituídas

Do mesmo modo que o ordenamento jurídico reconhece múltiplas formas de constituição e desfazimento de famílias, também contempla, nessa hipótese, a possibilidade de sua recomposição.

Verificando-se quaisquer das situações de desconstituição da relação, seja por separação, divórcio, dissolução de uniões ou pelo óbito de um dos partícipes das famílias, abre-se a faculdade de sua reconstrução.¹¹¹

As famílias reconstituídas classificam-se como as entidades familiares estruturadas a partir de um novo casamento ou nova união, após a ruptura dos vínculos precedentes. Nesse modelo de família, torna-se necessária a presença de

¹¹¹ Nas palavras de Elisabeth Roudinesco: “[...] atualmente a família é reivindicada como o único valor seguro ao qual ninguém quer renunciar. Ela é amada, sonhada e desejada por homens, mulheres e crianças de todas as idades, de todas as orientações sexuais e de todas as condições”. (ROUDINESCO, 2003, p. 198).

filiação, esta pode ser de apenas um dos integrantes do novo casal ou de ambos, mas deve ser fruto de relacionamento afetivo preexistente.

Para a compreensão das famílias recompostas pode-se dizer que são os laços familiares compartilhados com um padrasto ou uma madrasta¹¹². Ou, ainda, é a forma familiar na qual um dos filhos de uma união anterior de um dos cônjuges ou companheiros reside conjuntamente.

Na configuração das famílias reconstituídas são considerados os novos vínculos familiares estabelecidos entre pais ou mães solteiros, separados judicialmente, divorciados e viúvos. Nesta qualificação estão excluídas as relações em que não se constate a existência de filhos do cônjuge ou companheiro, pois a relação entabulada entre o padrasto ou madrasta e a prole do outro é o cerne que marca os contornos deste novo modelo de organismo familiar.

Contemplado o pluralismo na constituição das famílias e a não sujeição ao tradicional padrão jurídico de moldura familiar, é possível pensar uma nova dimensão para as relações humanas familiares, quando indivíduos decidem reerguer a família, acolher a diversidade de origens e de laços interpessoais e dar ensejo ao nascimento de uma outra estrutura familiar complexa.

As famílias reconstituídas, constelações familiares manifestadas em uniões sucessivas que envolvem um dos pais, padrastos ou madrastas, avós, irmãos, meio-irmãos, quase-irmãos e irmãs, permaneceram por muito tempo como invisíveis na França¹¹³ e na maioria dos países europeus. No final dos anos oitenta se falava pouco ainda sobre elas ou se ignorava seu nome. Não se sabia como nomeá-las e quase nenhuma pesquisa nas ciências humanas nos países de língua francesa lhe

¹¹² No estudo inicial das famílias reconstituídas serão feitas referências às expressões padrasto, madrasta e enteado. Posteriormente, seguir-se-á com a terminologia mais apropriada para denominar os partícipes das famílias recompostas: pai afim (padrasto), mãe afim (madrasta) e filho afim (enteado).

¹¹³ Na obra *Dérisée*, vislumbra-se a concepção de Napoleão Bonaparte sobre a formação da família, de acordo com quem “só no casamento uma mulher poderia encontrar o sentido da sua vida”. Essas considerações retratam o pensamento vigente no início do século XIX, na França e a importância conferida à família sacralizada pelo matrimônio, além do espaço privado do lar reservado à mulher. Assim, não havia lugar para o reconhecimento de outras formas de vida familiar. Como o Código Civil Francês de 1804 serviu de inspiração para a codificação civil brasileira de 1916, explica-se a superioridade atribuída ao casamento em detrimento de outros núcleos familiares, até então não considerados famílias perante o ordenamento jurídico. (SELINKO, 1956, p. 126).

fazia menção. Com o passar de alguns anos essa situação melhorou, pois as famílias reconstituídas tornaram-se uma realidade importante em todas as sociedades ocidentais. Com efeito, essas sociedades, por suas diferenças sócio-políticas e culturais, estão confrontadas às mesmas mutações e às mesmas interrogações fundamentais.¹¹⁴

As famílias reconstituídas não são apenas configurações de um tipo particular. Elas adquirem sentido somente quando situadas no tempo das biografias individuais e familiares. Elas põem em profundidade a questão dos indicativos que podem dar inteligibilidade e significação no vínculo familiar contemporâneo, confrontada a sua própria transformação no curso de trajetórias cada vez mais complexas.¹¹⁵

A família reconstituída por envolver a união de duas ou mais entidades familiares, apresenta particularidades relacionadas aos propósitos do novo casal em compartilhar a nova relação, ao número de filhos, que podem ser crianças ou adolescentes de diversos níveis educacionais, econômicos e culturais e, portanto, produzirá a conexão destes indivíduos na medida em que circulam novas orientações tendentes à conservação desta nova família.

De acordo com situação fática, os integrantes de uma família em construção podem sentir os obstáculos decorrentes da diferença de circunstâncias individuais, temporais, sociais e culturais e ainda, ligadas ao exercício do poder parental. Estipulam-se novos parâmetros, conjugando-se regras consolidadas a novos comportamentos, com a finalidade de minimizar os impactos da estruturação deste

¹¹⁴ No original: Les familles recomposées, ces constellations familiales issues d'unions successives qui rassemblent parents, beaux-parents, grands-parents, "beaux-grands-parents", frères, demi-frères et "quasi" frères et soeurs, sont demeurées longtemps comme invisibles en France et dans la plupart des pays européens. À la fin des années quatre-vingts encore, on en parlait peu, on ignorait leur nombre, on ne savait comment les nommer, et quasiment aucune recherche en sciences humaines ne leur avait été consacrée dans les pays francophones. En effet, toutes les sociétés occidentales, par delà leurs différences socio-politiques et culturelles, sont aujourd'hui confrontées aux mêmes mutations, aux mêmes interrogations fondamentales. (MEULDERS-KLEIN, Marie-Thérèse; THÉRY, Irène. Quels repères pour les familles recomposées?: une approche pluridisciplinaire internationale. COLLOQUE INTERNATIONAL QUELS REPÈRES POUR LES FAMILLES RECOMPOSÉES?; 1; 1993; Paris. Paris: L.G.D.J., 1995, p. 7).

¹¹⁵ No original: Les familles recomposées ne sont pas seulement des configurations d'un type particulier. Parce qu'elles ne prennent sens que situées dans le temps des biographies individuelles et familiales, elles posent en profondeur la question des repères qui peuvent rendre intelligible et signifiant le lien familial contemporain, confronté à sa propre transformation au cours de trajectoires de plus en plus complexes. MEULDERS-KLEIN, Ibid., p. 8.

novo vínculo afetivo e permitir a edificação de caracteres próprios e exclusivos do grupo familiar.

No que concerne à definição dessa modalidade de arranjo familiar, optou-se em denominá-las *famílias reconstituídas*, enquanto a expressão for mais corrente na doutrina jurídica, já que significa constituir uma família, constituir o estado de casado, no sentido de ser a base de uma nova família por dissolução de um núcleo anterior. O prefixo *re*, embora possa sugerir a repetição da família precedente, significa, antes, uma mudança de estado, o que, evidentemente, não é o mesmo que estabelecer outra vez a situação prévia, uma vez que novos membros a ela se integram.¹¹⁶

No estudo de uma terminologia apropriada para denominar os partícipes das famílias reconstituídas, uma das dificuldades enfrentadas relaciona-se com as figuras do padrasto/madrasta, até então, vistos como seres indesejáveis, negativos e cruéis. Desde os contos infantis sempre foi transmitida uma percepção negativa dessas figuras.

Surge a dúvida frente a este panorama: seguir-se ou não com as denominações de padrasto e madrastra? Segundo Cecilia Grosman e Irene Martinez Alcorta¹¹⁷:

És indudable que crear una nueva imagen de la denominación padrasto/madrastra en la conciencia social representa una tarea muy ardua porque no es fácil cambiar retratos acuñados en la mente de la gente. Por eso nos inclinamos por imaginar una nueva designación que simbolice esta relación familiar. El afán por crear un nombre especial ya se ha evidenciado en expresiones como “padres sociológico”, “padres de acogida”. No es fácil, y después de mucho meditar hemos recogido la propuesta formulada en una reunión científica que se ocupó del tema y rebautizamos a estas figuras como “madre afín”, en lugar de “madrasta”, “padre afín”, em vez de “padrasto”, e “hijo afín” por “hijastro”.

¹¹⁶ GRISARD FILHO, Waldyr. Famílias reconstituídas: novas relações depois das separações. Parentesco e autoridade parental. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 661.

¹¹⁷ GROSMAN, Cecilia; ALCORTA, Irene Martínez. **Familias ensambladas**: Nuevas uniones después Del divorcio. Ley y creencias, problemas y soluciones legales. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2000, p. 43).

Na família originária, os componentes possuem uma designação própria como pai, mãe, irmãos, avós, tios, primos, sobrinhos, etc. No círculo das entidades familiares reconstituídas, essas figuras multiplicam-se, no sentido de que se agregam novos indivíduos ao convívio cotidiano da família. As relações no âmbito da filiação terão como referência natural a mãe e o pai, independentemente de quem deixar o lar conjugal e desde que mantenha os laços afetivos com a prole. Não obstante a necessidade de absorver o fim do relacionamento entre os pais, os filhos deverão conviver com um estranho, o novo cônjuge ou companheiro do pai ou mãe.

Em conformidade com as atuais tendências em matéria de Família este novo partícipe das relações familiares pode ser denominado pai ou mãe afim. As disposições do artigo 1.595 do Código Civil de 2002 prevêm que cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade. Em razão do parentesco legal e por tratar-se de um novo núcleo familiar, a redesignação de seus integrantes como pai afim para padrasto (o marido ou companheiro da mãe), de mãe afim para madrasta (a esposa ou companheira do pai) e de filho ou filha afim para enteado ou enteada (o filho ou a filha do cônjuge ou companheiro) mostrou-se coerente e adequada.

Na sociedade atual, jurídica e culturalmente assume-se a possibilidade de se desfazer as uniões. Após a desconstituição, esses vínculos familiares podem seguir surtindo efeitos jurídicos tais como: o dever de alimentos, o exercício do poder familiar e guarda dos filhos. As uniões podem ser feitas e desfeitas. Logo depois da separação, forma-se uma minifamília, a família monoparental, que conforma uma história particular, com regras, em parte, trazidas da família anterior. O respeito a essas regras faz com que o começo e o desenvolvimento da família reconstituída sejam muito diferentes daqueles de uma família originária. Muito embora cumpram as mesmas funções dessas famílias, como a socialização dos filhos, o auxílio material, a proteção e a educação, a afetividade e a solidariedade, as famílias reconstituídas apresentam características próprias distintas daquelas.¹¹⁸

¹¹⁸ GRISARD FILHO, 2004, p. 662.

Quanto aos fatores que incidem na construção do papel do pai afim ou mãe afim, Cecilia Grosman e Irene Martinez Alcorta¹¹⁹ elucidam:

En el campo psico-social se destaca que el rol y la labor educativa que pueda desarrollar el cónyuge o conviviente con relación a los hijos del otro depende de una serie de factores, entre los cuales se ha señalado a las condiciones socio-económicas de la familia como un dato relevante. Estudios realizados han demostrado que en los sectores socio-económicos de menores recursos y nivel educativo, el padre afín se implica con mayor intensidad en la educación de sus hijos afines y esta amplitud de la relación se conecta con la debilidad de contacto con el progenitor no conviviente.

En cambio, cuando se trata de padres afines con mayores ingresos y nivel cultural, el progenitor no conviviente preserva en mayor medida su función educativa y la nueva pareja conyugal sólo funciona como pareja parental respecto de su propia descendencia. Es decir, el eje de estas familias es la pareja más que los hijos.

Incluso, a veces, en estas familias se crean territorios separados. Cada uno se ocupa de sus hijos. Los hijos de uno y otro no comparten las mismas habitaciones, las salidas de fin de semana o las vacaciones se organizan de manera separada. Para evitar desencuentros se respetan y separan los lazos familiares. En suma, se mantienen diversos núcleos familiares que si bien tienen puntos en común no funcionan como una unidad.

En este tipo de organización el padre/madre afín tiene poco lugar para ejercer alguna función respecto del hijo de su pareja, salvo en el supuesto de una ausencia prolongada. Aparece aquí, con frecuencia, la coexistencia de varios sistemas de autoridad. Por ejemplo, uno conducido por la madre respecto de sus hijos propios, otro de su nueva pareja con sus hijos de la unión anterior y un tercero de la madre y el padre sobre los hijos comunes.

Com a finalidade de compreender as diversas atitudes adotadas pelos integrantes de várias configurações familiares, bem como apreender o olhar de cada um dos envolvidos, seus pontos de vista e seus sentimentos acerca do modo como se desenvolve o processo de recomposição familiar, torna-se relevante avaliar o nível cultural e econômico, no qual se dá a construção dos novos vínculos familiares.

Nesse sentido, Cecilia Grosman e Irene Martinez Alcorta¹²⁰ confirmam que o modelo de recomposição familiar está ligado ao nível cultural e econômico, ainda quando intervêm outros fatores como a idade e a duração da seqüência de monoparentalidade. Neste sentido, pode-se observar que a organização familiar e o papel do par do genitor dependem do momento do ciclo família, isto é, modificam-se com o transcurso do tempo pela idade dos filhos, as mudanças nas relações com o genitor não convivente ou a chegada de um novo filho. A idade aparece como um

¹¹⁹ GROSMAN; ALCORTA, 2000, p. 169-170.

¹²⁰ GROSMAN; ALCORTA, *Ibid.*, p. 171-172.

fator relevante no grau de aceitação do cônjuge ou convivente do genitor. Será maior nas crianças de tenra idade e, por outro lado, se são adolescentes existem maiores dificuldades para admitir regras de disciplina, limitações e atos de autoridade.¹²¹

Há situações em que o relacionamento com o pai ou mãe afim, em um primeiro momento, mostra-se limitado e restrito, mas com o passar do tempo, a natureza dessas relações poderá apresentar mudanças. Na trajetória de vida em comum, a nova organização familiar vai se estruturando e, por conseqüência, a figura de autoridade do cônjuge ou companheiro do genitor e a imposição de regras ou limites tornam-se bem recebidas.

Com o fim de esclarecer alguns aspectos do poder familiar, temos a contribuição de Pietro Perlingieri¹²²:

O esquema do pátrio-poder, visto como poder-sujeição, está em crise, porque não há dúvidas de que, em uma concepção de igualdade, participativa e democrática da comunidade familiar, a sujeição, entendida tradicionalmente, não pode continuar a realizar o mesmo papel. A relação educativa não é mais entre um sujeito e um objeto, mas uma correlação de pessoas, onde não é possível conceber um sujeito subjugado a outro.

¹²¹ A palavra "autoridade" origina-se da expressão latina *auctoritas* e significa: Cumprimento; realização; consumação. 2. Instigação, exemplo. 3. Garantia; caução; fiança; compra afiançada pelo vendedor; responsabilidade; obrigação. 4. Voto emitido em primeiro lugar; opinião dominante; conselho; parecer. 5. Qualidade de vendedor; posse legítima; posse. 6. Direito de propriedade; poder; jurisdição. 7. Testemunho; aprovação. 8. Crédito; confiança. 9. Vontade; desejo. 10. Resolução; decreto; sentença. 11. Consideração; estima; respeito; importância; valor. 12. Aquilo que tem autoridade ou constitui prova; o que serve de modelo. (TORRINHA, Francisco. **Dicionário latino-português**. Porto: Gráficos reunidos, 1942, p. 88).

No tema proposto para estudo - famílias reconstituídas -, a palavra autoridade significa exemplo, instigação, consideração, estima, respeito e importância. Nesse sentido, ao genitor, conjuntamente com o pai ou mãe afim, cumpre as funções de ensinar aos filhos, o respeito e à consideração aos semelhantes, promover sua participação ativa e responsável nos destinos da própria existência e na vida dos demais integrantes do núcleo familiar. Ainda, o exercício da autoridade compreende ensinar a ampliar as aptidões, fazer crescer as capacidades latentes e incentivar o desenvolvimento das potencialidades dos filhos (biológicos ou adotivos) nas tarefas do cotidiano da família, proporcionando a fundação de um novo lar centrado em laços de afetividade. A autoridade é demonstrada pelo exercício e pelos exemplos a todos os seres humanos que vivem em família.

É importante esclarecer que a autoridade não se confunde com o autoritarismo. A autoridade de uma pessoa é conferida pelos outros, em razão do respeito às suas idéias, palavras e ações. A autoridade não é imposta, mas adquirida, conquistada.

O autoritarismo, por sua vez, torna o ambiente familiar ou profissional desagradável. O autoritarismo conduz a comportamentos arbitrários, opressivos, prepotentes, que causam desestímulo e insegurança nos demais indivíduos que convivem o ser arbitrário. No autoritarismo, há excesso no exercício da autoridade que lhe foi investida.

¹²² PERLINGIERI, 2002, p. 258.

Atualmente, sabe-se que durante o casamento e a união estável, ambos os pais devem exercer o poder familiar¹²³ em um ambiente de compreensão, entendimento e respeito. Na hipótese de falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

Os pais não são privados do exercício do poder familiar com a separação judicial ou o divórcio, salvo nas hipóteses previstas nos artigos 1.635, 1.637 e 1.638 da atual codificação civil brasileira¹²⁴. O poder familiar decorre da paternidade e da filiação e não do casamento, tanto que o mais recente Código Civil Brasileiro se reporta também à união estável. Nos termos do artigo 1.632 do Código Civil de 2002, “a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos”.

Um dos deveres ou atributos do poder familiar é a guarda dos filhos menores. A classificação da guarda dos filhos é a seguinte: unilateral¹²⁵, alternada¹²⁶ ou

¹²³ O poder familiar compreende os deveres de criação, guarda, companhia, vigilância, educação, assistência e representação dos filhos, nos termos do artigo 1.634 do Código Civil de 2002.

¹²⁴ Art. 1.635 do Código Civil de 2002. Extingue-se o poder familiar:

I – pela morte dos pais ou do filho; II – pela emancipação, nos termos do artigo 5º, parágrafo único; III – pela maioridade; IV – pela adoção; V – por decisão judicial, na forma do art. 1.638.

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a 2 (dois) anos de prisão.

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I – castigar imoderadamente o filho; II – deixar o filho em abandono; III – praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV – incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

¹²⁵ “A guarda unilateral pode decorrer da separação de fática, judicial ou do divórcio dos pais; como pode advir do abandono de um ou de ambos os genitores, do falecimento de um genitor e também por consequência da paternidade ou maternidade não revelada”. (MADALENO, Rolf Hanssen. A guarda compartilha pela ótica dos direitos fundamentais. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). **Direitos fundamentais do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 343). Nos termos do artigo 1.584 do CCB/2002, decretada a separação judicial, o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la. Tal disposição também aplica-se nos casos de dissolução de união estável.

¹²⁶ “A guarda alternada tem sua verdadeira gênese no direito de visitas, quanto ajustam os pais, ou sentença judicial determina que os filhos fiquem na posse física de um dos genitores, garantindo ao outro um período próprio de visitação, normalmente em finais de semana intercalados, acrescidos de um ou mais dias de visitas durante a semana, alternando sua estadia na casa dos pais, de acordo com o calendário de visitas ajustado por acordo, ou ordenado por sentença. Nessa regulamentação também ingressam datas festivas, como o dia de Natal, o período da Páscoa, o Dias dos Pais, das Mães e o Ano Novo, afora os períodos das férias escolares de inverno e de verão dos filhos”. (MADALENO, 2004, p. 350).

compartilhada¹²⁷. É certo que o cônjuge que não detém a guarda tem, na prática, as forças do poder familiar enfraquecidas. O cônjuge, no entanto, nessa situação, pode recorrer ao Poder Judiciário quando entender que o exercício direto do poder familiar pelo guardião não está sendo conveniente. Aplica-se a mesma conclusão às uniões sem casamento.

A respeito do poder familiar, Luiz Edson Fachin¹²⁸ esclarece que “os filhos não são (nem poderiam ser) objeto da autoridade parental. Em verdade, constituem um dos sujeitos da relação derivada da autoridade parental, mas não sujeitos passivos, e sim no sentido de serem destinatários do exercício deste direito subjetivo, na modalidade de uma dupla realização de interesses do filho e dos pais”.

Especificamente quanto ao poder familiar nas famílias recompostas, o artigo 1.636 do CC/2002: estabelece:

O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro.

Parágrafo único. Igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteiros que casarem ou estabelecerem união estável.

Essa disposição normativa garante o exercício do poder familiar por parte daquela pessoa que, tendo filiação anterior, resolve construir uma nova família. Em contrapartida, para aquele indivíduo que se encontra na figura de partícipe da construção desse novo vínculo familiar novos desafios são impostos, haja vista a necessidade de uma aceitação e de um constante entrosamento com a prole anterior do cônjuge ou companheiro.

A partir de tais balizamentos, constata-se que o exercício do poder familiar, o desenvolvimento pessoal e a própria unidade da nova família enfrentarão algumas

¹²⁷ Segundo Waldyr Grisard Filho “a guarda conjunta ou compartilhada é um dos meios de exercício da autoridade parental, que os pais desejam continuar exercendo em comum quando fragmentada a família. [...] é um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal”. (GRISARD, Waldyr. **Guarda Compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 111).

¹²⁸ FACHIN, 2003, p. 244.

dificuldades, pois há outra realidade, onde os componentes de núcleos familiares anteriores vêm carregados de bagagens, provenientes não somente de sua família de origem, como também dos vínculos conjugais precedentes, isto é, histórias, experiências de vida, crenças, tradições, sentimentos, convicções religiosas e modelos educativos.

Ressalte-se, sobre a unidade da família, o entendimento de Pietro Perlingieri¹²⁹:

A unidade da família tem um sentido amplo, tem um papel também extramatrimonial: ela se concretiza não somente na constância do casamento, mas também em formas diversas, na hipótese de dissolução do casamento ou de separação pessoal. [...]

A unidade tem uma própria relevância seja no momento fisiológico seja naquele patológico da vida familiar, isto é, enquanto existir uma comunidade, ainda que materialmente separada (a comunhão entre os cônjuges é “material e espiritual”), que deve prosseguir a função à qual é destinada (o desenvolvimento da personalidade dos componentes que ficaram unidos), ainda que de forma reduzida. [...]

A comunidade familiar mostra-se, nessa ótica, como um conjunto de relações jurídicas mesmo depois de sua dissolução.

No espaço em que há a integração de indivíduos em famílias recompostas, não se pode esquecer a possibilidade de a circunstância envolver crianças, as quais em determinado momento de sua vida, em face da nova organização familiar, experimentarão distintos padrões de conduta e critérios disciplinares que podem ensejar grandes mudanças de comportamento.

Desse modo, na formação do novo arranjo familiar, os pais ou mães afins deverão tentar compartilhar ou auxiliar-se no exercício do poder familiar. O obstáculo que, porventura, se apresente pode ser plenamente superado pelo decurso do tempo, o que permitirá a acomodação da família e a aquisição de sua identidade própria.

No período de constituição da família recomposta, tem-se o tempo como um elemento essencial, a partir do qual se aprimorará a comunicação entre os

¹²⁹ PERLINGIERI, 2002, p.250-252.

componentes do núcleo familiar, mediante o desenvolvimento de novos hábitos, rotinas e rituais.

Nesse processo do grupo familiar, adquire maior importância a presença de filiação, principalmente, quando se trata da construção da família por parte da mulher. Na decisão em estruturar ou não uma nova entidade familiar, a mulher aquilata as futuras condições de convivência e as possibilidades de entendimento entre o(s) filho(s) do relacionamento precedente com o futuro pai afim, buscando preservar ao máximo os interesses da prole.

Embora, constantemente, presentes na realidade familiar brasileira, as famílias reconstituídas ainda não são objeto de regulamentação específica pelo Direito de Família, que não concede ao pai ou à mãe afim direitos e deveres, isto é, parâmetros legais a orientar o comportamento desses indivíduos e propiciar a estabilidade do ambiente familiar recomposto. No contexto de uma sociedade em expansão, não pode a composição de novos vínculos afetivos e à reestruturação de da vida familiar permanecerem sem o resguardo da lei.

No estudo de tais questões, Waldyr Grisard Filho argumenta sobre a importância de a lei e o discurso judiciário reconhecerem realidade de uma convivência, que gera relações de cotidianidade, fonte de direitos e responsabilidades em relação à socialização, à assistência material e emocional, à educação dos filhos que vivem nessas famílias. O conteúdo das relações entre um cônjuge ou companheiro e os filhos do outro deve resultar desde a lei para orientar as expectativas dos integrantes dessas famílias, mediante normas que constituam referências institucionais, transformando as figuras dos pais afins, silenciadas pela própria lei, em figuras positivamente integrantes de famílias, sem oposições ou omissões.¹³⁰

Releva ressaltar que cada pessoa integrante do núcleo familiar anterior tem um comportamento próprio, concepções adquiridas ao longo do convívio com os demais componentes de sua família originária. Além disso, traz consigo uma

¹³⁰ GRISARD FILHO, 2004, p. 672.

personalidade formada com base nos vínculos construídos com seus pais, irmãos e demais parentes. Há memórias, histórias de vida e experiências que devem ser preservadas ao máximo e na medida em que uma nova etapa nas relações de coexistência é compartilhada, novos costumes, culturas, laços e sentimentos são internalizados. Com novos protagonistas e coadjuvantes reconstrói-se a família.

Na busca da compreensão das peculiaridades que cercam a diversidade de estruturas familiares, vê-se a necessidade de continuar o elenco das famílias. Para cumprir esta missão, serão trazidas algumas noções acerca do tratamento jurídico conferido aos outros modelos de arranjos familiares.

Aceito o direito à livre escolha na formação de vínculos afetivos e familiares, impõe-se compreender os formatos de famílias constituídas faticamente, por não revestidas das formalidades próprias do modelo tradicional, fundado no matrimônio.

São várias as razões ensejadoras da opção por constituir famílias de fato, que vão desde motivações ideológicas, econômicas, religiosas, culturais, até mesmo a singela aversão a submeter-se aos regramentos e formalidades que o casamento encerra. Nesse contexto, as famílias de fato são formadas sob o influxo de razões muito particulares do indivíduo, de modo que essa opção cumpre com uma finalidade que lhe é própria e satisfaz, ao seu modo, seus interesses e necessidades.

A partir do momento em que considerarmos a família como um espaço dinâmico de relações afetivas, veremos que sua importância está antes das normas que determinam sobre as formalidades de um casamento, por exemplo. É preciso não confundir família com casamento, incorrendo no equívoco daqueles que afirmam que esta é constituída, quando na realidade este é apenas uma das formas de sua constituição. Assim, o legislador constituinte parece ter entendido tais noções, positivando aquilo que já era costume e, principalmente, ampliando o conceito de família, deixando claro que ela não se constitui somente pelo casamento, mas também por meio de uniões estáveis e de comunidades formadas por qualquer dos

pais e seus descendentes (artigo 226, CF/88).¹³¹

Note-se que a mutação da idéia de família e as transformações ocorridas factualmente e sedimentadas na sociedade, aos poucos foram integrando o universo jurídico e recebendo a especial tutela do Estado.

Entre os diversos moldes familiares estabelece-se uma relação de diferença, não de proeminência. Os modelos de família são iguais em dignidade e fundamentos (afetividade, respeito, solidariedade, cooperação) que, com mais ou menos intensidade, coexistem na sociedade brasileira contemporânea.

Em sistematizações e articulações de idéias sobre a família no viver cotidiano, Heloisa Szymanski ¹³² escreve:

O mundo familiar mostra-se numa vibrante variedade de formas de organização, com crenças, valores e práticas desenvolvidas na busca de soluções para as vicissitudes que a vida vai trazendo. Desconsiderar isso é ter a vã pretensão de colocar essa multiplicidade de manifestações sob a camisa-de-força de uma única forma de emocionar, interpretar, comunicar.

Houve uma completa reformulação no reconhecimento jurídico da família. As entidades familiares continuam imprescindíveis para o desenvolvimento da sociedade e fundam-se em valores e princípios diversos daqueles outrora alicerçadores da família tradicional. Com o acolhimento da isonomia entre as várias formas escolhidas para a composição de famílias e a proteção ao ser humano por ser merecedor de respeito e consideração, bem como e os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade humana, as relações familiares passaram a ser direcionadas ao pleno crescimento pessoal de cada integrante.

Com isso, a família não pode mais ser deduzida de uma única realidade familiar, isto é, de uma estrutura formada por pai, mãe e filhos, preferencialmente convivendo em um mesmo lar e legitimada pelo casamento, mas como um ambiente

¹³¹ PEREIRA, R. C., 2004a, p. 12.

¹³² SZYMANSKI, Heloisa. Teorias e "teorias" de famílias. In: CARVALHO, Maria do Carmo Brant de. (Org.) **A família contemporânea em debate**. São Paulo: Cortez, 2002, p. 27.

que abrange múltiplas origens e propício ao desenvolvimento de um projeto de vida comum, calcada em ideais de solidariedade, união e afeto.

Dentro dessa perspectiva, não se pode deixar de reconhecer e examinar outros organismos familiares, fontes de uma vida familiar saudável onde prevalecem os sentimentos de afeição.

3.4 Famílias Nascidas a partir de Uniões Estáveis

Basicamente, houve o acolhimento da união estável como uma entidade familiar¹³³ com a Constituição Federal de 1988¹³⁴, como uma forma alternativa ao casamento, caracterizada pela manifestação da liberdade dos companheiros em viver juntos, estabelecendo uma estreita comunhão de vida e de interesses.¹³⁵

A Lei n.º 8.971/94 é uma das primeiras leis especiais a tratar do tema da união estável e estabelecia que a companheira comprovada de homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos ou dele tenha prole poderia valer-se do disposto na Lei n.º 5.478/68 (dispõe sobre Ação de Alimentos e dá outras providências), enquanto não constituísse nova união e desde que provasse a necessidade (art. 1º).

A quadripartição “homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo”, prevista no mencionado dispositivo, levava em conta a possibilidade de

¹³³ Rodrigo da Cunha Pereira propõe o seguinte questionamento: “Entidade familiar, o que é?” Para o autor a expressão “entidade familiar” trazida pela Constituição Federal de 1988 vem designar aquilo que é família. Percebe-se uma certa timidez nessa designação. É como se não se pudesse dizer que a união estável é também uma das formas de constituição de família. Diz-se, então, *entidade familiar*. Mas o que é isso a não ser família? Certamente o legislador constituinte não veio dizer que esta é uma forma menor de família. O artigo 1º da Lei n.º 8.971/94 clareou e demarcou um pouco esses conceitos, ao estabelecer o prazo de cinco anos como se fosse um período aquisitivo, condição para a existência desse tipo de família. (PEREIRA, R. C., 2004a, p. 73).

¹³⁴ Art. 226 da Constituição Federal de 1988. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado:

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

¹³⁵ A expressão “união estável” foi escolhida pela Constituição Federal de 1988, substituindo o sentido preconceituoso e moralizador da expressão concubinato. Por fim, a união estável passou a receber *status* de família no Direito Brasileiro em 1988, mas esse fato foi antecedido por uma vasta construção jurisprudencial que teve o efeito de preparar e fixar as bases para o reconhecimento jurídico. (BRAUNER, 2004, p. 265-266).

converter a união estável em casamento, porque senão, diria apenas “a companheira comprovada de homem”. Está excluído o homem casado.¹³⁶ Do comportamento do legislador, demonstra-se a preocupação do ordenamento jurídico em coibir a prática da bigamia em relação a este novo perfil familiar.

Posteriormente, a Lei n. 9.278/96 propôs-se à regulamentação do § 3º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, tratando expressamente da união estável, a partir da referência do texto constitucional, reconhecendo tal união como duradoura, pública e contínua, com o objetivo de constituição da família. Tal lei trouxe a definição de união estável e incluiu os separados de fato entre seus beneficiários, estabelecendo direito e deveres semelhantes aos do casamento.¹³⁷

A entidade familiar denominada união estável nasce do relacionamento afetivo-amoroso entre homem e mulher, não adulterino, não incestuoso, notório, estável, durável, visando à constituição de uma família. Não é exigida a existência de filhos, a coabitação e a construção patrimonial em comum para a configuração deste modelo familiar.¹³⁸

Importante lembrar que a existência de filhos é um elemento caracterizador importante, mas não é determinante. Ademais, no Direito brasileiro já não se toma o elemento coabitação como requisito essencial para caracterizar ou descaracterizar o instituto da união estável.¹³⁹

Na esteira da prestação de alimentos, verifica-se que o pressuposto da obrigação alimentar assenta-se em um dever ético de assistência e socorro, decorrente do vínculo familiar. É um direito fundamental, essencial à vida. De um

¹³⁶ FACHIN, 2003, p. 99.

¹³⁷ A Lei n. 9.278/96 afastou a Súmula 380 do STF: Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. Estabeleceu a presunção de participação patrimonial na formação de um condomínio representado pelos bens amealhados onerosamente na constância da união estável e também assegurou aos companheiros o direito real de habitação. Ademais, registre-se que o disposto no artigo 9º remete toda a matéria relativa à união estável à competência das Varas de Família, assegurando o segredo de justiça.

¹³⁸ A propósito da matéria, Rodrigo da Cunha Pereira refere que, embora discutíveis, no Direito pátrio e estrangeiro, podemos apontar como elementos integrantes ou caracterizadores da união estável, a durabilidade da relação, a existência de filhos, a construção patrimonial em comum, coabitação, fidelidade, notoriedade, comunhão de vida, enfim, tudo aquilo que faça a relação parecer um casamento. (PEREIRA, R. C., 2004a, p. 29).

¹³⁹ PEREIRA, Ibid., 2004a, p. 30 e 32.

princípio moral e universal decorre a obrigação jurídica que tutela os interesses familiares, reconhecendo o seu caráter de ordem pública e não apenas os interesses privados do credor, embora alicerçados em princípios de solidariedade humana. Seu caráter publicístico advém do interesse do Estado na conservação e sobrevivência das famílias, elemento essencial para a sua existência.¹⁴⁰

A união estável não é um instituto idêntico ao casamento. Não há superioridade de um sobre o outro, há algumas diferenças e semelhanças. Após a Constituição Federal, surgiu um texto normativo autorizando a concessão de alimentos aos companheiros: a Lei n.º 8.971/04. No artigo 2º da referida lei havia previsão de o companheiro sobrevivente participar da sucessão do outro. A meação dizia respeito ao patrimônio amealhado em face da colaboração de ambos os conviventes.

Com o advento da Lei n.º 9.278/96¹⁴¹ houve a substituição da expressão companheiro por convivente. Essa lei reforçou ainda mais o preceituado na lei anterior sobre a concessão de alimentos aos companheiros ou conviventes. O artigo 2º, inciso II, da Lei n.º 9.278/96 estabelecia como direitos e deveres dos conviventes a “assistência moral e material recíproca”.

No mesmo sentido, a disciplina do artigo 7º da mesma lei: “Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos”.

O Código Civil de 2002, por sua vez, recepcionou a entidade familiar fundada na união estável, fixando disciplina específica em um título. A definição de união estável prevista no artigo 1.723 da atual codificação¹⁴² é bastante similar àquela dada pelo artigo 1º, da Lei n.º 9.278/96.

¹⁴⁰ O Direito brasileiro, até o advento da Lei n.º 8.971/94, sempre negou concessão de alimentos aos companheiros. A justificativa apoiava-se em que a lei é expressa e taxativa sobre os vínculos que fazem nascer tal obrigação: parentesco e casamento. (PEREIRA, R. C., 2004a, p. 77).

¹⁴¹ Art. 1º da Lei n.º 9.278/96. É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família.

¹⁴² Art. 1.723 do Código Civil Brasileiro de 2002. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Em uma tentativa de equiparação da união estável ao casamento, o Código Civil Brasileiro de 2002 no artigo 1.724¹⁴³ dispôs acerca dos direitos e deveres dos conviventes, inovando quanto à inserção do dever de lealdade. Apesar da busca de uma disciplina equiparada à da família matrimonializada, o citado dispositivo não contempla a coabitação, ao passo que no artigo 1.566¹⁴⁴ há previsão desse dever para ambos os cônjuges, ressalvadas as hipóteses previstas no artigo 1.569.¹⁴⁵

Diversamente do casamento, no entender de Luis Felipe Brasil Santos, não possuindo a união estável natureza contratual e sendo resultante de um mero fato da vida juridicizado, revela-se sem qualquer razão a previsão em lei de deveres a ele inerentes. Outrossim, a falta de sentido em tal disposição resulta da circunstância de que a infração a qualquer desses deveres está destituída de seqüela, uma vez que não se prevê desconstituição da união estável com imputação de culpa. Observe-se, a propósito, que, quanto aos alimentos, o artigo 1.704 trata apenas da repercussão da culpa entre cônjuges, não se podendo, no caso, raciocinar por analogia, trazendo o questionamento da culpa por quebra de deveres para a união estável, pois se trata de regra restritiva de direito.¹⁴⁶

À semelhança do casamento, nas relações familiares de uniões estáveis pautadas pela diversidade de sexos, publicidade, continuidade, duração e intenção de constituir família, o dever de mútua assistência embasará a obrigação alimentar entre companheiros. É desta espécie de relação que emerge o dever de solidariedade e assistência, atualmente positivado no artigo 1.724, do Código Civil.

¹⁴³ Art. 1.724, Código Civil Brasileiro de 2002. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

¹⁴⁴ Art. 1.566, CCB. São deveres de ambos os cônjuges:

- I – fidelidade recíproca;
- II – vida em comum, no domicílio conjugal;
- III – mútua assistência;
- IV – sustento, guarda e educação dos filhos;
- V – respeito e consideração mútuos.

¹⁴⁵ Art. 1.569, CCB. O domicílio do casal será escolhido por ambos os cônjuges, mas um e outro podem ausentar-se do domicílio conjugal para atender a encargos públicos, ao exercício de sua profissão, ou a interesses particulares relevantes.

¹⁴⁶ SANTOS, Luis Felipe Brasil. **A união estável no Novo Código Civil**. Disponível em: http://www.blindagemfiscal.com.br/familia/união_estavel01.htm Acesso em: 20 abr. 2007.

O Código Civil de 2002, no artigo 1.694¹⁴⁷ disciplinou a prestação alimentar recíproca, consagrando o uso da expressão “companheiros” na parte que trata especificamente de alimentos.¹⁴⁸ Com referência aos pressupostos da obrigação da alimentar, Luiz Edson Fachin¹⁴⁹ menciona que:

A necessidade está na base do pedido de alimentos, quer pela inexistência de bens, quer pela impossibilidade de prover pelo seu trabalho, a sua própria manutenção. Há o outro pressuposto da prestação alimentar: as possibilidades do alimentante. As disposições do artigo 1.694, § 1º estabelecem que os alimentos devam ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada. Condicionalidade, variabilidade e reciprocidade informam, em decorrência, esse vínculo.

A obrigação alimentar também pode apresentar como fato gerador a culpa. Nos termos do artigo 19 da Lei 6.515/77, há a Teoria da culpa, no sentido de que o cônjuge causador da separação deve prestar alimentos ao outro, caso ele necessite, além de estar impossibilitado de pedir alimentos ao ex-consorte. Ocorre que a noção de culpa, como causa da obrigação de prestar alimentos, está sendo mitigada no ordenamento jurídico brasileiro.

Na análise das possibilidades de superação da idéia de culpa, Rodrigo da Cunha Pereira¹⁵⁰ enfatiza:

Mesmo antes do advento da Lei n.º 8.971/94, diversos autores entendiam pela aplicação analógica das regras do casamento atinentes aos alimentos, inclusive a Teoria da Culpa, ao fundamento de que não se poderia conferir tratamento diverso entre casamento e união estável.

No entanto, este argumento não é o mais aceito, pois é patente a tendência de se abolir a culpa da dissolução da sociedade conjugal – não obstante o CCB/02 ainda tenha mantido esta linha de pensamento, no § 2º do artigo 1.694. Uma vez que a Teoria da Culpa está enfraquecendo em nosso ordenamento – não obstante ainda esteja sendo utilizada pelo atual Código Civil – não é cabível fazer sua aplicação extensiva à união estável. Uma vez

¹⁴⁷ Art. 1.694 do Código Civil Brasileiro de 2002. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

¹⁴⁸ No que diz respeito ao tema, Sérgio Gischkow aduz que “novo Código Civil emprestou tratamento unificado aos alimentos, ou seja, nos artigos 1.694 a 1.710 versa sobre os alimentos para parentes, cônjuges e companheiros. Ali é que devem ser encontradas as regras que regulam os alimentos na união estável e não nos artigos 1.723 a 1.727”. (PEREIRA, Sérgio Gischkow. As uniões paralelas e direito dos cônjuges. In: SOUZA, Ivone M. C. Coelho (Org.). **Casamento**: uma escuta além do judiciário. Florianópolis: Voxlegem, 2006, p. 193).

¹⁴⁹ FACHIN, 2003, p.108-109.

¹⁵⁰ PEREIRA, R. C., 2004a, p.91-92.

que subsiste a tendência à abolição da culpa no âmbito da dissolução da sociedade conjugal, não faz sentido estender a aplicação desta à união estável sob pena de se manter uma corrente de pensamento em desacordo com os ordenamentos jurídicos mais modernos.

Deveríamos nos desprender da idéia de culpa em todos os âmbitos – separação, divórcio e união estável – deixando a discussão apenas para o binômio necessidade/possibilidade, como prevê o artigo 1.695, CCB.

Além deste critério ser o mais justo, ele é verdadeiramente capaz de auferir se os supostos alimentantes e alimentários preenchem os pressupostos para se tornarem sujeitos – ativo e passivo – da obrigação alimentar.

Deve ser afastada a postura de investigação do elemento subjetivo causador da ruptura das relações entre cônjuges e companheiros. Nesse passo, a responsabilidade pela separação não deve ser apreendida apenas na direção do indivíduo que tenha dado causa ao rompimento, pois existem hipóteses de término consensual, no qual pode ser convencionada a prestação alimentícia, com fundamento nos pressupostos da obrigação alimentar.

A única possibilidade de questionamento relativo à culpa na união estável está no parágrafo segundo do artigo 1.694 do Código Civil. Isto é, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem pleiteia, haverá o direito a alimentos apenas no limite do indispensável à subsistência.¹⁵¹

Para a partilha dos bens fruto do esforço comum entre companheiros havia previsão no artigo 3º da Lei 8.971/94.¹⁵² A redação desse dispositivo remetia o direito do companheiro ou companheira à metade dos bens por ocasião da sucessão por morte. De acordo com as disposições contidas no artigo 5º da Lei 9.278/96¹⁵³, a meação não era apurada apenas na ocasião da sucessão do convivente. Nesta lei vislumbrava-se o verdadeiro sentido da meação – regular o fruto do trabalho e da colaboração na aquisição de patrimônio em comum, pois se permitia apurar a meação com o fim da convivência e não necessariamente com a morte de um dos companheiros.

¹⁵¹ SANTOS, Luis Felipe Brasil. **A união estável no Novo Código Civil**. Disponível em: http://www.blindagemfiscal.com.br/familia/uniao_estavel01.htm Acesso em: 20 abril de 07.

¹⁵² Art. 3º. Lei n.º 8.971/94. Quando os bens deixados pelo (a) autor (a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do (a) companheiro (a), terá o sobrevivente direito à metade dos bens.

¹⁵³ Art. 5º Lei n.º 9.278/96. Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação em contrato escrito.

Adveio o Código Civil de 2002, tratando da união estável a partir do artigo 1.723 e diferenciando este modelo familiar do concubinato (artigo 1.727)¹⁵⁴. Ademais, contém disposição normativa que estabelece quanto aos bens: “na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”. (artigo 1.725)¹⁵⁵.

Conforme as disposições do artigo 1.725 do Código Civil de 2002, basta a demonstração da união para que a partilha se dê automaticamente, se não houver pacto prevendo um estatuto patrimonial para os conviventes.¹⁵⁶

Com a vigência da Lei 8.971/94, o direito sucessório dos companheiros recebeu disciplina no artigo 2º¹⁵⁷, garantindo-se o direito de participar da sucessão por causa de morte e essa participação se dava nas seguintes formas: a) direito real ilimitado sobre coisa alheia – usufruto dos bens deixados pelo convivente falecido; b) direito subjetivo próprio – na qualidade de herdeiro universal dos bens que compõem a herança.

Por seu turno, a Lei n.º 9.278/96, nos termos do artigo 7º, estabelecia:

Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos. Parágrafo único. Dissolvida a união estável por morte de um dos

¹⁵⁴ Art. 1.727 do CCB. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

¹⁵⁵ Artigo 1.725, CCB. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

¹⁵⁶ Anteriormente, o sentido das disposições do artigo 5º da Lei n.º 9.278/96 encaminhava para a presunção de que os bens adquiridos na constância da união, a título oneroso, pertenceriam a ambos, porque se deduzia que tinham sido adquiridos pelo esforço comum. Entretanto, é importante ressaltar que esse esforço comum era tão-somente uma presunção. Sendo assim, poderia ser demonstrado o contrário, ou seja, provar que determinados bens não foram frutos do trabalho ou da contribuição de ambos. Esta era uma das diferenças básicas entre casamento e a união estável: nesta era imprescindível o esforço comum (direto ou indireto); naquele não se discutia isso. (PEREIRA, R. C., 2004a, p. 114).

¹⁵⁷ Art. 2º da Lei n.º 8.971/94. As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições:

I - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujos, se houver filhos ou comuns;

II - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujos, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

III - na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

Diante do fato desta Lei não se referir à qualidade de herdeiro universal, a exemplo inciso III do artigo 2º da Lei n.º 8.971/94, sustentou-se a compatibilidade entre os textos legais. Todavia, a solução não seria a mesma para os direitos previstos nos incisos I e II do artigo 2º, pois o direito legalmente reconhecido ao companheiro sobrevivente seria o previsto no parágrafo único do artigo 7º da Lei n.º 9.278/96 – direito real de habitação e não o direito ao usufruto.

O usufruto legal no Código Civil de 2002 não foi previsto nem para os cônjuges. Para o cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, foi assegurado o direito real de habitação relativamente à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar (artigo 1.831). Para os companheiros, o atual Código Civil silenciou quanto ao direito real de habitação.

Com relação ao direito real de habitação para as hipóteses de união estável, a doutrina tem manifestado opiniões divergentes. Quanto à concessão de direito real de habitação ao companheiro supérstite, observa Rodrigo da Cunha Pereira¹⁵⁸ : “diante disso, e mesmo porque as duas leis sobre união estável (Leis 8.971/94 e 9.278/96) não foram expressamente revogadas, conclui-se que o artigo 7º, parágrafo único, da lei n.º 9.278/96 continua co-existindo paralelamente a este Código, já que esta lei, assim como a 8.971/94 não foram revogadas, derogadas ou abrogadas expressamente”. Entretanto, Francisco José Cahali¹⁵⁹ opta pela interpretação de que “houve revogação tácita deste dispositivo”.

No exame da questão sucessória, que é extremamente delicada e complexa, o Código Civil Brasileiro de 2002 dispôs em seu artigo 1.790:

Artigo 1.790. A companheira ou companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável,

¹⁵⁸ PEREIRA, R. C., 2004, p. 124.

¹⁵⁹ CAHALI, Francisco José. **Curso de direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v. 6, p. 227.

nas condições seguintes:

I – se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma cota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II – se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III – se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança.

IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

A sucessão na união estável sofreu duas mudanças significativas, em relação às leis anteriores. A primeira foi a delimitação dos bens sucessíveis àqueles adquiridos a título oneroso, na constância da conjugalidade. A segunda, é que a herança será dividida, em vários níveis, conforme preceitua o artigo 1.790.

Como bem obtempera Rodrigo Pereira, o artigo 1.790 está localizado incorretamente, na sistemática de capítulos e títulos do Código Civil de 2002, uma vez que coloca a sucessão do companheiro junto com as disposições gerais, ao invés de ser alocado na ordem de vocação hereditária. O dispositivo em questão estaria topograficamente equivocado e seria materialmente inconstitucional, pois se eliminou o direito dos companheiros ao usufruto, havendo-se que se falar somente em propriedade. O dispositivo em comento constituiria um grande retrocesso para a união estável, uma vez que o companheiro estaria em posição infinitamente inferior a do cônjuge. Com tais acontecimentos, talvez estivesse sendo retomada a mentalidade de que união estável é uma “família de segunda classe” e não uma outra espécie de família, nem melhor nem pior do que o casamento, apenas diferente. Constitucionalmente todas as entidades familiares são iguais.¹⁶⁰

Embora, a Constituição Federal de 1988 tenha apreendido os múltiplos modelos de realidade familiar e produzido inovações no tratamento das famílias brasileiras, o legislador do Código Civil de 2002 enfocou as entidades familiares constituídas com suporte na união de fato em uma perspectiva que transmite a idéia de gradação entre os núcleos familiares, com a supremacia dos vínculos advindos do matrimônio.

¹⁶⁰ Ademais, para o autor “tal recuo promove a quebra da lógica constitucional da ordem jurídica, que elevou a união estável ao *status* de família, não tendo razão, diante disso, de privilegiar-se o casamento. É certo que este é o paradigma, por tradição, de constituição de família. Mas os outros tipos não podem sofrer quaisquer restrições”. (PEREIRA, R. C., 2004a, p. 123-124).

Deve-se lembrar que as normas referentes à sucessão do companheiro só podem ser interpretadas conforme a Constituição Federal e, dessa se extrai o objetivo maior, que é o de proteção à família, seja formada com base no casamento, quer seja escorada na união de fato entre os companheiros. E nessa busca de proteção, que obrigatoriamente se impõe ao legislador infraconstitucional, o casamento deverá ter sempre alguma vantagem em relação à união estável, mas não no ponto de configurar a proteção significativamente maior à família formada pelo casamento, pois o contraste pode levar à conclusão de que restou desprotegida a família que se esteia na união estável. Em outras palavras, se por um lado a lei ordinária não pode tratar a união estável de forma mais favorável que o casamento, por outro, também não pode tratá-la de modo tão desfavorável que a transforme em uma família de segunda categoria.¹⁶¹

No exame minucioso de situações semelhantes e dos resultados produzidos para a família matrimonializada e para a união estável, Aldemiro Rezende Dantas Júnior afirma:

[...] poderá ocorrer de vir a falecer o companheiro, deixando filhos comuns, sendo que todo o patrimônio de ambos foi adquirido ao longo do período de convivência.

Nessas circunstâncias, o companheiro sobrevivente participará da meação desse patrimônio, construído em comum por ambos, e, além disso, ainda será herdeiro em relação à metade que pertencia ao falecido, recebendo quota igual à que cabe a cada um dos filhos, nos termos do artigo 1.790, inciso I, do Código Civil de 2002.

No entanto, na mesma situação acima (todo o patrimônio de ambos foi amealhado na constância do casamento e o *de cujus*, ao morrer deixou descendentes), se ao invés de união estável os dois tivessem optado pelo casamento, adotando o regime de bens da comunhão parcial, cujas regras são as mesmas que, em princípio, se aplicam à união livre (artigo 1.725), completamente distinta seria a solução, em termos sucessórios, pois nesse caso o cônjuge sobrevivente teria direito à meação desse patrimônio do casal, mas não seria herdeiro em relação à metade que pertencia ao falecido, uma vez que se houver descendentes e o regime de bens for o da comunhão parcial, não tendo o *de cujus* deixado bens particulares, o cônjuge supérstite é excluído da sucessão (artigo 1.829, inciso I, Código Civil de 2002).¹⁶²

¹⁶¹ DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. Sucessão no casamento e na união estável. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). **Temas atuais de direito e processo de família**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2004, p. 584-585.

¹⁶² “Como exemplo: “se um homem e uma mulher, ainda muito jovens, por volta dos 18 e 19 anos, situação na qual, em termos patrimoniais, é muito comum que se junte o ‘nada’ de um deles à ‘coisa nenhuma’ do

Reconhecida constitucionalmente a igualdade e a pluralidade dos núcleos familiares, não pode ser admitida a situação jurídica na qual os conviventes, em relação que se submete ao regime legal da comunhão parcial, na ausência de pacto entre os companheiros, adquira mais vantagens do que o cônjuge, unido pelo mesmo regime e tendo prejudicada a participação na herança, em concorrência com o(s) filho(s), porque o falecido não deixou bens particulares, circunstância não prevista para a união estável.

Segundo a dicção do artigo 226, § 3º, da Constituição Federal Brasileira de 1988, será facilitada a conversão da união estável em casamento.¹⁶³ A transformação em vínculo matrimonializado favorece a diminuição das formalidades cartorárias, bem como representa um estímulo para que os companheiros escolham a modelo de família fundado no casamento. No momento em que a norma infraconstitucional fomenta a permanência de uma entidade familiar na forma de união estável, oportunizando o tratamento diferenciado de situações semelhantes, como as acima descritas, não se consumará o intuito da ordem constitucional: a tutela igualitária dos diversos tipos de relações familiares.

Haveria mais impropriedades. Da leitura do artigo 1.790 do Código Civil sabe-se que na hipótese de o falecido não ter parentes sucessíveis, a totalidade da herança transmite-se ao companheiro sobrevivente. Entretanto, a totalidade da herança que será sucessível é aquela que o supérstite está autorizado a concorrer, ou seja, os bens adquiridos durante a união a título oneroso, pois por uma interpretação sistemática, devemos ler os parágrafos acordes com os mandamentos do *caput*. Se o *de cuius* tinha outros bens, anteriores à convivência, passarão para o Município ou para o Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições,

outro, será mais vantajoso para ambos que passem a conviver em união estável, pois neste caso cada um dos companheiros será, além de meeiro, herdeiro do outro, ainda que venham a ter filhos. Se optarem pelo casamento, no entanto, sobrevivendo filhos, cada um deles será meeiro, mas não será herdeiros em relação ao outro, como vimos anteriormente". (DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. Sucessão no casamento e na união estável. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). **Temas atuais de direito e processo de família**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2004, p. 586).

¹⁶³ Segundo Guilherme Calmon Nogueira da Gama, "a família é reconhecida como base da sociedade, recebendo a proteção especial do Estado. O conceito de família é alargado no texto constitucional. E o fato de outorgar à lei a obrigação de facilitar a conversão da união estável em casamento, não subtrai da mesma a qualificação de família, merecedora de proteção do Estado, deixando, entrever, tão-só a preferência de ser regularizada tal situação de fato que, no entanto, na linguagem de Pontes de Miranda, tornou-se suporte fático suficiente para a sua integração no campo do Direito de Família". (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo**: uma espécie de família. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 27).

ou à União, quando no Território Federal, a teor do que determina o artigo 1.844¹⁶⁴. Rodrigo Pereira diz que “tais dispositivos do Código estariam em desacordo com o artigo 226, parágrafo 3º da Constituição Federal, vez que está havendo uma discriminação à união estável, preconceituosa e que certamente estará, como todo preconceito, provocando injustiças”.¹⁶⁵

Outra questão que gera controvérsias concerne ao fato de o companheiro sobrevivente não ser considerado herdeiro necessário nos moldes do artigo 1.845, do CCB. No Direito das Sucessões, os herdeiros necessários são os descendentes, os ascendentes e o cônjuge sobrevivente, o que conduz à dedução de não ser possível o enquadramento do companheiro. No entanto, no Rio Grande do Sul, a jurisprudência, em interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, vem admitindo a caracterização do companheiro como herdeiro necessário, aplicando a ordem de vocação hereditária prevista no artigo 1.829 do Código Civil de 2002.

Para melhor elucidar estas questões, destaca-se a orientação exposta no julgamento da AC nº 70015433758 pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO. INVENTÁRIO. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. DIREITO À TOTALIDADE DA HERANÇA. COLATERAIS. EXCLUSÃO DO PROCESSO. Apenas o companheiro sobrevivente tem direito sucessório no caso, não havendo razão para cogitar em direito sucessórios dos parentes colaterais. A união estável se constituiu em 1996, antes da entrada em vigor do Novo Código Civil. Logo, não é aplicável ao caso a disciplina sucessória prevista neste diploma legal, mesmo que fosse esta a legislação material em vigor na data do óbito. Aplicável ao caso é a orientação legal, jurisprudencial e doutrinária anterior, pela qual o companheiro sobrevivente tinha o mesmo status hereditário que o cônjuge supérstite. Por essa perspectiva, na falta de descendentes e ascendentes, o companheiro sobrevivente tem direito à totalidade da herança, afastando da sucessão os colaterais e o Estado. Além disso, as regras sucessórias previstas para a sucessão entre companheiros no Novo Código Civil são inconstitucionais. Na medida em que a nova lei substantiva rebaixou o status hereditário do companheiro sobrevivente em relação ao cônjuge supérstite, violou os princípios fundamentais da igualdade e da dignidade.166

¹⁶⁴ Art. 1.844 do CCB. Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou Distrito federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal.

¹⁶⁵ PEREIRA, R. C., 2004a, p. 125.

¹⁶⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Oitava Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70015433758. Relator: Rui Portanova. Julgado em 05 out. 2006.

A partir de decisões jurisprudenciais como essa, vem firmando-se entendimento no sentido de ser afastada integralmente a hipótese de não equiparação da união estável ao casamento, entendendo-se que as disposições constantes no inciso II, do art. 1829, bem como as do art. 1845, todos do Código Civil de 2002, teriam plena aplicação àquelas também.

O pluralismo na formação de entidades familiares, acolhido pela Constituição Federal, determina a tutela isonômica de todas as relações de família, incluindo-se a família matrimonializada, a apoiada em união estável e a monoparental. Na família decorrente da união estável, tomando-se a hipótese de inexistência dos herdeiros elencados nas disposições do artigo 1.845, CC/2002, pode ocorrer de um dos conviventes dispor em testamento sobre a totalidade de seus bens, sem a reserva da legítima.¹⁶⁷ Em tal caso, a existência de disposição de última vontade pode acarretar o desamparo do companheiro sobrevivente, que nada receberá a título de herança por ocasião da morte do outro. Não tem aplicabilidade tal situação quando se tratar de cônjuge sobrevivente, posto que legalmente reconhecido direito à legítima.

Ainda, numa avaliação da posição ocupada pelo companheiro na ordem sucessória, em relação ao cônjuge, Rodrigo da Cunha Pereira¹⁶⁸ observa:

É flagrante, portanto, a inconstitucionalidade do artigo 1.790, CCB, que aloca o companheiro em uma posição jurídica inferior ao cônjuge, ratificando o preconceito arraigado e sem propósito de ser a união estável uma “família de segunda classe”.

Tal fato não ocorre, por exemplo, no Estado espanhol das Ilhas Baleares, cuja lei estabelece que, em caso de sucessão – existindo ou não testamento – os conviventes têm os mesmos direitos que o cônjuge sobrevivente. Além disso, também têm direito à propriedade sobre a roupa, mobiliário e pertences do lar conjugal, os quais não se computam no quinhão hereditário, excetuando-se objetos artísticos, de procedência familiar ou extraordinário valor, tendo como parâmetro o padrão de vida do casal.

¹⁶⁷ Em tal hipótese o companheiro supérstite não é considerado herdeiro necessário e nem tem direito à legítima, podendo, pois, ser excluído por testamento, se assim estabelecer o *de cujus* em sua disposição de última vontade.

¹⁶⁸ PEREIRA, R. C., 2004a, p. 126.

A Constituição Federal de 1988 concedeu tratamento igualitário à união estável em relação à família matrimonializada. Todavia, o Código Civil de 2002 ao estabelecer o direito sucessório dos companheiros, diferenciou a posição hereditária do companheiro sobrevivente da ocupada pelo cônjuge supérstite, fato que não se conforma com o conteúdo do art. 226, § 3º da Constituição Federal.

Desse modo, a regra contida no artigo 1.790 do CCB, afrontaria as disposições constitucionais, especificamente o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e o direito de igualdade.

É necessário frisar que os posicionamentos não são unânimes, pois há juristas que pensam de modo diverso, aplicando, irrestritamente, as disposições relativas à disciplina sucessória da união estável estabelecidas no Código Civil atual.

Embora, as dificuldades e as resistências, é fato inquestionável os benefícios trazidos pelas alterações axiológicas introduzidas pela Constituição Federal e pela atividade interpretativa na construção de possibilidades tendentes a minorar o descompasso entre a legislação e os relacionamentos humanos, já que esses constituem terreno fértil a propiciar decisões inovadoras.

Muitas questões polêmicas envolvem as relações afetivo-familiares, especialmente as destinadas a enfrentar o tema das uniões entre pessoas do mesmo sexo. Nesse domínio inovador, incumbirá, em algumas linhas, a tarefa de indicar os entendimentos sedimentados, bem como as situações pendentes de uma maior reflexão.

3.5 Uniões Homoafetivas: Da Realidade Fática à Esfera Jurídica

Nos tempos atuais, vislumbra-se que as relações de afeto entre duas pessoas do mesmo sexo caracterizam uma realidade presente e reconhecida em muitos países. Sabe-se que a instituição familiar reflete as mudanças ocorridas em sociedade e no decorrer destas modificações organizaram-se diferentes modelos,

entre eles, os formados por indivíduos homossexuais. Com efeito, a existência de relações dessa espécie nas diversas comunidades constituiu espaço para posterior aceitação.

A Organização Mundial de Saúde - OMS – retirou da ‘Classificação Internacional de Doenças’ (CID), qualquer referência à homossexualidade. Desde 1995, porém, quando da divulgação da CID 10, referências à homossexualidade não mais aparecem. Os psiquiatras, incumbidos da tarefa de revisão da CID, concluíram não existirem sinais que justifiquem considerar a orientação homossexual como doença ou mesmo sintoma, tratando-se apenas de uma manifestação do ser humano.¹⁶⁹

Segundo a Organização Mundial da Saúde - OMS, saúde é o estado completo de bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença. Tantas vezes citado, o conceito adotado pela Organização Mundial da Saúde (OMS) em 1948, longe de ser uma realidade simboliza um compromisso, um horizonte a ser perseguido. Remete à idéia de uma “saúde ótima”, possivelmente inatingível e utópica, já que a mudança, e não a estabilidade, é predominante na vida. Saúde “não é um estado estável”, que uma vez atingido possa ser mantido. A própria compreensão de saúde tem também alto grau de subjetividade e determinação histórica, na medida em que indivíduos e sociedades consideram ter mais ou menos saúde dependendo do momento, do referencial e dos valores que atribuem a uma situação.¹⁷⁰

A homossexualidade, não sendo mais considerada uma doença e não constituindo crime, progressivamente vem sendo aceita e reconhecida em lei, nos países democráticos. A inserção recente das uniões entre iguais teve maior expressão em alguns países europeus. Entre aqueles que editaram lei especial para as referidas uniões, destacam-se: Dinamarca, Lei n°. 372, de 27 de junho de 1989; Noruega, Lei n°. 32, de abril de 1993; Suécia, Lei n°. 1994,1117, de 23 de junho de

¹⁶⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional. **Revista Trimestral de Direito Civil**, São Paulo, v. 1, p. 89-112, jan./mar. 2000, p. 96.

¹⁷⁰ CONCEITO de Saúde na Organização Mundial de Saúde. Disponível em: <http://mecsrv04.mec.gov.br/sef/estrut2/pcn/pdf/livro092.pdf>. Acesso em 23 abr. 2007.

1994; Islândia, Lei n.º. 87/1996 de 1996; Bélgica, Lei de 23 de novembro de 1998; França, Lei n.º.O. 99-944, de 15 de novembro de 1999; e Holanda, Lei n.º.26.672, de 21 de dezembro de 2000.¹⁷¹

No ordenamento jurídico brasileiro, o dinamismo do Direito seja por meio de sua interpretação inovadora fundada nos princípios da dignidade humana e da igualdade, seja com alterações legislativas, que contemplem o respeito ao direito de liberdade e a não-discriminação em função do sexo, idade e orientação sexual¹⁷², possibilita concretizar a sintonia entre as necessidades da sociedade e a produção de normas jurídicas que disciplinem as relações humanas.

Relativamente à formação da identidade sexual do indivíduo, Luiz Edson Fachin¹⁷³ esclarece:

[...] o sistema jurídico cioso de seus mecanismos de controle, estabelece, desde logo, com o nascimento, uma identidade sexual, teoricamente imutável e una. Essa rigidez não leva em conta dimensões outras, também relevantes, no plano das questões sociais e psicológicas. Desse modo, o papel de gênero se apresenta como uma expressão pública dessa identidade.

O atestado do nascimento é, dessa forma, um registro do ingresso da pessoa no universo jurídico, disposto a conferir segurança e estabilidade nas relações jurídicas. O registro civil exerce, nesse plano, uma chancela normalmente imodificável, que marca o indivíduo em sua vida social. É um sinal uniforme e monolítico, incapaz de compreender a pluralidade psicossomática das pessoas.

Entretanto, como os fatos acabam se impondo perante o Direito e a realidade acaba desmentindo esses mesmos códigos, mudanças e circunstâncias mais recentes têm contribuído para dissolver a “névoa de hipocrisia” que encobre a negação de efeitos jurídicos à orientação sexual.

Tais transformações decorrem, dentre outras razões, da alteração da razão de ser das relações familiares, que passam agora a dar origem a um berço de afeto, solidariedade e mútua constituição de uma histórica em comum.

A partir da releitura da definição e dos fundamentos da família e, para tanto houve preciosa contribuição do texto constitucional, os demais desdobramentos de

¹⁷¹ BRAUNER, 2004, p. 268.

¹⁷² Com referência ao direito à livre orientação sexual, Ingo Wolfgang Sarlet enfatiza: [...] reportando-se expressamente à conexão entre a dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade, já assume ares de consenso, também entre nós, o reconhecimento de um direito à livre orientação sexual, do que dão conta, em caráter meramente ilustrativo, a proteção jurídica das uniões homoafetivas e todas as conseqüências que a doutrina e jurisprudência já têm extraído. (SARLET, 2004b, p. 105).

¹⁷³ FACHIN, Luiz Edson. Aspectos jurídicos da união de pessoas de mesmo sexo. In: BARRETO, Vicente (Org.). **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 117-118.

formas familiares, considerando-se a união estável e a família monoparental, passaram a receber a devida tutela jurisdicional. Com esta mudança, a ciência jurídica conferiu um alcance significativo às relações humanas, mas ainda necessita abrir caminhos e oferecer ampla proteção às uniões entre pessoas do mesmo sexo, posto que realidade fática carecedora de normatividade.

Na área do Direito brasileiro, a Constituição Federal Brasileira de 1988 assegura a liberdade, a igualdade sem distinção de qualquer natureza (artigo 5º), a tutela da dignidade humana e a inviolabilidade da intimidade e da vida privada. Com a garantia do exercício desses direitos, por via reflexa deve ser assegurada, como um direito personalíssimo, a liberdade na composição da identidade sexual do ser humano e de seus vínculos familiares.

A igualdade constitui direito fundamental, constitucionalmente garantido e, como formula Maria Berenice Dias¹⁷⁴, a igualdade é almejada por todos e em todos os tempos:

Está proclamada nas Declarações de Direitos Humanos no mundo ocidental. No Brasil, é consagrada no limiar do ordenamento jurídico, pela Constituição Federal, que assegura, já em seu preâmbulo, o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]. Erigido o respeito à dignidade da pessoa humana como cânone fundamental de um Estado Democrático de Direito, é a igualdade o princípio mais reiteradamente invocado na nossa Carta Magna. De modo expreso, é outorgada específica proteção a todos, vedando discriminação e preconceitos por motivos de origem, raça, sexo ou idade. Também ao elencar os direitos e garantias fundamentais, é a igualdade a primeira referência da Constituição Federal. O artigo 5º preceitua o seguinte: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...].

O sistema jurídico assegura tratamento isonômico e proteção igualitária a todos os cidadãos no âmbito social. Omitindo-se o legislador em regular situações dignas de tutela, as lacunas precisam ser colmatadas pelo Judiciário, que não pode negar proteção jurídica nem deixar de assegurar direitos sob a alegação de ausência de lei.

Precisa assumir a justiça sua função criadora do direito. Na presença de vazios legais, a plenitude do reconhecimento de direitos é implementada pela identificação da semelhança significativa, ou seja, por meio da analogia, que se funda no princípio da igualdade. Outro não deve ser o critério a ser utilizado para reconhecer direitos a segmentos alvos da exclusão social. As uniões entre pessoas do mesmo sexo, ainda que não tuteladas expressamente nem na Constituição Federal nem na legislação infraconstitucional, existem e fazem jus à tutela jurídica.

¹⁷⁴ DIAS, Maria Berenice. A igualdade desigual. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). **Temas atuais de direito e processo de família**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2004b, p. 67.

No plano do Direito de Família brasileiro, a exigência da produção de normas jurídicas para o tratamento e a tutela das relações homossexuais causa muitas discussões em face da permanência de uma visão conservadora, que não cede espaço para o pleno reconhecimento dessas uniões no ambiente jurídico. Em que pese esse pensamento, a tendência é no sentido de a jurisprudência e a doutrina avançarem bastante na atribuição de efeitos jurídicos e na consideração desses relacionamentos como forma de realidade familiar.

O texto constitucional previu, explicitamente, as entidades familiares fundadas no casamento, na união estável e na monoparentalidade. Ocorre que diante do pluralismo na construção dos vínculos familiares, surge um questionamento: as relações entre pessoas do mesmo sexo estariam excluídas da ordem jurídica, sendo necessária uma proposta de emenda constitucional para assegurar a tutela das uniões homoafetivas, ou por outro lado, configurando-se a convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir família, observados os deveres de respeito, lealdade e mútua assistência, a semelhança das demais formas de famílias, estariam essas relações compreendidas pela expressão “entidade familiar”?

Tradicionalmente, o modelo familiar assentado no matrimônio recebia a cobertura do manto da legitimidade jurídica. Entretanto, com a normativa constitucional, outras formas de entidades familiares passaram a ser abrangidas pelo ordenamento jurídico, conferindo-se primazia ao conteúdo ou à substância das relações familiares. Dessa forma, as famílias deverão receber a tutela constitucional quando se consubstanciarem em núcleos de comunhão de vida, assistência moral e material, respeito, afeto e companheirismo entre os componentes, independentemente da composição apresentar indivíduos de sexos diferentes.

Advogando a inclusão das uniões entre pessoas do mesmo sexo no elenco constitucional de entidades familiares, Maria Celina Bodin de Moraes¹⁷⁵ esclarece:

[...] se a família, através da adequada interpretação dos dispositivos constitucionais, passa a ser entendida principalmente como ‘instrumento’,

¹⁷⁵ MORAES, 2000, p. 89-112, p. 108.

não há como se recusar tutela a outras formas de vínculos afetivos que, embora não previstos expressamente pelo legislador constituinte, se encontram identificados com a mesma *ratio*, com os mesmos fundamentos e com a mesma função. Mais do que isto: a admissibilidade de outras formas de entidades 'familiares' torna-se obrigatória quando se considera seja a proibição de qualquer forma de discriminação entre as pessoas, especialmente aquela decorrente de sua orientação sexual – a qual se configura como um direito personalíssimo -, a razão maior de que o legislador constituinte se mostrou profundamente compromissado com a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, CF), tutelando-a onde quer que sua personalidade melhor se desenvolva. De fato, a Constituição brasileira inspirou-se no princípio solidarista, sobre o qual funda a estrutura da República, significando dizer que a dignidade da pessoa é preexistente e antecedente a qualquer forma de organização social.

Na análise das novas realidades, constata-se que as entidades familiares identificadas em nosso ordenamento jurídico não constituem as formas suficientes para atender a demanda social carecedora de proteção.

Há juristas que pesquisam as possibilidades de estudos comparativos das uniões homossexuais e a comunidade familiar decorrente do casamento e da união estável.¹⁷⁶

¹⁷⁶ Com relação aos estudos comparativos, Roger Raupp Rios esclarece:

A compatibilidade das uniões homossexuais à comunidade familiar derivada do casamento está descartada – pois nesta espécie de união a distinção dos sexos é pressuposta de forma unânime pela doutrina e pela jurisprudência -, restando analisar a pertinência das uniões de pessoas do mesmo sexo à chamada “união estável”. O texto constitucional define a união estável como entidade familiar formada entre homem e mulher, numa redação que, de início, sugere a exclusão das uniões homossexuais de seu âmbito, por faltar o pressuposto da distinção de sexos. Diante desta dificuldade, têm sido ofertadas basicamente duas ordens de respostas. A primeira inclui as uniões homossexuais dentre do âmbito da união estável, por intermédio de uma interpretação extensiva dos direitos fundamentais (principalmente o direito de igualdade) e mediante o recurso da analogia; a segunda sustenta a inconstitucionalidade da própria norma do artigo 226, § 3º, ao restringir o conceito, por violação aos princípios da dignidade humana e da igualdade. A tese que sustenta a aplicação analógica do instituto da união estável às uniões homossexuais afasta, primeiramente, a existência de óbice constitucional ao reconhecimento destas uniões na citada espécie de comunidade familiar. Na ausência de proibição expressa ou de previsão positiva, postula a interpretação da Constituição de acordo com o cânone hermenêutico da “unidade da Constituição”, segundo o qual uma interpretação adequada do texto constitucional exige a consideração das demais normas constitucionais, de modo que sejam evitadas conclusões contraditórias. A equiparação das uniões homossexuais à união estável, pela via analógica, implica a atribuição de um regime normativo destinado originariamente a situação diversa das uniões homossexuais, qual seja, a comunidade familiar formada pela união estável entre um homem e uma mulher. A semelhança relevante aqui presente, autorizadora da analogia, seria a ausência de vínculos formais e a presença substancial de uma comunidade de vida afetiva e sexual duradoura e permanente entre os companheiros de mesmo sexo, assim como ocorre entre os companheiros de sexos opostos. O argumento, sem dúvida, avança no sentido da concretização da Constituição, pois confere uma unidade de sentido à Constituição diante da realidade histórica, fazendo concorrer com os princípios informativos do Direito de Família outros princípios constitucionais, dentre os quais se destaca o princípio isonômico e a decorrente proibição de discriminação por motivo de sexo e de orientação sexual.

Todavia, se for tomada como ponto de partida para a resolução deste problema jurídico-constitucional a tarefa de concretização da Constituição, pode-se prescindir do recurso analógico para o reconhecimento da natureza familiar das uniões homossexuais, pois estas em si mesmas atendem aos citados princípios da dignidade humana e da igualdade presentes na Constituição. Além disso, a analogia neste caso pressupõe a semelhança normativa essencial entre a união estável e as uniões homossexuais. Do ponto

A aplicação analógica das regras atinentes à união estável para as hipóteses de uniões homossexuais tem o nobre objetivo de reconhecer a índole familiar nestas relações, desde que promovam as finalidades valorizadas pelo Direito de Família e contempladas na Constituição Federal. Quando houver o atendimento dos requisitos exigidos pelo ordenamento jurídico não há como negar a inserção das relações homoafetivas no âmbito da família e a independência relativamente ao modelo familiar da união estável.

Exemplificativamente, pode-se afirmar que caso sobreviesse uma proposta de emenda constitucional para o fim de retirar a união estável da normativa constitucional, muito embora a ocorrência de tal fato, nada impediria que a jurisprudência e a doutrina persistissem na atribuição de direitos e deveres aos partícipes das uniões homossexuais e das uniões estáveis. Assim, constata-se que são entidades familiares distintas e autônomas, que comungam de semelhantes características presentes na realidade da família brasileira.

Diante dessas circunstâncias e tendo-se em vista a inexistência de regulamentação específica das relações entre pessoas de mesmo sexo, há certa urgência no estabelecimento de normas destinadas à tutela e à disciplina dessas formas de relações de coexistência.

No cenário brasileiro, em consequência da inexistência de legislação específica para a disciplina das uniões homoafetivas, a jurisprudência tem desempenhado uma função relevante no enfrentamento criativo e comprometido destas questões, promovendo o reconhecimento das relações entre pessoas do mesmo sexo como entidades familiares e outorgando aos companheiros homossexuais direitos iguais aos dos companheiros heterossexuais.

de vista aqui defendido, a semelhança relevante entre estas duas situações é a pertinência ao âmbito do Direito de Família, tendo presente o atual estágio de compreensão do fenômeno familiar pelo ordenamento jurídico, onde prevalece a proteção da realidade diante do culto à forma. Esta semelhança, frise-se, não decorre de analogia das uniões homossexuais com a união estável, mas da própria dinâmica das uniões homossexuais e de sua pertinência à configuração jurídico-constitucional do conceito amplo de família. Assentada esta nota essencial comum às duas hipóteses, a união estável distingue-se das uniões homossexuais precisamente em virtude do requisito da diversidade de sexual entre os companheiros, expressamente consignado no texto do artigo 226, § 3º, bem como na determinação constitucional se facilitar sua conversão em casamento, aspecto que também afasta as uniões homossexuais da união estável. RIOS, 2001, p. 121-123.

Dentre inúmeros outros julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul¹⁷⁷ sobre relacionamentos homossexuais¹⁷⁸, vale colacionar, a título meramente exemplificativo, os seguintes:

RELAÇÃO HOMOERÓTICA. UNIÃO ESTÁVEL. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE HUMANA E DA IGUALDADE. ANALOGIA. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO. VISÃO ABRANGENTE DAS ENTIDADES FAMILIARES. REGRAS DE INCLUSÃO. PARTILHA DE BENS. REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 1.723, 1.725 E 1.658 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a

¹⁷⁷ As jurisprudências colacionadas representam o entendimento majoritário em Direito de Família no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, principalmente na 7ª Câmara Cível.

¹⁷⁸ No Supremo Tribunal Federal há relevante decisão acerca das relações homoafetivas:
 EMENTA: UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS. PRETENDIDA QUALIFICAÇÃO DE TAIS UNIÕES COMO ENTIDADES FAMILIARES. DOUTRINA. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI Nº 9.278/96. NORMA LEGAL DERROGADA PELA SUPERVENIÊNCIA DO ART. 1.723 DO NOVO CÓDIGO CIVIL (2002), QUE NÃO FOI OBJETO DE IMPUGNAÇÃO NESTA SEDE DE CONTROLE ABSTRATO. INVIABILIDADE, POR TAL RAZÃO, DA AÇÃO DIRETA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA, DE OUTRO LADO, DE SE PROCEDER À FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA DE NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIGINÁRIAS (CF, ART. 226, § 3º, NO CASO). DOUTRINA. JURISPRUDÊNCIA (STF). NECESSIDADE, CONTUDO, DE SE DISCUTIR O TEMA DAS UNIÕES ESTÁVEIS HOMOAFETIVAS, INCLUSIVE PARA EFEITO DE SUA SUBSUNÇÃO AO CONCEITO DE ENTIDADE FAMILIAR: MATÉRIA A SER VEICULADA EM SEDE DE ADPF.
 STF. ADI 3300 MC/DF – Distrito Federal. Medida Cautelar Na Ação Direta De Inconstitucionalidade. Ministro: Celso De Melo. Data Do Julgamento: 03/02/2006. Data Da Publicação: DJ. 09/02/2006. RDDP N.º 37, 2006, p. 174-176.

Na decisão supramencionada pode ser extraído importante trecho com o seguinte sentido: [...] Não obstante as razões de ordem estritamente formal, que tornam insuscetível de conhecimento a presente ação direta, mas considerando a extrema importância jurídico-social da matéria - cuja apreciação talvez pudesse viabilizar-se em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental -, cumpre registrar, quanto à tese sustentada pelas entidades autoras, que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (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), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito e na esfera das relações sociais. Essa visão do tema, que tem a virtude de superar, neste início de terceiro milênio, incompreensíveis resistências sociais e institucionais fundadas em fórmulas preconceituosas inadmissíveis, vem sendo externada, como anteriormente enfatizado, por eminentes autores, cuja análise de tão significativas questões tem colocado em evidência, com absoluta correção, a necessidade de se atribuir verdadeiro estatuto de cidadania às uniões estáveis homoafetivas. [...].

*partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas.*¹⁷⁹

*UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. DIREITO SUCESSÓRIO. ANALOGIA. Incontrovertida a convivência duradoura, pública e contínua entre parceiros do mesmo sexo, impositivo que seja reconhecida a existência de uma união estável, assegurando ao companheiro sobrevivente a totalidade do acervo hereditário, afastada a declaração de vacância da herança. A omissão do constituinte e do legislador em reconhecer efeitos jurídicos às uniões homoafetivas impõe que a Justiça colmate a lacuna legal fazendo uso da analogia. O elo afetivo que identifica as entidades familiares impõe seja feita analogia com a união estável, que se encontra devidamente regulamentada. Embargos infringentes acolhidos por maioria.*¹⁸⁰

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE. É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre dois homens de forma pública e ininterrupta pelo período de nove anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetuou através dos séculos, não podendo o judiciário se olvidar de prestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de gêneros. E, antes disso, é o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo constitui forma de privação do direito à vida, bem como viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. AUSÊNCIA DE REGRAMENTO ESPECÍFICO. UTILIZAÇÃO DE ANALOGIA E DOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO. A ausência de lei específica sobre o tema não implica ausência de direito, pois existem mecanismos para suprir as lacunas legais, aplicando-se aos casos concretos a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, em consonância com os preceitos constitucionais (art. 4º da LICC). Negado provimento ao apelo, vencido o Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. (SEGREGO DE JUSTIÇA)¹⁸¹

AÇÃO DECLARATÓRIA. RECONHECIMENTO. UNIÃO ESTÁVEL. CASAL HOMOSSEXUAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CABIMENTO. A ação declaratória é o instrumento jurídico adequado para reconhecimento da existência de união estável entre parceria homoerótica, desde que afirmados e provados os pressupostos próprios daquela entidade familiar. A sociedade moderna, mercê da evolução dos costumes e apanágio das decisões judiciais, sintoniza com a intenção dos casais homoafetivos em abandonar os nichos da segregação e repúdio, em busca da normalização de seu estado e igualdade às parselhas matrimoniadas. EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS, POR MAIORIA. (SEGREGO DE JUSTIÇA)¹⁸²

Frente à visibilidade e aceitação de que uniões homossexuais possam fundar-se em laços de afeto, mútua assistência e comunhão de interesses, impõe-se

¹⁷⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Sétima Câmara Cível, Apelação Cível nº 70005488812, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis. Julgado em: 25 jun. 2003.

¹⁸⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 4º Grupo Cível. Embargos Infringentes nº 70003967676. Relator: Desª Maria Berenice Dias. Julgado em: 9 maio 2003.

¹⁸¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70009550070. Relator: Maria Berenice Dias. Julgado em: 17 nov. 2004.

¹⁸² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Quarto Grupo de Câmaras Cíveis. Embargos Infringentes Nº 70011120573. Relator: José Carlos Teixeira Giorgis. Julgado em: 10 jun. 2005.

a reavaliação de conceitos de Direito de Família e o reexame dos critérios caracterizadores das relações familiares, para que sejam acolhidas e tuteladas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Com efeito, considerando-se o fato de o texto constitucional ter elencado as modalidades de entidades familiares sujeitas à especial proteção do Estado e o Código Civil Brasileiro de 2002, relativamente ao casamento e à união estável entre homem e mulher, ter estatuído disciplina peculiar, percebe-se que as relações homoafetivas, ainda à margem da legislação, devem receber um regramento específico, sem descuidar que esse tema se sujeita à profunda reflexão.

No momento em que a união entre duas pessoas de mesmo sexo constitui-se em uma convivência pública, duradoura, contínua e sob o fundamento de uma comunhão de afeto, de solidariedade, de mútua assistência, configura-se um ambiente familiar semelhante ao casamento e à união estável.

Assim, havendo o projeto e a constituição de vida em comum baseada em laços recíprocos de afetividade, comunhão de esforços e divisão de despesas não há como negar a produção de efeitos jurídicos à união homossexual.

No espaço de variadas formas de convivência, impõe-se a qualificação jurídica de família, sem subordinação ao esquema estrutural do casamento ou da união estável, àquelas uniões que se constroem a partir de pressupostos relacionados à presença do afeto, da durabilidade e estabilidade do relacionamento e da comunhão plena de vida.

A contribuição de Roger Raupp Rios¹⁸³ é no sentido de que: “[...] as uniões homossexuais apresentam todas as notas distintivas do fenômeno humano, ora juridicizado pelo Direito de Família, portanto, sua concretização reclama a adequada intervenção legislativa, criadora de um regime jurídico peculiar”.

¹⁸³ RIOS, 2001, p. 127.

No que tange às propostas para o tratamento específico das uniões homossexuais, em 26 de outubro de 1995, o Projeto de Lei n.º 1.151 de 1995, foi apresentado pela então Deputada Federal Marta Suplicy. O Projeto de Lei almejava disciplinar “a união civil entre pessoas do mesmo sexo”.

Em 10 de dezembro de 1996 foi apresentado um Substitutivo ao Projeto de Lei n.º 1.151, onde houve a mudança da redação do Projeto originário. Transcrever-se-ão alguns dos dispositivos com o fim de visualizar a regulamentação deste tema.

Assim, no artigo 1º assegurava-se a duas pessoas do mesmo sexo o reconhecimento de sua “parceria civil registrada”, objetivando, principalmente, a salvaguarda de seus direitos de propriedade e de sucessão hereditária. De acordo com o projeto, seria reconhecida, civilmente, a união entre pessoas do mesmo sexo e autorizada elaboração de um contrato escrito, com a possibilidade de ser registrado em livro próprio no Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais (art. 2º).¹⁸⁴

Essa parceria constituía-se mediante registro em livro próprio nos Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais (art. 2º), com a apresentação dos documentos dos interessados enumerados no § 1º: declaração de serem solteiros, viúvos, divorciados; prova da capacidade civil absoluta, por meio de certidão de idade ou prova equivalente; e escritura pública do contrato de parceria civil. O § 2º incluído no substitutivo repetia a necessidade de que se registrasse a parceria, conforme *caput* do mesmo artigo. O § 3º estabelecia a impossibilidade de alteração do estado civil dos contraentes, na vigência do contrato de parceria.

Na análise dos dispositivos do substitutivo ao Projeto, Álvaro Villaça Azevedo¹⁸⁵ assevera:

¹⁸⁴ Art. 2º. A parceria civil registrada constitui-se mediante escritura pública e respectivo registro em livro próprio, nos Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais na forma que segue.

¹⁸⁵ O autor admite que o registro desses contratos é salutar e de alta relevância na salvaguarda de direito de terceiros; todavia, sem que se crie novo estado civil, pois, daí, teremos estado civil de solteiro, de casado, de divorciado e de parceiro civil. A criação de estado civil novo cria muitos problemas jurídicos à sua desconstituição. A sugestão dada ao legislador seria admitir o registro do contrato de parceria entre o mesmo sexo, mas tão-somente para valer contra terceiros. (AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001, p. 481-482).

Esse § 3º é de extremo rigor, porque corrobora que o pretendido registro, em livro próprio no Cartório de Registro Civil, mencionado no *caput* do artigo, não é só para valer contra terceiros, mas cria, perigosamente, um novo estado civil, que não pode ser alterado sem a extinção do contrato de parceria civil registrada. Esse estado civil nem os conviventes possuem, na união estável, que é reconhecida constitucionalmente como forma de constituição de família. Vê-se, claramente, que, existindo constituição desse estado civil de parceiro ou de parceria, sua desconstituição judicial pode levar muito tempo, sobrecarregando o Poder Judiciário de ações e de processos dessa ordem. Mesmo em caso de morte do parceiro, deverá existir processo judicial, para que, seguramente, se constate esse fato, para que possa ser, por decisão do juiz, desconstituído o estado civil, junto ao competente Registro.

O artigo 3º do Substitutivo e do Projeto dava caráter solene ao contrato de parceria registrada, o qual deveria ser lavrado em Ofício de Notas, pactuado, livremente, mas devendo versar sobre “disposições patrimoniais, deveres, impedimentos e obrigações mútuas”.

Álvaro Villaça Azevedo menciona que no artigo 4º, inciso I e II do Projeto originário havia previsão de extinção por morte de um dos parceiros ou por decreto judicial. Esta decisão, certamente, ocorreria em caso de rescisão desse contrato, com descumprimento culposo de qualquer de suas cláusulas ou de dispositivos legais, atinentes a essa união, que é a infração contratual, prevista no inciso I do art. 5º do Substitutivo e do Projeto, ou, ainda, em caso de denúncia (resilição unilateral), quando a um dos parceiros não mais interessasse a convivência. Neste último caso, quando houvesse alegação, por um dos parceiros, de desinteresse na continuidade da união, conforme previsto no inciso II do art. 5º do Substitutivo e do Projeto. O substitutivo manteve os incisos do Projeto e incluiu, ainda, um terceiro, para possibilitar, também, essa extinção contratual, por consentimento das partes, desde que homologado pelo juiz. Aqui, então, prevista a figura da resilição bilateral ou distrato, em que os parceiros manifestariam o desejo em promover a separação, perante o juiz, que homologaria esse acordo escrito, verificando se foram cumpridos os requisitos legais e contratuais.¹⁸⁶

¹⁸⁶ Mesmo incluindo o aludido inciso III em seu art. 4º, o Substitutivo mantém o § 1º do art. 5º do Projeto originário, agora como parágrafo único de seu artigo 5º, que, de modo repetitivo, assegura o requerimento das partes, consensualmente, amigavelmente, pleiteando a homologação judicial da extinção de sua parceria registrada. Assim, o Substitutivo possibilita a referida extinção contratual por morte ou por via judicial, litigiosa ou amigável. (AZEVEDO, 2001, p. 483).

Efeito decorrente da extinção da parceria, extraído do artigo 6.º, seria a partilha dos bens dos parceiros. A partilha deveria obedecer às cláusulas contratuais inseridas quando da instituição da parceria. Haveria condomínio em relação aos bens adquiridos, caso não venha mencionada a cota em contrato. Estipulada a proporção em contrato escrito ou no próprio documento, esta prevaleceria.

O artigo 9º do Substitutivo (art. 10 do Projeto) instituiria, como bem de família, o imóvel próprio e comum dos contratantes de parceria civil registrada, tornando-o impenhorável, nos moldes da Lei n.º 8.009/90. O artigo 10 inscreveria o parceiro como beneficiário do Regime Geral de Previdência Social, como dependente de seu parceiro segurado, desde que esteja registrado o contrato de parceria civil; extinto este, cancelaria-se, automaticamente, essa inscrição de beneficiário.

Da mesma forma, o art. 11, desde que comprovada a parceria civil, o parceiro seria considerado beneficiário da pensão prevista no inciso I do art. 217 da Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que disciplina o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.¹⁸⁷

O Projeto de Lei n.º 1.151/95 com as substituições, que visava disciplinar a união civil entre pessoas de mesmo sexo, foi retirado de pauta em 31/05/2001.

Em 1999, foi apresentada a Proposta de Emenda à Constituição n.º 67, de autoria do Deputado Federal Marcos Rolim, dispondo sobre a alteração do artigo 3º, inciso IV, e do artigo 7º, inciso XXX, da Constituição Federal de 1988.¹⁸⁸ Os dispositivos teriam a seguinte redação:

Artigo 3º, IV – promover o bem de todos sem preconceito de origem, raça,

¹⁸⁷ AZEVEDO, 2001, p. 486-487.

¹⁸⁸ A redação dos artigos 3º, inciso IV e 7º, inciso XXX, anterior à proposta de Emenda Constitucional n.º 67/99, é a seguinte:

Art. 3º, IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 7º, XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

sexo, orientação sexual, crença religiosa, cor, idade e quaisquer outras formas negativas, de discriminação.

Artigo 7º, inciso XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, orientação sexual, crença religiosa, idade, cor ou estado civil.

Em 31/01/2003, a Proposta de Emenda à Constituição n.º 67/99 foi arquivada nos termos do Artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.¹⁸⁹

No que concerne à competência, as demandas envolvendo a identificação de entidade familiar nas relações homoafetivas tramitavam nas varas cíveis, sendo reconhecidas como sociedades de fato e submetidas à esfera do Direito das Obrigações para a obtenção da tutela dos efeitos jurídicos.

Entretanto, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, reconheceu a competência das varas de família para julgar as ações decorrentes de relacionamentos homossexuais, como podemos observar:

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. RELAÇÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DA VARA DE FAMÍLIA E DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INOCORRÊNCIA DE NULIDADE DA SENTENÇA. PRECEDENTES. 1. Não ocorre carência de fundamentação na decisão que deixa de se referir expressamente ao texto de lei que subsidiou a conclusão esposada pelo julgador quanto à decisão do caso. 2. Está firmado em vasta jurisprudência o entendimento acerca da competência das Varas de Família para processar as ações em que se discutem os efeitos jurídicos das uniões formadas por pessoas do mesmo sexo. 3. Não há falar em impossibilidade jurídica do pedido, pois a Constituição Federal assegura a todos os cidadãos a igualdade de direitos e o sistema jurídico encaminha o julgador ao uso da analogia e dos princípios gerais para decidir situações fáticas que se formam pela transformação dos costumes sociais. 4. Não obstante a nomenclatura adotada para a ação, é incontroverso que o autor relatou a existência de uma vida familiar com o

¹⁸⁹ Regimento Interno da Câmara dos Deputados - Art. 105. Finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação, bem como as que abram crédito suplementar, com pareceres ou sem eles, salvo as:

I - com pareceres favoráveis de todas as Comissões;

II - já aprovadas em turno único, em primeiro ou segundo turno;

III - que tenham tramitado pelo Senado, ou dele originárias;

IV - de iniciativa popular;

V - de iniciativa de outro Poder ou do Procurador-Geral da República.

Parágrafo único. A proposição poderá ser desarquivada mediante requerimento do Autor, ou Autores, dentro dos primeiros cento e oitenta dias da primeira sessão legislativa ordinária da legislatura subsequente, retomando a tramitação desde o estágio em que se encontrava. (BRASIL. Câmara dos Deputados. **Regimento interno**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>> Acesso em: 12 fev. 2007).

companheiro homossexual. 5. No entanto, embora comprovada a relação afetiva entretida pelo par, não há prova suficiente da constituição de uma entidade familiar, nos moldes constitucionalmente tutelados. Por igual, não há falar em sociedade de fato, por não demonstrada contribuição à formação do patrimônio, nos moldes da Súmula 380 do STF. AFASTADAS AS PRELIMINARES, NEGARAM PROVIMENTO, À UNANIMIDADE.¹⁹⁰

As questões que envolvem partilha do patrimônio adquirido em comum por indivíduos do mesmo sexo¹⁹¹, estão sendo decididas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no sentido de reconhecer a proteção jurídica patrimonial aos parceiros de mesmo sexo.

RELACIONAMENTO HOMOSSEXUAL. SOCIEDADE DE FATO. PARTILHA DE BEM IMÓVEL. 1. Cuidando-se de **união homossexual** e que constitui sociedade de fato, é possível partilhar o proveito econômico obtido pelo esforço comum do par. 2. Tendo as partes adquirido bem imóvel com o esforço comum delas, cabível sua divisão igualitária, devendo ser deduzido, no entanto, os valores pagos pela demandada por conta do negócio que entabularam relativamente à venda do bem. Recurso provido em parte, por maioria.¹⁹²

APELAÇÃO. UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA. Embora reconhecida na parte dispositiva da sentença a existência de sociedade de fato, os elementos probatórios dos autos indicam a existência de união estável. PARTILHA. A união homossexual merece proteção jurídica, porquanto traz em sua essência o afeto entre dois seres humanos com o intuito relacional. Caracterizada a união estável, impõe-se a partilha igualitária dos bens adquiridos na constância da união, prescindindo da demonstração de colaboração efetiva de um dos conviventes, somente exigidos nas hipóteses de sociedade de fato. NEGARAM PROVIMENTO. (Segredo de Justiça)¹⁹³

No primeiro caso, cuida-se de sociedade de fato, onde não restou reconhecido o *status* familiar, em razão do que o patrimônio é partilhado com base em sociedade de fato, fundada na vedação ao enriquecimento ilícito, de acordo com

¹⁹⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70016239949. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em: 20 dez. 2006.

¹⁹¹ O tema do relacionamento entre pessoas de mesmo sexo ainda é terreno pouco explorado nos Tribunais Superiores. Como se pode observar, no Superior Tribunal de Justiça o entendimento acerca da união homossexual é o seguinte:

RELACIONAMENTO MANTIDO ENTRE HOMOSSEXUAIS. SOCIEDADE DE FATO. DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE. PARTILHA DE BENS. PROVA. ESFORÇO COMUM.

Entende a jurisprudência desta Corte que a união entre pessoas do mesmo sexo configura sociedade de fato, cuja partilha de bens exige a prova do esforço comum na aquisição do patrimônio amealhado.

STJ. Quarta Turma. REsp. 648763/RS; Recurso Especial 2004/0042337-7. Ministro: Cesar Asfor Rocha. Data do julgamento: 07.12.2006, Data da publicação: DJ. 16.04.2007, p. 204.

¹⁹² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70015674195. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em: 27 set. 2006.

¹⁹³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Oitava Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70006542377. Relator: Rui Portanova. Julgado em: 11 set. 2003.

o aporte econômico individual. No segundo caso, a decisão trilha no caminho do reconhecimento dos requisitos caracterizadores de família, pelo que se aplica o regime da partilha igualitária dos bens (meação), independentemente da contribuição econômica dos companheiros.

O ser humano, quando não pode prover suas necessidades, depende de amparo de seus semelhantes para a sobrevivência. Assim, os alimentos constituem-se em prestação de caráter assistencial e devem levar em conta a necessidade de quem reclama e a capacidade da pessoa obrigada (CC, artigo 1.694, § 1º).

Os alimentos podem ser fixados na ação de alimentos em decorrência do parentesco, entre pais e filhos e parentes em linha e colateral até 2º grau (CC, artigo 1.694, combinado com os artigos 1.696 e 1.697; Lei n.º 5.478/68, artigo 4º); na ação de separação judicial, divórcio, de anulação de casamento e de dissolução da união estável, reciprocamente aos cônjuges ou conviventes e aos filhos (CC, artigo 1.694, combinado com os artigos 1.703 e 1.704); e na ação de reparação para ressarcir a vítima por ato ilícito (CC, artigos 948, inciso II, e 950).

Com efeito, na esfera das relações entre pessoas do mesmo sexo, o direito a alimentos ainda é terreno pouco explorado, havendo o entendimento de que a união homossexual, por inexistente expressa previsão legal no Direito de Família, não geraria direito a alimentos, ressalvando-se somente a hipótese da existência de um testamento com disposições nesse sentido. Ademais, não seria cabível a ação de alimentos na dissolução do relacionamento homossexual, mesmo consensual, restando aos parceiros socorrerem-se do direito das obrigações.¹⁹⁴ A propósito dessa discussão, o tema ainda é campo fértil para construção de sustentações, no sentido de que o reconhecimento dessas uniões como entidades familiares, fundado no direito à igualdade e a vedação à discriminação, poderia ensejar demandas postulando prestação alimentícia.

¹⁹⁴ BRENER, Ana Cristina. As uniões homoafetivas e seus aspectos patrimoniais. In: MADALENO, Rolf (Coord.). **Ações de direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.220-221.

Com o fim de elucidar o conteúdo dos alimentos, Luiz Edson Fachin¹⁹⁵ refere:

Na exegese estrita da expressão “necessidades vitais” há uma idéia inexata do juízo de necessidade. É vital sim sugerir o que nem sempre está no conteúdo dos alimentos. Não é possível viver dignamente sem a educação, mesmo que se possa sem ela subsistir. É reticente adjetivar a necessidade sendo vital, pois há necessidades que são vitais para a sobrevivência, só que não do ponto de vista biológico, mas que devem estar contidas, o quanto possível, na prestação alimentícia. A educação, na formação e na realização do indivíduo como ser social é fundamental, mesmo que não seja vital no sentido estrito. Na direção legal, a referência é às necessidades, em sentido amplo, como está no artigo 1.694 do CCB de 2002.

Quanto aos direito sucessórios, há rigorosa disciplina estatuída pelo Código Civil Brasileiro de 2002. O chamamento dos sucessores é feito de acordo com uma seqüência denominada ordem de vocação hereditária, prevista no artigo 1.829¹⁹⁶, do Código Civil. Na relação preferencial pela qual a lei chama determinadas pessoas à sucessão hereditária não figura o parceiro homossexual, pois este, aos olhos da lei, não possui condição de cônjuge e nem de companheiro.

Considerando-se sua fonte, a sucessão, além de legítima, pode ser testamentária (artigo 1.786), decorrendo de disposições de última vontade, caso em que há possibilidade de transmissão de herança ao parceiro homossexual, a título de herdeiro testamentário ou legatário.

Deve-se lembrar que, no âmbito das relações entre pessoas de mesmo sexo, uma questão vem suscitando muitas discussões: a adoção.

Para Maria Claudia Brauner¹⁹⁷ a “adoção de uma criança ou adolescente, ao

¹⁹⁵ FACHIN, 2003, p. 286.

¹⁹⁶ Art. 1.829 do Código Civil Brasileiro de 2002. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.641); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III – ao cônjuge sobrevivente;

IV – aos colaterais.

¹⁹⁷ BRAUNER, Maria Claudia Crespo; Azambuja, Maria Regina Fay de. A releitura da adoção sob a perspectiva da doutrina da proteção integral à infância e adolescência. In: ANUÁRIO do Programa de Pós-graduação em Direito. São Leopoldo: Unisinos, 2002, p. 149.

mesmo tempo em que nos põe em sintonia com um instituto extremamente atual, delineado pelo Princípio da Doutrina da Proteção Integral à Criança e ao Adolescente, nos remete a uma prática que já se fazia presente no início da história das civilizações”.

Neste ponto, está em exame o instituto da adoção na perspectiva dos indivíduos partícipes de relações homossexuais e que objetivam constituir uma família e transmitir afeto a uma criança ou adolescente.¹⁹⁸

No estudo da proteção integral da criança e da proibição de discriminação por orientação sexual, Roger Raupp Rios¹⁹⁹ conclui que:

¹⁹⁸ Em comentário às inéditas decisões judiciais do Rio Grande do Sul, Enézio Silva refere: [...] estes recentes avanços judiciais, possibilitando a adoção homoafetiva biparental, são o fruto do amadurecimento científico em torno da homossexualidade, da derrocada de preconceitos infundados e de inúmeras decisões judiciais que, em nosso país, já vinham deferindo adoções a uma só pessoa de orientação afetivo-homossexual, mesmo esta não escondendo a sua orientação sexual ou afirmando que convivia com outra pessoa do mesmo sexo no mesmo ambiente afetivo.

Constróem-se, progressivamente, neste sentido, as bases jurisprudencial e doutrinária para o Poder Judiciário brasileiro fazer inteira justiça, com relação à realidade hipócrita que ainda tem permeado a maioria dos Juizados da Infância e da Juventude do país: quando um casal homoafetivo preenche os traços modernamente reconhecidos pelos familiaristas como caracterizadores de uma família e deseja adotar, um(a) dos(as) homossexuais tem que escolher qual deles(as) formalizará o pedido de constituição do vínculo definitivo da paternidade/maternidade para com o(s) menor(es), mediante adoção, e os(as) dois(duas), após o deferimento, acabam educando e criando, juntos, o ser humano, que, de fato, já estava inserido em seu lar substituto biparental (e não falsamente monoparental, como muitos magistrados preferem continuar vendo - pois não crêem que duas pessoas, sendo de idêntico sexo biológico, possam se amar e serem felizes na mesma ambiência, a partir de base sólida de convivência afetiva). Pela primeira vez no constitucionalismo pátrio, a Constituição Federal de 1988 rompeu com a noção familiar atrelada somente ao casamento, elevando a família, qualquer que seja ela, à base da sociedade e, por isto, merecedora de plena e especial proteção do Estado (art.226, "caput", CF/88). Neste sentido, não é o ente estatal, nem o constituinte e nem os parlamentares de posições religiosas fundamentalistas que devem dizer o que é família, mas a complexa dinâmica social, que tem na aproximação (pela afetividade mútua e pelo desejo comum de convivência), a viga-mestra da composição familiar, distinguindo-a das demais interações humanas. Ao lado dos tipos familiares, reconhecidos de modo exemplificativo no citado art. 226 da Lei Maior - § 1º, § 2º (família casamentária), § 3º (união estável) e § 4º (família monoparental, independente da orientação sexual dos pais e dos seus descendentes) - o Poder Judiciário vêm reconhecendo modalidades de família não prevista literalmente (como as uniões homossexuais afetivamente sólidas), mas inclusas na cláusula protetora geral que é o "caput", do referido art. 226.

Os parágrafos de tal artigo, em sua inteireza, não devem ser interpretados taxativamente, pois a redação do "caput" é de dispositivo constitucional de inclusão. No já aberto caminho jurisprudencial de reconhecimento de efeitos jurídico-familiares às uniões homoafetivas, parte sensível do Poder Judiciário (como o citado TJ/RS) vem, de modo muito coerente, utilizando-se do recurso integrativo da analogia (art. 4º da LICC), já que, por ora, não há lei federal regulamentadora das conseqüências jurídicas das uniões homossexuais no Brasil.

É deste modo que, no presente, pode-se assistir à constituição do vínculo de filiação adotiva entre um menor e dois homossexuais que, caso se amem verdadeiramente, podem formar, como todas as demais pessoas (declarada ou presumidamente heterossexuais ou bissexuais) um ambiente familiar adequado ao normal desenvolvimento de um ser humano. (SILVA, Enézio de Deus da. **Decisões judiciais inéditas viabilizam adoção por casais homossexuais no Brasil**. Disponível em: <http://www.ibdfam.com.br/public/artigos.aspx?codigo=249> Acesso em: 13 out. 2006).

¹⁹⁹ RIOS, 2001, p. 139-140.

Não há como justificar vedação, em princípio, da adoção de crianças por homossexuais. Isto porque, enquanto modalidade de orientação sexual, não se reveste de caracteres de doença, morbidez, desvio ou anormalidade em si mesma, não autorizando, portanto, a sustentação de uma “regra geral” impeditiva de adoção.

Neste momento, gize-se que a ausência de fundamentação racional não pode ser substituída, numa sociedade democrática e plural, pelo subjetivismo de que quer que seja, juiz, assistente social, médico ou psicólogo, dentre outros. Isto seria destruir a democracia, anular as diferenças individuais e instituir o arbítrio de uns (mesmo que eventualmente majoritários) em face dos demais.

Ao contrário, o princípio da igualdade exige que homossexuais e heterossexuais tenham avaliadas, objetivamente, as condições que oferecem para propiciar o melhor desenvolvimento possível para a personalidade da criança; para tanto, não se pode considerar, por si só nem isoladamente, a orientação sexual do adotante.

Conclui-se, portanto, que a proibição de adoção fundada exclusivamente na homossexualidade revela ausência de fundamentação racional suficiente para a imposição de um critério discriminatório, proceder que afronta, gravemente, o princípio constitucional da igualdade.

Considerando-se as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA²⁰⁰, não haveria impedimentos para a adoção por ambos os parceiros homossexuais, uma vez que o artigo 28²⁰¹ do ECA ao autorizar a colocação em família substituta, não a define, como fez o artigo 25²⁰² da mesma lei, relativamente à família natural.

Diante do fato de o Estatuto da Criança e do Adolescente autorizar a adoção por uma única pessoa, isto é, ser privilegiado o direito individual de guarda, tutela e adoção garantido a todo o cidadão, independentemente de sua orientação sexual, com os mesmo fundamentos, é possível concluir que a união homossexual, fundada em relacionamento de afeto, respeito, lealdade e convivência duradoura, não pode ser qualificada como incompatível com a adoção por um ou ambos os conviventes.

²⁰⁰ O artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente contempla: Podem adotar os maiores de 21 anos, independentemente do estado civil.

A maioria alterou-se com a nova codificação. Em conformidade com as disposições do artigo 5º do Código Civil Brasileiro de 2002, a menoridade cessa aos 18 (dezoito) anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

²⁰¹ Artigo 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente. A colocação em família substitua far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta lei. Parágrafo 2º. Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as conseqüências decorrentes da medida.

²⁰² Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 25: “Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes”.

Consubstanciando esse entendimento, recente julgamento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por decisão unânime, reconheceu a existência de entidade familiar em união entre homossexuais e concedeu a possibilidade de adoção a seus integrantes.

APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (SEGredo DE JUSTIÇA)²⁰³

Nas circunstâncias descritas, a adoção não deve ser obstada, sob pena de não ser oportunizado um lar, uma família, o direito ao afeto, à educação, à felicidade e o respeito à dignidade humana a alguma criança ou adolescente.

No exame das uniões entre pessoas do mesmo sexo sob a perspectiva civil-constitucional, Maria Celina Bodin de Moraes²⁰⁴ enfatiza:

A partir do reconhecimento da existência de pessoas definitivamente homossexuais, ou homossexuais inatas, e do fato de que tal orientação ou tendência não configura doença de qualquer espécie, mas uma manifestação particular do ser humano, e considerando, ainda, o valor jurídico do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, ao qual está definitivamente vinculado todo o ordenamento jurídico, e da conseqüente vedação à discriminação em virtude da orientação sexual, parece que as relações entre pessoas do mesmo sexo devem merecer *status* semelhante às demais comunidades de afeto, podendo gerar vínculo de natureza familiar.

Para tanto, dá-se como certo o fato de que a concepção sociojurídica de família mudou. E mudou seja do ponto de vista de seus objetivos, não mais exclusivamente de procriação, como outrora, seja do ponto de vista da proteção que lhe é atribuída.

²⁰³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70013801592. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em: 05 abr. 2006.

²⁰⁴ MORAES, 2000, p. 109.

Atualmente, a tutela jurídica não mais é concedida à instituição em si mesma, mas à família como um grupo social, como ambiente no qual seus membros possam, individualmente, melhor se desenvolver (CF, artigo 226, parágrafo 8°).

Com a superação da idéia tradicional de família composta exclusivamente por pessoas de sexo diferente, para encará-la como um núcleo de desenvolvimento da dignidade de indivíduos que se unem por laços de afeto, não se justifica sua exclusão do âmbito de tutela jurídica das famílias.

Enfrentando a questão atinente à qualificação das relações entre pessoas de mesmo sexo como entidades familiares, Paulo Luis Netto Lôbo²⁰⁵ anuncia:

Quando preencherem os requisitos de afetividade, estabilidade, ostensibilidade, as uniões homossexuais serão tidas como entidades familiares constitucionalizadas. A norma de inclusão do artigo 226 da Constituição Federal apenas poderia ser excepcionada se houvesse outra norma de exclusão explícita de tutela dessas uniões. Entre as entidades familiares explícitas há a comunidade monoparental, que dispensa a existência de par andrógino (homem e mulher). A ausência de lei que regulamente essas uniões não é impedimento para sua existência, porque as normas do artigo 226 são auto-aplicáveis, independentemente de regulamentação. Por outro lado, não vejo necessidade de equipará-las à união estável, que é entidade familiar completamente distinta, somente admissível quando constituída por homem e mulher (artigo 226, parágrafo 3°). Os argumentos que têm sido utilizados no sentido da equiparação são dispensáveis, uma vez que as uniões homossexuais são constitucionalmente protegidas enquanto tais, com sua natureza própria.

Para o dimensionamento das questões jurídicas envolvendo a homossexualidade, revela-se indiscutível a importância do princípio da igualdade. Do mesmo modo, avulta a necessidade, para a elaboração de uma dogmática mais comprometida com os acontecimentos sociais, da consideração de proteção jurídica da dignidade humana das pessoas envolvidas em relacionamentos homossexuais.

No exame da homossexualidade e da proteção constitucional à dignidade da pessoa humana, Roger Raupp Rios²⁰⁶ pondera que:

²⁰⁵ LÔBO, 2004a, p. 16.

²⁰⁶ RIOS, 2001, p. 89-95.

O princípio da proteção da dignidade da pessoa humana tem como núcleo essencial a idéia de que a pessoa humana é um fim em si mesma, não podendo ser instrumentalizada ou descartada em função das características que lhe conferem individualidade e imprimem sua dinâmica social. [...]

De fato, ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoa, (na qual sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana.

[...] o respeito à orientação sexual é aspecto fundamental para a afirmação da dignidade da humana, não sendo aceitável, juridicamente, que preconceitos legitimem restrições de direitos, servindo para o fortalecimento de estigmas sociais.

O Direito é produto do meio social e não pode furtar-se a reconhecer fatos sociais evidentes, decorrentes da própria natureza humana, ou da mudança de costumes. E um desses fatos sociais inegáveis é a homossexualidade e as uniões afetivas dela derivadas, que reclamam disciplina e tutela jurídicas.

Partindo-se da compreensão de que há multiplicidade de formas para a constituição de famílias, torna-se imprescindível a inclusão de relações homossexuais no cenário jurídico. Referindo-se a esta noção, Luiz Edson Fachin²⁰⁷ assevera:

Humanismo e solidariedade constituem, quando menos, duas ferramentas para compreender esse desafio [...] Reaprender o significado de projeto de vida em comum é uma tarefa que incumbe a todos, num processo sacudido pelos fatos e pela velocidade das transformações.

Em momento algum pode o Direito fechar-se feito fortaleza para repudiar ou discriminar. O medievo jurídico deve sucumbir à visão mais abrangente da realidade, examinando e debatendo os diversos aspectos jurídicos que emergem das parcerias de convívio e de afeto. Esse é um ponto de partida para desatar alguns “nós” que ignoram os fatos e desconhecem o sentido de refúgio qualificado prioritariamente pelo compromisso sócio-afetivo.

O Direito de Família Brasileiro contemporâneo descobre seu caminho ao contemplar a possibilidade de múltiplas fontes para as relações humanas familiares, desde que essas se constituam direcionadas ao desenvolvimento da personalidade de seus integrantes. Na atualidade, a preocupação focaliza-se em propiciar a preservação da dignidade dos indivíduos, mediante a conversação de qualquer

²⁰⁷ FACHIN, 1997, p. 124.

comunidade afetiva, estável e duradoura, vincada pela congregação de esforços e pela intenção de ser reconhecida como entidade familiar.

Consolidam-se outros valores e o Direito ruma ao encontro da sintonia com a realidade social brasileira. Assim, é imperioso reconhecer-se uma entidade familiar nas hipóteses de relação existente duas pessoas, independentemente da diversidade sexual, como um núcleo de coexistencialidade estável, público, duradouro, fundado no afeto e com a observância dos deveres de lealdade, respeito e mútua assistência.

É preciso que o Direito esteja acima dos conceitos estigmatizantes, porque das relações de afeto, hetero ou homossexuais, decorrem conseqüências patrimoniais, e não dar a cada um o que é seu foge aos ideais de justiça. Interessa ao Direito então, saber se as relações homossexuais duradouras, contínuas, estáveis e monogâmicas constituem uma entidade familiar, ou mesmo união estável nos moldes da união heterossexual. A decisão sobre as uniões de pessoas do mesmo sexo não pode significar apologia da homo ou da heterossexualidade, ou de minorias, pois estas divergem nas premissas e argumentos que fundam suas posições. O objetivo de trazer a discussão das relações homoafetivas para o Direito é o de se pensar no ideal de justiça e da não-expropriação da cidadania, a consideração e a inclusão das diferenças no laço social.²⁰⁸

As relações entre pessoas do mesmo sexo sempre existiram e jamais deixarão de existir. Sob o amparo da repressão, preconceito e discriminação não será possível conter fato que está presente na história da formação dos povos e na realidade social brasileira.

Com efeito, a compreensão da pluralidade de modelos de famílias sinaliza para a continuidade do estudo; neste *iter*, deve ser contemplada uma percepção contemporânea da família com esclarecimentos acerca da abertura ou taxatividade do rol de entidades familiares explicitado na Constituição Federal Brasileira de 1988

²⁰⁸ PEREIRA, R. C., 2004a, p. 155.

e, frente à multiplicidade de arranjos familiares, aferir-se as hipóteses de famílias simultâneas, importantes questões a serem apreciadas no próximo capítulo.

4 UMA VISÃO CONTEMPORÂNEA DA FAMÍLIA

É na família que se sucederão os fatos elementares da vida do ser humano desde o momento de seu nascimento até a sua morte. A família é o terreno fecundo para atividades de cunho natural, biológico e para os fenômenos culturais, tais como as escolhas profissionais e afetivas, além da vivência dos problemas e sucessos.

No que concerne às transformações contemporâneas das famílias, Roger Raupp Rios argumenta

ter sido, primeiramente, observada no mundo dos fatos a instauração de um tipo de relação familiar que privilegiava a satisfação afetiva conjunta dos cônjuges, informado pelas aspirações de intimidade e reciprocidade no seio familiar – a chamada ‘família fusional’. A partir da década de oitenta, esta configuração vai alterar-se ainda mais, configurando a chamada ‘família pós-moderna’, que se caracteriza pelo predomínio da individualidade de cada um dos seus membros sobre a comunidade familiar.²⁰⁹

Hodiernamente, o reconhecimento constitucional da dignidade de outros modos de manifestação de convívio diferentes da tradicional família legítima fundada no matrimônio e com a igualdade de direitos e de deveres entre homem e mulher na sociedade conjugal²¹⁰, promoveram um rompimento com a concepção unitária da família.

A valorização do ser humano na organização familiar, conquistada a partir da normativa constitucional, permite que a ordem jurídica recolha e atribua efeitos jurídicos aos plúrimos estilos de vida em comum dos indivíduos, alcançando a diversidade de relações interpessoais e integrando sentimentos e valores.

A ampliação do espectro da família, com o acolhimento de novas estruturas de convívio constituintes das concretas formações familiares contemporâneas e a noção do afeto, como um elemento a ser considerado no interior destas relações, possibilitaram a renovação do Direito de Família.

²⁰⁹ RIOS, 2001, p. 103.

²¹⁰ Constituição Federal de 1988, art. 226, § 5º: “Os direitos referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Com a preocupação em operacionalizar a tutela jurídica à dignidade das pessoas integrantes das famílias, surgiu um fenômeno jurídico-social caracterizado como tendência à repersonalização, mediante a elevação do indivíduo ao ápice do ordenamento jurídico, precisamente, nas relações de família em detrimento da prevalência de questões de ordem patrimonial.

A repersonalização²¹¹ das relações de família fixa o sentido de que a proteção do patrimônio não deve suplantar a proteção das pessoas. Desse modo, o interesse a ser tutelado não é mais o do grupo organizado como esteio do Estado e das relações de produção existentes, mas das condições que permitam à pessoa humana realizar-se íntima e afetivamente, nesse pequeno grupo social.

Atualmente, percebe-se que os membros da família são mais importantes que a preservação da entidade em si mesma. A relação entre os sujeitos da família, a qual pode apresentar uma pluralidade de fontes ao lado do matrimônio (união estável, família monoparental e outras) estabelece-se democraticamente, numa verdadeira comunhão de afeto e de vida.

É possível afirmar que a consagração dos princípios da igualdade e da dignidade humana²¹², no âmbito da família, constituiu caminho para a admissão de outras formas de relações de coexistência, fundadas em laços de afeto e de busca pela realização pessoal.

²¹¹ Em razão das transformações operadas na égide das famílias, Guilherme Calmon Nogueira da Gama assevera que a dignidade da pessoa humana, colocada no ápice do ordenamento jurídico, encontra na família o solo apropriado para o seu enraizamento e desenvolvimento, daí a ordem constitucional dirigida ao Estado no sentido de dar especial e efetiva proteção à família, independentemente da sua espécie. Propõe-se, por intermédio da repersonalização das entidades familiares, preservar e desenvolver o que é mais relevante entre os familiares: o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe, com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva civil-constitucional*. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coord.) **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro, Renovar, 2000, p. 520.

²¹² De acordo com a lição de Ingo Wolfgang Sarlet, basta-nos a referência à dupla função defensiva e prestacional da dignidade de tal sorte que o dispositivo (texto) que reconhece a dignidade como princípio fundamental encerra normas que outorgam direitos subjetivos de cunho negativo (não violação da dignidade), mas que também impõe condutas positivas no sentido de proteger e promover a dignidade, tudo a demonstrar a multiplicidade de normas contidas num mesmo dispositivo. SARLET, 2004b, p. 68-69.

Nessa trilha, referindo que a dignidade da pessoa humana dá conteúdo à proteção da família, cujo dever incumbe ao Estado, nos termos do artigo 226 da Constituição Federal Brasileira de 1988, Gustavo Tepedino²¹³ acrescenta:

[...] é a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas de direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o Direito de Família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social. De se abandonar, portanto, todas as posições doutrinárias que, no passado, vislumbraram em institutos do Direito de Família uma proteção supra-individual, seja em favor de objetivos políticos atendendo a ideologias autoritárias, seja por inspiração religiosa.

Prevalece a compreensão de que todas as relações humanas devem ser orientadas pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.²¹⁴ Esse deve ser considerado a linha segundo a qual se conforma todo o ordenamento jurídico. Trata-se de princípio direcionado a assegurar a intangibilidade da vida do ser humano, dela emanando o respeito à integridade física e psíquica dos indivíduos, a preservação das condições materiais mínimas para a sobrevivência e a observância dos preceitos fundamentais de liberdade e igualdade.

À família, no direito positivo é atribuída proteção especial na medida em que a Constituição entrevê o seu importantíssimo papel na promoção da dignidade humana. Sua tutela privilegiada, entretanto, é condicionada ao atendimento desta mesma função. Por isso mesmo, o exame da disciplina jurídica das entidades familiares depende da concreta verificação do atendimento desse pressuposto finalístico: merecerá tutela jurídica e especial a entidade familiar que efetivamente promova a dignidade e a realização da personalidade de seus componentes.²¹⁵

²¹³ TEPEDINO, Gustavo. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 326.

²¹⁴ Antônio Junqueira de Azevedo lembra que o princípio da dignidade da pessoa humana exige como pressuposto a intangibilidade da vida humana. Esclarecendo seu argumento, o autor afirma que sem vida não há pessoa e sem pessoa, não há dignidade. Diferentemente, o pressuposto desse princípio fundamental impõe concretização radical; ele logicamente não admite atenuação. Se afastado, nada sobra do princípio da dignidade. E esse princípio, se pudesse ser totalmente eliminado, não seria princípio fundamental. O preceito da intangibilidade da vida humana, portanto, não admite exceção; é absoluto e está, de resto, confirmado pelo *caput* do artigo 5º da Constituição Federal. (JUNQUEIRA, Antônio. Caracterização jurídica da dignidade humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**, São Paulo, v. 9, jan./mar. 2002, p. 14).

²¹⁵ TEPEDINO, op. cit., p. 326-327.

Na compreensão das formas de famílias, resta evidente que o referencial temporal utilizado é a Constituição Federal de 1988. Os efeitos trazidos para o Direito Privado são conhecidos, especialmente para o Direito Civil. Institutos eminentemente privados foram revolvidos em sua essência e convidados a redesenhar um outro modelo jurídico conformados à principiologia e às dimensões axiológicas da Constituição. Na senda da constitucionalização do Direito Civil, percebe-se que o Direito de Família foi um dos ramos que muito absorveu as mudanças e os influxos da humanização das relações jurídicas em nosso tempo.²¹⁶

Para o Direito Brasileiro, a idéia tradicional de família fundamentava-se em uma estrutura estática e nuclear, composta de pais e filhos unidos a partir de um casamento regulado pelo Estado. Como referido anteriormente, com o advento da Constituição Federal de 1988 (art. 226) houve a ampliação do conceito de família, restando afasta a existência de um modelo dominante de entidade familiar, o que conduz o intérprete na, exegese do texto constitucional brasileiro, a deduzir que não há uma única realidade familiar, mas a admitir a identificação da família em um quadro mais amplo, privilegiando a multiplicidade de configurações dos comportamentos humanos em sociedade.

Identificada a concepção plural acerca da formação de entidades familiares²¹⁷, torna-se imperioso regular e inserir no âmbito do Direito brasileiro, especialmente em matéria de família, outros relacionamentos interpessoais, nesse caso, as uniões homossexuais, com o fim de promover uma justiça mais atenta às realidades da vida no meio social.

No Brasil, a produção jurisprudencial sobre as conseqüências pessoais e patrimoniais das relações homossexuais é recente. No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJRS pode-se encontrar várias decisões judiciais que acabam por

²¹⁶ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Poder familiar nas famílias recompostas e o artigo 1.636 do CC/2002. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 162.

²¹⁷ Nas palavras de Luiz Edson Fachin: “a família não tem mais o desenho jurídico do ente familiar e patriarcal fundado na lei de desigualdade, exclusivamente matrimonializado e transpessoal. Ao largo do velho Código, e mesmo contra o Código Civil e até afrontando certos “códigos naturais”, os fatos foram veiculando sua reforma, que abriu portas na jurisprudência e na legislação esparsa. Assim, emergiu uma dimensão renovada, eudemonista, florescida para dar espaços à igualdade e à direção diárquica, à não-discriminação”. (FACHIN, 2003, p. 316).

extrair resultados das relações entre pessoas do mesmo sexo, objetivando não estigmatizar quem exerce orientação sexual diferente e contemplando a realidade na busca de soluções às questões que emergem de tais relacionamentos afetivos.

Nessa esteira, os julgamentos favoráveis ao reconhecimento das relações homoafetivas como entidade familiar, bem como do fato de que a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de publicidade, duração, continuidade e intenção de constituir família enseja a possibilidade de que seus componentes possam adotar, representam valiosa produção jurisprudencial a caminho do atendimento dos reclames das pessoas envolvidas em relacionamentos homoafetivos e que até então, ficavam com seus interesses excluídos da tutela jurisdicional.

A pluralidade de modelos familiares, o fato de que a sua organização não se esgote nas restritas formas de uma família nuclear, o fenômeno das reagregações de parentes (como resposta em termos de contatos humanos, educação e assistência dos menores, e de conveniência econômica, a uma sociedade fortemente industrializada) não devem ser ignorados na análise jurídica.²¹⁸

Neste passo, é impossível não reconhecer o fato de as famílias constituírem uma comunidade de afeto e entre ajuda, onde se acentuaram as relações de sentimentos entre os componentes do grupo familiar com a valorização das funções afetivas das famílias.²¹⁹ Conduzida pelos fundamentos da repersonalização, da afetividade, da funcionalização, da pluralidade e do eudemonismo, a renovada axiologia impingida ao Direito de Família fez prosperar uma configuração para as relações familiares.

Por tais motivos, há a necessidade das normas de Direito de Família sintonizarem-se com a realidade social, apreendendo dentro de seus limites todos os

²¹⁸ PERLINGIERI, 2002, p.250.

²¹⁹ As expectativas em relação à família estão, no imaginário coletivo, ainda impregnadas de idealizações, das quais a chamada família nuclear é um dos símbolos. A maior expectativa é de que ela produza cuidados, proteção, aprendizado dos afetos, construção de identidades e vínculos relacionais de pertencimento, capazes de promover melhor qualidade de vida a seus membros e efetiva inclusão social na comunidade e sociedade em que vivem. (CARVALHO, Maria do Carmo Brant de. O lugar da família na política social. In: CARVALHO, Maria do Carmo Brant de. (Org.). **A família contemporânea em debate**. São Paulo: Cortez, 2002, p. 15).

matizes dos comportamentos humanos, assumindo uma postura comprometida com as aspirações da sociedade e concretizando-se como instrumento de libertação e justiça social.

Contemplando a importância dos fatos sociais, explica Luiz Edson Fachin²²⁰:

A observação social dos fatos nas relações familiares revela dados novos, como as famílias monoparentais, as uniões entre pessoas do mesmo sexo, a filiação socioafetiva, num horizonte que revaloriza a família desatando alguns nós. Clama-se, e não é de agora, por um Direito de família que veicula amor e solidariedade.

Em verdade, uma lei se faz código no cotidiano concreto da força construtiva dos fatos, à luz de uma interpretação conforme os princípios, época e valores constitucionais. Será no porvir que a sociedade brasileira poderá nele ver uma família aberta e plural, até por que não pode haver família plenamente justa numa sociedade escancaradamente injusta.

A partir de tais considerações, deve-se ter presente que antever e concretizar a tutela à pessoa humana, propiciar um tratamento isonômico aos modelos de famílias e abrandar os conflitos originados nas relações familiares são incumbências de um Direito de Família comprometido com a respeitabilidade do ser humano em sociedade.

Por fim, como a Ciência do Direito não pode deixar de imiscuir-se nas relações humanas para assegurar uma convivência social igualitária, disciplinando de modo equilibrado todas as situações fáticas, presenciar-se-á uma crescente tendência à aceitação de outras formas de grupalidade familiar, já que a sociedade propicia o surgimento de novos valores, os quais exigirão uma resposta do ordenamento jurídico.

4.1 Do Pluralismo na Formação de Entidades Familiares

A Constituição Federal de 1988, ao estabelecer o capítulo VII, da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso, no Título VIII, da Ordem Social, dispôs em seu artigo 226, *caput*, que a família, base da sociedade, tem especial proteção do

²²⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.332.

Estado. No mesmo dispositivo, em seus parágrafos 1º e 2º previu normas relativas ao casamento, em seu § 3º reconheceu a união estável como entidade familiar e no seu § 4º fez o mesmo quanto à família monoparental.

Quanto ao reconhecimento da inexistência de um modelo único ou preferencial de família, Paulo Luiz Netto Lôbo²²¹ entende que:

[...] cada entidade familiar submete-se a estatuto jurídico próprio, em virtude de requisitos de constituição e efeitos específicos, não estando uma equiparada ou condicionada aos requisitos da outra. Quando a legislação infraconstitucional não cuida de determinada entidade familiar, ela é regida pelos princípios e regras constitucionais, pelas regras e princípios gerais do Direito de Família aplicáveis e pela contemplação de suas efetividades. Não pode haver, portanto, regras únicas, segundo modelos únicos ou preferenciais. O que as unifica é a função de locus de afetividade e da tutela da realização da personalidade das pessoas que as integram; em outras palavras, o lugar dos afetos, da formação social onde se pode nascer, ser, amadurecer e desenvolver os valores da pessoa. Não há, pois na Constituição, modelo preferencial de entidade familiar, do mesmo modo que não há família de fato, pois contempla o direito à diferença. Quando ela trata de família, está a referir-se a qualquer das entidades possíveis. Se há família, há tutela constitucional, com idêntica atribuição de dignidade.

A sociedade contemporânea aberta, plural, dinâmica, multifacetária e globalizada não permite mais a afirmação de um modelo fechado de estruturação familiar. Em meio às múltiplas mudanças axiológicas, torna-se difícil afirmar que exista um modelo oficial para as organizações familiares, uma espécie de “família estatal”, forjada no interesse público, em detrimento do desenvolvimento da personalidade de seus membros e violando suas dignidades.

Com efeito, o pluralismo das entidades familiares, uma das mais importantes inovações da Constituição Brasileira, relativamente ao Direito de Família, encontra-se ainda cercado de perplexidades quanto ao ponto: constituem elas *numerus clausus*, ou seja, existem só as entidades familiares enumeradas na parte da Carta Constitucional que trata da família ou podem existir outras formas de entidades familiares admitidas pelo legislador constitucional, mas que não estão explicitamente enumeradas?

²²¹ LÔBO, 2004a, p. 18.

Diante desse questionamento, Paulo Luiz Netto Lôbo aduz existirem várias áreas do conhecimento que têm a família ou as relações familiares como objeto de estudo e investigação, bem como identificam uma linha tendencial de expansão do que se considera entidade ou unidade familiar. As unidades de vivência²²² dos brasileiros são objeto de pesquisa anual e regular do IBGE, intitulada Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios (PNAD). Os dados dessa pesquisa têm revelado um perfil das relações familiares distanciado dos modelos legais. Conforme Paulo Luiz Netto Lôbo²²³, podem ser descritas como unidades de vivência encontradas na experiência brasileira atual, dentre outras:

- a) par andrógino²²⁴, sob regime do casamento, com filhos biológicos;
- b) par andrógino, sob regime de casamento, com filhos biológicos e filhos adotivos, ou somente com filhos adotivos, em que sobrelevam os laços de afetividade;
- c) par andrógino, sem casamento, com filhos biológicos (união estável);
- d) par andrógino, sem casamento, com filhos biológicos e com filhos adotivos ou apenas adotivos (união estável);
- e) pai ou mãe e filhos biológicos (comunidade monoparental);
- f) pai ou mãe e filhos biológicos e adotivos ou apenas adotivos (comunidade monoparental);
- g) união de parentes e pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe que a chefie, como no caso de grupo de irmãos, após o abandono ou falecimento dos pais;
- h) pessoas sem laços de parentesco que passam a conviver em caráter permanente, com laços de afetividade e de ajuda mútua, sem finalidade sexual ou econômica;
- i) uniões homossexuais, de caráter afetivo e sexual;
- j) uniões concubinárias, quando houver impedimento para casar de um ou de ambos os companheiros, com ou sem filhos;
- l) comunidade afetiva formada com “filhos de criação”, segundo generosa e solidária tradição brasileira, sem laços de filiação natural ou adotiva regular.

Como se depreende da leitura do artigo 226 é certo que as hipóteses “a” até “f” estão previstas na Constituição Federal de 1988, nos três tipos de entidades familiares que explicitou (o casamento, a união estável e a comunidade monoparental).

Em todos os tipos, há características comuns, sem as quais não configuram entidades familiares e, para Paulo Luiz Netto Lobo podem ser discriminadas as

²²² As unidades de vivência constituem-se em núcleos de indivíduos que se ligam por laços de consangüinidade, afetividade e solidariedade, com a finalidade de satisfazer as necessidades humanas enquanto seres de relação, isto é, indivíduos que naturalmente tendem à agregação.

²²³ LÔBO, 2004a, p. 1-2.

²²⁴ A expressão andrógino, no contexto, apresenta o significado de indivíduos de sexos diferentes.

seguintes²²⁵: a) afetividade, como fundamento e finalidade da entidade, com desconsideração do móvel econômico e escopo indiscutível de constituição de família; b) estabilidade, excluindo-se os relacionamentos casuais, episódicos ou descomprometidos, sem comunhão de vida e c) ostensibilidade, o que pressupõe uma unidade familiar que se apresente assim publicamente.

A interpretação dominante do artigo 226 da Constituição Federal, entre os civilistas, é no sentido de tutelar apenas os três tipos de entidades familiares explicitamente previstos, configurando *numerus clausus*. Para os adeptos da concepção que visualiza no texto constitucional a não admissão de outros tipos de entidades familiares além dos expressamente previstos, há controvérsia acerca da hierarquização entre eles, resultando duas teses antagônicas. A primeira de que há primazia do casamento, concebido com o modelo de família, o que afasta a igualdade entre os tipos, devendo os demais (união estável e entidade monoparental) receber tutela jurídica limitada. A segunda, no sentido de que há igualdade entre os três tipos, não havendo primazia do casamento, pois a Constituição assegura liberdade de escolha das relações existenciais e afetivas que previu, com idêntica dignidade.²²⁶

²²⁵ Paulo Luiz Netto Lobo, após explicitar as características comuns entre as entidades familiares, leciona que o direito também atribui a certos grupos sociais a qualidade de entidades familiares para determinados fins legais, a exemplo da Lei nº. 8.009, de 29.03.90, sobre a impenhorabilidade do bem de família; da Lei nº. 8.425, de 18.10.91, sobre locação de imóveis urbanos, relativamente à proteção da família, que inclui todos os residentes que vivam na dependência econômica do locatário; dos artigos 183 e 191 da Constituição Federal, sobre a usucapião especial, em benefício do grupo familiar que possua o imóvel urbano e rural como moradia. (LÔBO, 2004a, p. 3).

²²⁶ Conforme preleciona Paulo Luiz Netto Lobo: A tese I, da desigualdade, apresenta como principal argumento o enunciado final do §3º do artigo 226, referente à união estável: “devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. A interpretação literal e estrita enxerga regra de primazia do casamento, pois seria inútil, se de igualdade se cuidasse. Entretanto, o isolamento de expressões contidas em determinada norma constitucional, para extrair o significado, não é a operação hermenêutica mais indicada. Impõe-se a harmonização da regra com o conjunto de princípios e regras em que ela se insere. Ademais, a norma do §3º do artigo 226 da Constituição Federal não contém determinação de qualquer espécie. Não há imposição de requisito para que se considere existente união estável ou que subordine sua validade ou eficácia à conversão em casamento. Configura muito mais comando ao legislador infraconstitucional para que remova os obstáculos e dificuldades para os companheiros que desejem se casar, se quiserem, a exemplo da dispensa da solenidade de celebração. Em face dos companheiros, apresenta-se como norma de indução. No entanto, para os que desejarem permanecer em união estável, a tutela constitucional é completa, segundo o princípio de igualdade que se conferiu a todas as entidades familiares. E não pode o legislador infraconstitucional estabelecer dificuldades ou requisitos onerosos para ser concebida a união estável, pois facilitar uma situação não significa dificultar outra”. A tese II, fundada na igualdade dos tipos de entidades, está em maior consonância com as disposições constitucionais, pois além do princípio da igualdade das entidades, como decorrência natural do pluralismo reconhecido pela Constituição, há de se ter presente o princípio da liberdade de escolha, como concretização do macroprincípio da dignidade da pessoa humana. A liberdade de escolher e constituir a entidade familiar que melhor corresponda à realização existencial do indivíduo consulta a dignidade da pessoa humana. Inobstante, o avanço da tese II, ainda é considerada insuficiente. (LÔBO, 2004a, p. 4-5).

A proteção da família, a partir da Constituição Federal de 1988, leva em conta como elementos essenciais: os laços afetivos e a comunhão espiritual e de vida; valorizando tanto a família matrimonializada quanto a originada fora do âmbito disciplinado pelo casamento e, evidenciando os múltiplos perfis com que se apresentam as relações familiares no meio social.

Vislumbra-se a ocorrência de uma grande transformação no âmbito de vigência da tutela constitucional às famílias. Na explicação de Paulo Luiz Netto Lôbo²²⁷:

No *caput* do artigo 226 da Constituição Federal de 1988 verifica-se que não há qualquer referência a determinado tipo de família.

No momento em que houve a supressão da locução "constituída pelo casamento" (locução presente nas disposições do artigo 175, da Constituição Federal de 1967 – 1969) sem a substituição por outra equivalente, foi colocada sob a tutela constitucional "a família", isto é, qualquer família.

Quando em seus parágrafos, referir a tipos determinados, para atribuir-lhes certas conseqüências jurídicas, não significa a reinstituição da cláusula de exclusão, como se ali estivesse a locução "a família, constituída pelo casamento, pela união estável ou pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos".

A interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns restringindo direitos subjetivos, porque o objeto da norma não é a família, como valor autônomo, em detrimento das pessoas humanas que a integram.

O "*caput*" do artigo 226 da Constituição Federal é considerado cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os mencionados requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade.

A regra presente no § 4º do artigo 226 integra-se à cláusula de inclusão, sendo esse o sentido do termo "também" nela contido. "Também" tem o significado de igualmente, de inclusão de fato sem exclusão de outros. Quando dois forem os sentidos possíveis (inclusão e exclusão), deve ser prestigiado o que melhor responde à realização da dignidade da pessoa humana, sem desconsideração das entidades familiares reais não explicitadas no texto.

²²⁷ A Constituição Federal estabelece três preceitos, de cuja interpretação chega-se à inclusão das entidades familiares não referidas explicitamente. São eles, chamando-se atenção para os termos em destaque:

- a) Constituição Federal de 1988, artigo 226. "**A família**, base da sociedade, tem especial proteção do Estado". (*caput*)
- b) "§ 4º **Entende-se, também como entidade familiar** a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes".
- c) "§ 8º O Estado assegurará a assistência **à família na pessoa de cada um que a integram**, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações". (grifos no original) Cfe. (LÔBO, op. cit., p. 6-7).

Conclui-se que o elenco de entidades familiares explicitado nos parágrafos do artigo 226 da Constituição Federal é meramente exemplificativo, sem embargo de serem as mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. Assim, as demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no *caput*. E como todo conceito indeterminado, depende de concretização de tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade. Impende-se aferir que os tipos de entidades familiares explicitamente referidos na Constituição Federal Brasileira não encerram *numerus clausus*. As entidades familiares, assim entendidas as que preenchem os requisitos de afetividade, estabilidade, ostensibilidade, estão constitucionalmente protegidas, como tipos próprios, tutelando-se os efeitos jurídicos pelo Direito de Família.²²⁸

A pluralidade de formas na constituição de famílias tornou-se realidade reconhecida no Direito Brasileiro, a partir da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu regras supremas informadoras de todo o ordenamento infraconstitucional, como critérios e parâmetros a orientarem a interpretação e compreensão das questões referentes à família.

Com o enaltecimento do princípio do pluralismo na formação das famílias empreendido pelo texto constitucional, a interpretação das normas jurídicas infraconstitucionais na tarefa de apaziguar a diversidade de conflitos familiares, deve ser conduzida de forma criativa e aberta, partindo-se da situação fática concreta e em consonância com os princípios da igualdade, da liberdade, da dignidade da pessoa humana e de proteção à intimidade e à privacidade.

Primordialmente, os laços sanguíneos têm relevância para a constituição de uma entidade familiar, no entanto, a continuidade dos vínculos do grupo familiar encontra sustentação na noção de afeto. Em virtude deste elemento as famílias formam-se ou se desfazem. A respeito dessa idéia, Pietro Perlingieri²²⁹ observa:

²²⁸ LÔBO, 2004a, p. 7-17.

²²⁹ PERLINGIERI, 2002, p. 244.

O merecimento de tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas que se traduzem em uma comunhão espiritual e de vida. Para tornar possível a participação também aos menores que não tenham tido ou tenham perdido a possibilidade de uma estável comunhão de afetos, o ordenamento prevê a constituição, com a mesma dignidade em relação à família *iure sanguinis*, de uma formação social onde convivem pessoas ligadas por relações conjugais e/ou de filiação, origine-se esta última da geração no casamento, daquela natural, da legitimação, das adoções.

Os organismos familiares, independentemente do formato, têm uma própria identidade e relevância jurídica e contribuem para propiciar o desenvolvimento da pessoa. A sucessão de fatos que pode marcar a existência de uma comunidade familiar, como por exemplo, a separação dos cônjuges ou companheiros, não determina o término das relações de família, as quais continuam mediante a manutenção dos vínculos afetivos entre pais e filhos.

Tendo em vista essa multiplicidade de formas familiares, Cecilia Grosman e Irene Martínez Alcorta²³⁰, aduzem:

El reconocimiento de tipos familiares diversos y su expresión en los discursos del saber, al darles legitimidad y desnudar mitos, actúa en el dominio de las conductas, valores y representaciones sociales. Representa, igualmente, la afirmación del principio democrático que exige el respeto por las diferencias. Es necesario advertir que la elaboración de categorías en modo alguno significa diferenciar o discriminar; sólo tiene una connotación instrumental destinada a indagar las diferentes prácticas y percepciones y en función de los resultados elaborar políticas públicas y regulaciones legales que apoyen un mejor funcionamiento familiar. Es necesario tener presente que los variados tramos de la organización del espacio íntimo pueden constituir secuencias del ciclo vital familiar de una misma persona. Así, una mujer casada con hijos que se divorcia y luego vuelve a contraer un nuevo matrimonio ha experimentado el modelo de familia nuclear intacta, luego la forma de hogar monoparental, más tarde la familia ensamblada y, finalmente, al fallecer el cónyuge, de nuevo transita por la monoparentalidad originada en la viuvez. Es lo que se ha denominado 'cadena compleja de transiciones familiares'. Estas trayectorias familiares varían según la edad, sexo, y condición social de los protagonistas, pues existe una mayor o menor posibilidad de conformar nuevas uniones según las variables sociológicas mencionadas.

Frente a essas considerações, percebe-se que as formas familiares atuais preocupam-se em proteger seus integrantes nas diferentes etapas do ciclo vital e

²³⁰ GROSMAÑ; ALCORTA, 2000, p. 32.

promover, em cada um dos estágios de convivência, a proteção psicossocial necessária ao bom relacionamento dos indivíduos entre si e com o meio social.

Como resultado da variedade de arranjos familiares, não pode ser descartada a eventual hipótese de identificação do fenômeno da simultaneidade familiar. Assim sendo, no próximo capítulo tratar-se-á do potencial reconhecimento de famílias paralelas, isto é, das possíveis configurações da simultaneidade familiar.

4.2 Reconhecimento Jurídico das Famílias Simultâneas

A existência de núcleos simultâneos na realidade da família brasileira evidencia ainda mais o pluralismo na composição das entidades familiares, formações sociais, tuteladas na exata medida em que se constituam organismos comprometidos com o desenvolvimento e realização das necessidades humanas.

Na análise da passagem da concepção transpessoal ao princípio eudemonista, Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk²³¹ enfatiza que:

O sentido de proteção jurídica da família transforma-se na medida em que se privilegia a relação coexistencial concreta de seus componentes em detrimento da tutela de um ente abstrato e transpessoal. As causas desse fenômeno não residem simplesmente em uma vontade do legislador, mas, sim, na concreta mudança ocorrida no âmbito das funções e da estrutura da família ao longo do século XIX. O Direito acaba por apreender essas mudanças, consagrando um princípio que pode ser denominado de “eudemonista”. Por essa concepção, o indivíduo não pensa que existe para a família e o casamento, mas que a família e o casamento existem para seu desenvolvimento pessoal. O eudemonismo é doutrina que enfatiza o sentido da busca, pelo sujeito, de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, como se infere do disposto na primeira parte do parágrafo 8º do artigo 226 da Constituição Federal.

A nova configuração das relações familiares, como espaço de proteção ao desenvolvimento pleno de ser humano e a atribuição de valor jurídico ao afeto, desencadeou o enfraquecimento da anterior visão institucionalista acerca da família,

²³¹ RUZYK, 2005, p. 24-25.

caracterizada pelo predomínio da noção do matrimônio como modelo único, originário e perpétuo de constituição do núcleo familiar. A idéia de indissolubilidade do vínculo matrimonial predominou até meados de 1977, período a partir do qual entrou em vigor a Lei 6.515, que regulava os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, prevendo a possibilidade jurídica do divórcio. Tais mudanças confirmam o caráter instrumental das entidades familiares.

Deve-se ter presente que as famílias constituem-se e se ampliam pela confluência de novos vínculos: genitores, pai ou mãe afim, cônjuge ou companheiro, irmãos, filhos fruto de uniões anteriores, novos avós, tios, primos e outros parentes das famílias que se recompõem. Nessa produção de laços, sentimentos e espaços pessoais pode acontecer de um dos componentes do núcleo encaminhar-se para a formação paralela de um outro arranjo familiar.

Uma vez estabelecida a situação de simultaneidade familiar, as representações sociais advindas não podem ficar à margem do ordenamento jurídico carecendo do reconhecimento dos efeitos jurídicos. Tal preocupação acarreta a tomada de uma nova postura tendente à apreensão e chancela das circunstâncias de concomitância de entidades familiares.

A simultaneidade familiar é, como regra, situação de fato que reforça o sentido de que a construção normativa a ela aplicável deve partir da concretude, sob uma perspectiva tópica – ingressando no sistema jurídico por meio da abertura propiciada pelos princípios – sendo, portanto, sistemática. Em outras palavras, ainda que se esteja a tratar de um sistema aberto, esse mesmo sistema pode ser apto a selecionar aquilo que ingressa em sua porosidade. Trata-se de uma construção normativa que é tópica, mas que também deve ser sistemática. Para tanto, elegem-se dois vetores fundamentais responsáveis pela aferição de algumas possibilidades e eventuais limitações à inclusão das famílias simultâneas: a simultaneidade na perspectiva das relações de conjugalidade e na perspectiva das relações de filiação.²³²

²³² Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk esclarece que a opção pelos vetores da conjugalidade e da relação paterno-filial, não tem o sentido de exclusão prévia de outras possibilidades de verificação de situações de simultaneidade. Mesmo porque as próprias dimensões da conjugalidade e da filiação pode se entrelaçar no âmbito das famílias simultâneas. (RUZYK, 2005, p. 170).

Nesse passo, o objeto de análise será a simultaneidade centrada na pessoa em relação de coexistencialidade, ou seja, a pessoa inserida no grupamento familiar e não da entidade familiar por si própria.

4.2.1 Famílias Simultâneas na Perspectiva da Relação Paterno-Filial

Partindo de um contexto de funções tradicionais, hoje, a família fundamenta-se principalmente na afetividade, na comunhão de afeto, não importando mais a forma apresentada pela entidade familiar que, como vimos, pode ser matrimonializada, produto de união estável, monoparental, reconstituída e homossexual. Constata-se que as relações de convivência entre os integrantes das diversas famílias contemporâneas orientam-se por vínculos de respeito, mútua assistência, igualdade e relevam muito mais os laços de afeto e de cooperação do que os sanguíneos.

Não há dúvidas de que, diante da atual diversidade de composições familiares, a família transformou-se, no sentido de que se acentuaram as relações de sentimentos entre os integrantes do grupo, tornando-se um lugar para a realização de interesses existenciais, onde se valorizaram as funções afetivas e assim, restaram dominantes as manifestações de solidariedade.

Não pode ser descartada a situação de o ambiente familiar submeter-se a mudanças, esfacelar-se. Nesta hipótese, surgem prognósticos negativos referentes à extinção do relacionamento existente entre os cônjuges ou conviventes e dos laços de afeto entre os filhos e o genitor que se afasta do lar conjugal. No entanto, mesmo com o término de uma relação de conjugalidade é possível a manutenção dos vínculos afetivos entre aquele genitor e seus filhos, fator responsável pelo surgimento da simultaneidade familiar na perspectiva da relação paterno-filial.

A propósito da manutenção ou não de vínculos afetivos entre o genitor e seus filhos, Carlos Pianovski Ruzyk²³³ explica que:

²³³ RUZYK, 2005, p. 175-176.

A realidade biológica da ascendência genética e a relação jurídica de parentesco se mantêm, o vínculo familiar pode se extinguir, se a ruptura da conjugalidade implicar o esfacelamento do afeto entre pais e filhos, obstando a manutenção de uma convivência estável entre eles. Permanecerá, nessa hipótese, o parentesco, mas não se constituirá um vínculo familiar concreto entre o filho e o(a) progenitor(a) com o qual não mais estiver convivendo.

De outro lado, se a manutenção do vínculo de afeto entre pais e filhos for presente, implicando a configuração de uma convivência familiar entre eles – que não significa, necessariamente, residência sob o mesmo teto – em que se mantêm o contato constante, a participação direta do (a) progenitor(a) na educação e no desenvolvimento dos filhos, é possível cogitar a existência de um novo arranjo familiar, que integra o(a) progenitor(a) aos seus filhos, embora não mais o vincule, de modo direto, ao ex-cônjuge ou companheiro. Este, a seu turno, também mantém a relação familiar com os filhos, que acabam por se colocar como elementos comuns de duas novas entidades familiares, originárias da primitiva família nuclear.

Como a ótica de visualização de simultaneidade familiar parte da perspectiva da filiação, pode acontecer a existência de filhos frutos de um relacionamento esporádico, ou, mesmo, além de esporádico, clandestino, que não implicaria, em princípio, caracterização de uma entidade familiar entre os pais.

Na situação fática cogitada, haveria um casamento plenamente válido e eficaz, isto é, uma sociedade conjugal hígida baseada em comunhão de vida e de interesses, mas daquele eventual relacionamento com terceira pessoa resultaria prole. Verificada tal situação e presente a convivência familiar duradoura afetiva entre cada um dos pais e o filho, configurar-se-ia a presença dessa criança em duas famílias simultâneas, independentemente de relação de conjugalidade entre os genitores.

Com referência à disciplina jurídica da filiação, orienta Gustavo Tepedino²³⁴:

A Constituição alterou radicalmente o sistema anterior, consagrando, ao lado da isonomia dos filhos, a tutela de núcleos familiares monoparentais, formados por um dos ascendentes com os filhos (art. 226, § 4º), e extramatrimoniais, não fundados no matrimônio (art. 226, § 3º).

Tais preceitos, combinados com os princípios fundamentais dos arts. 1º a 4º, em particular no que concerne ao art. 1º, inciso III, segundo o qual se constitui em fundamento da República a dignidade da pessoa humana, informam toda a disciplina familiar, definindo a nova tábua de valores, em que exsurtem, no ápice no ordenamento, três traços característicos em matéria de filiação: 1. A funcionalização das entidades familiares à realização da personalidade de seus membros, em particular dos filhos; 2. A

²³⁴ TEPEDINO, 1997a, p. 551.

despatrimonialização das relações entre pais e filhos; 3. A desvinculação entre a proteção conferida aos filhos e a espécie de relação dos genitores.

Convém indicar a alteração axiológica operada nas relações familiares em face da dicção dos artigos 227 e 229 da Constituição Federal Brasileira de 1988, no sentido de que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores.

O perfil da filiação delineado a partir do texto da Constituição Federal consagrou, para Gustavo Tepedino, verdadeira ‘despenalização’ dos filhos extraconjugais determinada pela isonomia constitucional. A desvinculação da tutela dos filhos com a espécie de relação mantida pelos genitores corrobora as características analisadas, afastando as hipóteses em que a unidade conjugal e patrimonial pudessem ser preservadas graças ao repúdio à filiação extramatrimonial.

235

Desse modo, demonstra-se o enaltecimento da proteção instrumental da família, como formação social privilegiada para o desenvolvimento da personalidade da pessoa humana. O Direito deve ocupar-se da prioridade absoluta à pessoa do filho.

Nessa linha, veja-se o posicionamento de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk:

Pode-se observar que o arcabouço normativo – sobretudo o que se identifica na Constituição Federal – é amplamente propício ao reconhecimento jurídico de situações de simultaneidade na perspectiva da filiação.

De outro lado, a identificação de potenciais limites, a partir do sentido teleológico que emerge do sistema centrado na Constituição, se torna tarefa infértil, uma vez que, ao contrário da secular tradição que excluía da condição de filhos os denominados espúrios, o sentido jurídico contemporâneo é o de integração dos filhos em uma entidade familiar, contemplando-se os princípios da igualdade e da neutralidade.

²³⁵ TEPEDINO, 1997a, p. 553.

Evidencia-se, a partir da análise do tratamento que a Constituição dispensa às relações de filiação, que emerge um sentido de plena integração dos filhos a uma entidade familiar, sem distinção entre filhos havidos no matrimônio ou fora dele.

Trata-se a relação entre pais e filhos de hipótese na qual a apreensão da situação fática de simultaneidade pelo jurídico se apresenta em sua plenitude, na perspectiva da produção de efeitos. Não há restrições textuais no âmbito das regras em sentido estrito, nem, tampouco, se apresenta, ao menos de antemão, potencial choque de princípios que poderia ensejar, na sua ponderação em concreto no momento da construção normativa, óbices à eficácia jurídica plena dessas situações.

A Ordem Constitucional não autoriza que as relações entre os pais e os filhos sejam modeladas de modo fortemente hierarquizado à semelhança da codificação de 1916, a qual contemplava uma concepção tradicional, patriarcal, institucionalista e transpessoal acerca da comunhão familiar. Poder-se-ia dizer que a disciplina visava estabelecer categorias de filiação, vinculando-se o tratamento do filho ao tipo de relação existente em seus genitores. Atualmente, contempla-se a diversidade de famílias consagradas como núcleos sociais de relações de afeto em que também coexistem múltiplas origens para os vínculos de filiação.

As disposições do artigo 227, *caput* e parágrafo 6º, da Constituição Federal prevêem que todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem. Se há previsão expressa desta igualdade e da garantia de convivência familiar solidária, é porque a Constituição afastou qualquer interesse ou valor que não seja o da comunhão do amor ou do interesse afetivo como fundamento da relação entre pai e filho. *A fortiori*, se não há qualquer distinção entre filhos biológicos e filhos não-biológicos, é porque a Constituição os concebe como filhos do amor, do afeto construído no dia-a-dia, seja os que a natureza deu, seja os que foram livremente escolhidos.²³⁶

Desse modo, verificada a situação fática de convivência afetiva entre os filhos e os pais, independentemente da origem da relação preexistente entre os genitores, bem como do fato daqueles constituírem elemento comum de núcleos familiares distintos, impõe-se a aceitação da família simultânea. Uma vez

²³⁶ LÔBO, 2004a, p. 08.

vislumbrada tal relação, não pode ser impedida a produção de efeitos no mundo jurídico²³⁷, pois perfeitamente caracterizada como entidade familiar.

Por fim, outra hipótese ensejadora da configuração da simultaneidade familiar é a constituição de nova família nuclear pelos ex-cônjuges ou companheiros. Importante ressaltar que, nesta hipótese, o progenitor poderá ser elemento comum na configuração de famílias simultâneas compostas, isto é, aquelas estruturadas em um plano pela relação mantida com os filhos de relacionamento antecedente e em outro, pela nova entidade familiar formada. As perspectivas das relações entre pais e filhos e de conjugalidades se entrelaçam, evidenciando que os vetores de análise fixados não podem ser considerados estagnados. Com o objetivo de elucidar tais questões, serão examinadas as famílias simultâneas centradas em relações de conjugalidade.

4.2.2 Famílias Simultâneas Centradas em Conjugalidades Múltiplas

Na seara das relações de conjugalidade, a simultaneidade pode adquirir contornos mais polêmicos, embora se trate de hipótese claramente menos comum que as famílias simultâneas na perspectiva da filiação. Além disso, torna-se possível a indicação de alguns limites à eficácia das relações dos indivíduos que compõem as famílias simultâneas.

Em evidência está o comprometimento do Direito com a conservação da dignidade de todo o ser humano e, sendo assim, deve atentar para qualquer espécie de relação estabelecida entre os indivíduos, incluindo-se aquelas que envolvam simultaneamente outras entidades familiares pré-existentes.

²³⁷ A simultaneidade familiar na perspectiva da filiação pode produzir vários efeitos, dentre os quais pode ser indicada a guarda compartilhada. Conforme referido anteriormente, “a guarda conjunta é um dos meios de exercício da autoridade parental, que os pais desejam continuar exercendo em comum quando fragmentada a família. [...] é um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal”. (GRISARD, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 111).

Segundo Carlos Alberto Bencke, situações de fato existem que justificam considerar-se que alguém possua duas famílias constituídas. São relações de afeto, apesar de consideradas adulterinas, e podem gerar conseqüências jurídicas. Essas situações revelam antes de relações espúrias, convivência de boa-fé.²³⁸

Inicialmente, pode-se apreender a simultaneidade familiar como uma relação ilícita, porque localizada no plano da bigamia. No entanto, avaliadas as peculiaridades de cada caso concreto, é possível que o Direito reconheça e atribua efeitos jurídicos ao vínculo estabelecido paralelamente a outro precedente. As situações de famílias simultâneas em relações de múltiplas conjugalidades também podem ser verificadas nos relacionamentos não fundados no matrimônio e, nestas hipóteses, o Direito poderá conferir a proteção jurídica necessária aos componentes de ambas as entidades familiares.

Nessa ordem de idéias, apesar da construção de uma noção plural de entidades familiares, onde sob as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação, constata-se que nem todos os fatos sociais ingressam na moldura jurídica.

Nem todas as relações humanas podem ensejar a configuração de famílias. Conforme referido alhures, em todos os tipos, há características comuns, sem as quais não configuram entidades familiares. Para tanto, são elencados como requisitos elementares, de acordo com Paulo Luiz Netto Lôbo²³⁹:

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

No momento em que evidenciados estes pressupostos em núcleos familiares paralelos torna-se possível afirmar a existência de famílias simultâneas,

²³⁸ BENCKE, Carlos Alberto. Partilha dos bens na união estável, na união homossexual e no concubinato impuro. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 14, jul./set. 2002, p. 27.

²³⁹ LÔBO, 2004a, p. 3.

com diversidade de componentes e ligadas em razão de um integrante comum a ambas as entidades familiares.

Relativamente à característica da ostensibilidade, Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk²⁴⁰ evidencia:

A ostensibilidade pode ser compreendida sob a perspectiva da ausência de clandestinidade. A relação de conjugalidade, ainda que estável, mas mantida às ocultas, sem ampla recognoscibilidade pública, não se afigura como de natureza familiar.

Trata-se de relacionamento sexual, que pode ser fundado no afeto, mas não extrapola o restrito espaço dos sujeitos que o compõem, não se explicitando como relação afetiva perante o meio social. Os que mantêm conjugalidade sob a égide da clandestinidade não demandam reconhecimento público de seu afeto, buscando, ao contrário, ocultar qualquer manifestação exterior da relação por eles encetada.

Enclausuram-se na cumplicidade clandestina do vínculo do “eu” e o “outro”, encoberta por uma aparência social que lhe seja apta a subtrair, se possível até mesmo o espectro da suspeita.

A partir de tais balizamentos, infere-se que um relacionamento que não contemple esses elementos fundantes não poderá enquadrar-se como entidade familiar, mesmo apresentando um estado de concomitância com outra família. Qualquer relacionamento que mantenha, por exemplo, as características da clandestinidade não pode ser tido como uma entidade familiar, obstando-se a produção de efeitos jurídicos, mesmo que exista simultaneamente a uma relação de conjugalidade estável, ostensiva e lastreada em manifestações de afeto e entreajuda, como uma expressão de unidade sociológica.

Noutra parte, questionando em relação a quem essa ostensibilidade deve se apresentar, para afirmar-se a presença de uma entidade familiar apta a surtir efeitos jurídicos constitutivos, esclarece Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk²⁴¹:

[...] o reconhecimento exterior dessa coexistência deve se dar de modo amplo no meio social em que se insere, ou seja, a relação formada entre os sujeitos deve ser objetivamente aferível, de modo explícito, por qualquer observador, como de natureza familiar.

²⁴⁰ RUZYK, 2005, p.184.

²⁴¹ RUZYK, *Ibid.*, p.185.

Não basta, por conseguinte, que apenas algumas pessoas tenham conhecimento acerca da existência da situação de fato: se ela não se apresenta como explícita, pode não constituir uma família.

Isso não significa, porém, que, para ser reputada como entidade familiar, ela necessite ser efetivamente conhecida dos sujeitos que compõem o núcleo familiar a ela simultâneo.

Se o núcleo de coexistência fundado no afeto tiver ampla recognoscibilidade no meio social em que se insere essa circunstância será bastante para que possa ser reputado como família.

Isso não significa, sem embargo, que ela será sempre apta a receber, em toda e qualquer circunstância, a chancela jurídica de seus efeitos.

A potencial apreensão jurídica, não implica, como conseqüência necessária, sua plena eficácia.

A atribuição de efeitos jurídicos às relações travadas em uma situação de simultaneidade familiar se dá em concreto, no momento da construção normativa.

Essa construção é, ao mesmo tempo, tópica e sistemática. Parte, portanto, do caso concreto, mas se dirige à ordem sistemática, com suas regras e princípios”.

Com o fim de permitir a visualização prática de questões que envolvem uniões paralelas, em face da inovadora construção jurisprudencial, traz-se à colação decisões²⁴² recentes do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul a demonstrar a

²⁴² Dentre as diversas decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, torna-se relevante transcrever o entendimento exposto pelo Relator Desembargador Rui Portanova no julgamento da Apelação Cível Nº 70009786419: “O direito já está bem acostumado a tratar da divisão clássica entre casais. Falo da divisão da partilha que até agora tem sido paradigma quando se está diante de um casal – 1 homem e 1 mulher. Com a separação, cada qual fica com 50% dos bens adquiridos no curso da união. Essa divisão, que denomino de clássica, responde à partilha de patrimônio entre duas pessoas. Por isso se fala em meação. O Dicionário Aurélio nos ensina que o significado léxico de meação é *divisão em duas partes iguais*. A meação – divisão em duas partes iguais – para partilhar o patrimônio amealhado por duas pessoas – o homem e a mulher que vivem uma única união concomitante – responde a um critério lógico e igualizador. Contudo, quando se está diante de união dúplice é diferente. Não se está mais diante de união entre duas pessoas. Há um triângulo amoroso, ao qual se deve dar efeitos patrimoniais tão igualizador e lógico como na meação. Logo, reconhecida a união dúplice ou paralela, por óbvio, não se pode mais conceber a divisão clássica de patrimônio pela metade entre duas. Na união dúplice do homem, por exemplo, não foram dois que construíram o patrimônio. Foram três: o homem, a esposa e a companheira. A clássica divisão pelo critério da meação é incompatível com a formação de patrimônio por três pessoas, e não mais por duas. Aqui é preciso um outro pensar, diria um outro paradigma de divisão. Aqui se pode falar em uma outra forma de partilhar, que vai denominada, com a vênua do silogismo, de ‘triação’, que é a divisão em três e que também deve atender ao princípio da igualdade. A divisão do patrimônio pressupõe que os beneficiados sejam contemplados igualmente com sua parcela, da forma mais justa e equânime possível. Por isso, quando temos um único casal divide-se o patrimônio por dois. Mas quando o direito passa a regular a partilha da união dúplice nada mais responde ao critério igualizador do que a divisão por três. Certo que o termo ‘triação’ representa neologismo e profunda inovação da forma de partilhar. Logo, é indubitoso que tal situação também apresente uma certa dificuldade de busca do justo no caso concreto. Um desses efeitos é a divisão do patrimônio, que não pode mais seguir a divisão própria para as uniões entre um casal. O critério altera-se para atender a uma nova situação. A realidade posta nas uniões dúplices é a formação de patrimônio comum por três pessoas. Logo, esse patrimônio deve também ser dividido por três. Por evidente, sempre e sempre, quando se fala em dividir por três, está a se falar para aquele tempo e aquele patrimônio que foi constituído durante o período da união dúplice. Durante o tempo em que o patrimônio foi constituído só por um casal a divisão será por meação. Mas quanto ao patrimônio adquirido durante a união dúplice a divisão será por três. Ou seja, não estaremos diante de uma meação, mas de uma ‘triação’.”

viabilidade no reconhecimento de alguns efeitos jurídicos à simultaneidade familiar.²⁴³

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. RELACIONAMENTO PARALELO AO CASAMENTO. 1) AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DOS HERDEIROS. NULIDADE AFASTADA. Embora não tenham sido citados os herdeiros do falecido companheiro, mas tão-somente a esposa, não se decreta a nulidade do feito se a sentença de procedência da ação não acarretará qualquer prejuízo aos herdeiros, já que inexistem bens a partilhar ou disputa de pensão por morte entre a autora e os filhos. 2) MÉRITO. Se mesmo não estando separado de fato da esposa, vivia o falecido em **união estável** com a autora/companheira, entidade familiar perfeitamente caracterizada nos autos, procede o reconhecimento da sua existência, paralela ao casamento. Inexistem bens a partilhar, se o imóvel foi adquirido pelo falecido companheiro em período anterior ao início da união estável. Descabe deliberação sobre pensionamento pelo órgão previdenciário, pedido que deve ser deduzido diretamente ao IPE, se tal órgão não participou do feito. Nulidade afastada. Apelação parcialmente provida, para julgar parcialmente procedente a ação, por maioria.²⁴⁴

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. RELACIONAMENTO PARALELO AO CASAMENTO. As provas carreadas aos autos dão conta que o *de cujus*, mesmo não estando separado de fato da esposa, manteve união estável com a autora por mais de vinte anos. Assim, demonstrada a constituição, publicidade e concomitância de ambas as relações familiares, não há como deixar de reconhecer a união estável paralela ao casamento, que produz efeitos no mundo jurídico, sob pena de enriquecimento ilícito de uma das partes. O termo inicial da união estável é o período em que as partes começaram a viver como se casados fossem, isto é, com *affectio maritalis*. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, POR MAIORIA.²⁴⁵

APELAÇÃO. UNIÃO ESTÁVEL PARALELA AO CASAMENTO DE PAPEL. ARTIGO 1.727 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. EFEITOS. Interpretação do Código Civil de 2002 com eticidade, socialidade e operabilidade, como ensina Miguel Reale. Reconhecimento de efeitos a união estável paralela ao

²⁴³ No Superior Tribunal de Justiça encontra-se julgado com o seguinte sentido:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. CASAMENTO E CONCUBINATO SIMULTÂNEOS. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

A união estável pressupõe a ausência de impedimentos para o casamento, ou, pelo menos, que esteja o companheiro (a) separado de fato, enquanto que a figura do concubinato repousa sobre pessoas impedidas de casar.

Se os elementos probatórios atestam a simultaneidade das relações conjugal e de concubinato, impõe-se a prevalência dos interesses da mulher casada, cujo matrimônio não foi dissolvido, aos alegados direitos subjetivos pretendidos pela concubina, pois não há, sob o prisma do Direito de Família, prerrogativa desta à partilha dos bens deixados pelo concubino.

Não há portanto, como ser conferido *status* de união estável à relação concubinária concomitante a casamento válido. Recurso especial provido.

STJ – Terceira Turma. REsp 931155/rs; RECURSO ESPECIAL 2007/0046735-6. Ministra Nancy Andrighi. Data do julgamento: 07.08.2007, Data da publicação: DJ. 20.08.2007, p. 281.

²⁴⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Oitava Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70015777436. Relator: José Ataídes Siqueira Trindade. Julgado em: 21 set. 2006.

²⁴⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Oitava Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70016039497. Relator: Claudir Fidelis Faccenda. Julgado em: 10 ago. 2006.

casamento de papel, como medida que visa evitar o enriquecimento ilícito.
DERAM PARCIAL PROVIMENTO.²⁴⁶

Existem modos diferenciados de enfrentar a questão da simultaneidade familiar:

Há posicionamento no sentido de não se permitir o reconhecimento de entidade familiar, diante do texto expresso da lei. Conforme se depreende da leitura do artigo 1.723, § 1º, do atual Código Civil: “a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521, não se aplicando a incidência do inciso VI (pessoas casadas) no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente”.

Dessa forma, presente o impedimento a que alude o art. 1.521, inciso VI referente às pessoas casadas - não separadas de fato, surge o entendimento de não se poder ir a tanto, reconhecendo-se a união estável ao arrepio da lei. Todavia, na hipótese da pessoa ser casada e estar separada de fato, possibilita-se o reconhecimento da entidade familiar oriunda da união estável.

De outra banda, reforçando o conteúdo ventilado nas jurisprudências acima referenciadas, ainda considerando a existência concomitante de união estável e o casamento, é possível perceber que no caso de uma união estável, não obstante o disposto no art. 1.727 do CC/02²⁴⁷, pode acontecer que o cônjuge, em muitos casos já falecido, tivesse *affectio maritalis* e comunhão de vida com terceira pessoa, ainda que seu matrimônio estivesse íntegro.

Para esta corrente, presente a idéia de que a família é uma realidade que se constrói da vivência compartilhada entre os indivíduos, estar-se-ia diante, pois, daquelas situações de fato excepcionais que autorizam o reconhecimento da união estável paralela ao casamento, sob pena, inclusive, de enriquecimento ilícito de uma das partes.

²⁴⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Oitava Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70014248603. Relator: Rui Portanova. Julgado em: 27 abr. 2006.

²⁴⁷ Art. 1.727 do Código Civil de 2002. “As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”.

Na origem das famílias, além de baseadas no afeto, integra-se o elemento do desejo, próprio das relações conjugais, de modo que “não amamos o que queremos, mas o que desejamos”.²⁴⁸

Nessa perspectiva, o desejo é elemento anímico que entra em cena, como estimulador de relações fundadas no afeto, donde pode derivar ou não uma família.

Na seara das relações familiares se, efetivamente, não é possível negar a condição de ser desejante, é indispensável distinguir duas situações: de um lado, de fato, não cabe ao Direito imiscuir-se na comunhão de vida instituída pela família, sendo lícito encetar os arranjos afetivos que atendam à dignidade intersubjetiva de seus componentes; de outro, porém, se é dever do Estado proteger a família na pessoa de cada um de seus membros, impõe-se ao Direito uma tutela que contemple uma dimensão coexistencial, em que não se proteja somente na esfera do desejo de um dos sujeitos, mas, sim, na dignidade intersubjetiva que deve ser o *leitmotiv* de todas as relações humanas.²⁴⁹

A proteção às famílias visa a assegurar o desenvolvimento e a preservação da dignidade da pessoa humana por meio da convivência familiar. No entanto, não se objetiva tutelar a satisfação individual e imediata. As situações configuradas como famílias simultâneas também devem ser analisadas em uma perspectiva extrínseca, percebendo-se as repercussões juridicamente relevantes da situação de fato para os componentes que não integram aquela mesma entidade familiar, mas, sim, o outro núcleo que se põe em condição de simultaneidade.

Com efeito, oportunizar uma proteção que adote o referido viés pode causar graves danos aos demais integrantes do núcleo familiar simultâneo, pois podem advir frustrações quanto às expectativas postas sobre o vínculo conjugal, tais como a fidelidade recíproca, prevista na legislação civil como um dos deveres inerentes ao casamento.

²⁴⁸ COMTE-SPONVILLE, 1995, p. 241.

²⁴⁹ RUZYK, 2005, p. 187.

Assim, deve-se ter presente que o Direito pode não proteger aquele que, a pretexto de satisfazer egoisticamente o próprio interesse, aniquila a dignidade do outro, mediante um proceder extremamente injusto e desleal, que frustra as expectativas de vida afetiva em comum.

Do mesmo modo, aquele que, ciente de que está a manter relação de conjugalidade com indivíduo que já compõe uma entidade familiar pré-existente, procede de modo a desprezar qualquer dever ético perante os componentes da primeira entidade familiar, pode não ter plenamente atendidas suas expectativas acerca de eventual chancela jurídica da relação por ele mantida, se essa eficácia vier a intervir na esfera jurídica dos membros do outro núcleo familiar. Por tais razões, nos casos de famílias simultâneas, o exame de um comportamento ético depende de avaliação relacionada com o princípio da boa-fé.²⁵⁰

Assim, buscando esclarecer a aplicação do princípio da boa-fé nas hipóteses de famílias simultâneas, registra Carlos Pianovski Ruzyk²⁵¹:

O sentido da boa-fé a que se está a referir diz respeito à boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*), o que não significa, de antemão, que a boa-fé subjetiva se apresente como irrelevante. Há circunstâncias nas quais somente se mostram exigíveis certos deveres decorrentes da boa-fé objetiva quando se tem conhecimento acerca de uma dada situação jurídica ou de fato. Não seria lícito supor que alguém teria o dever de, diante de uma situação fática específica, realizar dada conduta, comissiva ou omissiva, quando não tem ciência de que está inserido na referida situação. Por conseguinte, quando o companheiro daquele que se encontra em situação de simultaneidade familiar não tem conhecimento acerca da existência de um outro núcleo, a ele simultâneo e anterior, não será logicamente possível supor, de sua parte, a violação de deveres inerentes à boa-fé. O estado de boa-fé (*Gutten Glaube*) faz supor que sua conduta não está a violar os deveres impostos pelo princípio da boa-fé. (*Treu und Glauben*).²⁵²

Na dinâmica que envolve as relações familiares, soma de comportamentos, experiências, anseios e necessidades individuais, os deveres que emanam do

²⁵⁰ RUZYK, 2005, p. 188.

²⁵¹ De acordo com o autor, sem embargo, ainda que a boa-fé subjetiva possa constituir, em alguns casos, ante-sala para a aferição do atendimento dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva, é sobre esta última que se está a versar. (Ibid., p. 189).

²⁵² O referido autor, buscando esclarecer mais as potencialidades do princípio da boa-fé, traz as lições de Antônio Menezes Cordeiro, o qual refere: "Não resta dúvida de que o referido princípio está diretamente vinculado a deveres de informação e lealdade. Também emergem do princípio da boa-fé deveres de proteção, que se referem à pessoa e ao patrimônio". Sobre a boa-fé no Direito Civil: CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 439-445.

princípio da boa-fé, em regra, aplicáveis à seara das relações de natureza obrigacional, também podem ser vislumbrados nas questões de Direito de Família, especificamente quando a discussão vincule-se a hipóteses de simultaneidade familiar, pois a ciência de uma relação paralela pelo outro partícipe da sociedade conjugal abre espaço para a preservação de sua dignidade.

Com tal constatação, não se pretende excluir de uma possível tutela, o surgimento de outros vínculos familiares centrados em múltiplas relações de conjugalidade, mas considerar a necessidade da avaliação das condições específicas do caso, sem olvidar o zelo e a valorização merecidos pela família antecessora.

A partir da existência de núcleos familiares paralelos em que haja a presença de um componente comum a ambas as famílias, Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk argumenta que:²⁵³

A comunhão instituída pela família, seja qual for a sua fonte, impõe, intrinsecamente ao núcleo, deveres recíprocos de fidelidade que devem ser lidos como lealdade às expectativas legítimas do outro, em proteção à dignidade coexistencial das pessoas que compõem a entidade familiar. Sob uma perspectiva extrínseca, a incidência do princípio da boa-fé pode tornar sustentável afirmar o surgimento de deveres que se impõem aos sujeitos que se relacionam, de modo específico, com algum dos componentes daquela dada entidade familiar. Dessa forma, caso uma família seja constituída paralelamente a outra, tendo como elemento comum um componente que mantém relações de conjugalidade em ambos os núcleos, incidem sobre a hipótese deveres éticos de respeito e proteção à esfera moral e patrimonial dos componentes da outra entidade familiar. Entre esses deveres, pode estar o de tornar ostensiva a nova relação em face do núcleo original, não permitindo que os componentes daquela primeira entidade familiar incorram em engano, que pode culminar em séria violação de sua dignidade. Trata-se do atendimento de um dever de transparência, de uma imposição ética de se agir com lealdade em relação às legítimas expectativas que o outro possui acerca da comunhão de vida instituída pela família, que pode implicar, como é evidente, a pretensão de mútua exclusividade no relacionamento sexual entre os cônjuges.

Mas, concretizada a circunstância de pleno conhecimento da família simultânea pelos integrantes da entidade familiar antecessora, em especial daquelas pessoas que mantêm relacionamento de conjugalidade com o indivíduo comum às

²⁵³ RUZYK, 2005, p. 193.

duas comunidades familiares, sem que isso cause o desfazimento da convivência afetiva, é possível reconhecer-se a simultaneidade como leal. Nessa hipótese, não haveria violação da dignidade dos componentes de ambas as famílias, bem como do dever de respeito relativamente ao outro partícipe da sociedade conjugal.

Como ciência que lida permanentemente com os valores da sociedade, cabe ao Direito, diante das novas realidades alternativas, criar mecanismos de proteção, visando atender às demandas que envolvam as pessoas em relação de coexistência de conjugalidades.

Com a previsão de um estágio progressivo para o Direito de Família Brasileiro, Sérgio Gischkow Pereira²⁵⁴ diz:

O Direito de Família evolui para um estágio em que as relações familiares se impregnam de autenticidade, sinceridade, amor, compreensão, diálogo, paridade e realidade. Trata-se de afastar a hipocrisia, a falsidade institucionalizada, o fingimento, o obscurecedor dos fatos sociais, fazendo emergir as verdadeiras valorações que orientam as convivências grupais. O regimento da família não pode insistir em perniciosa teimosia, no obsessivo ignorar das profundas modificações consuetudinárias, culturais e científicas; petrificado, mumificado e cristalizado em um mundo irreal, sob pena de sofrer do mal da ineficácia.

Por fim, é importante salientar que as profundas transformações ocorridas na seara das relações familiares, principalmente com a perspectiva da concepção plural de família, testemunham que o melhor caminho é enfatizar a esperança de que com elas haja a construção de regras jurídicas em harmonia com a realidade social, em que as diferenças acrescentem e não sejam vistas como ameaças aos alicerces familiares.

²⁵⁴ PEREIRA, Sérgio Gischkow. Tendências modernas do direito de família. **Ajuris**. Porto Alegre, v. 15, n. 42, p. 52-86, mar. 1988, p. 52.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito não pode descurar da realidade que o circunda. Na tentativa de acompanhar a mudança dos tempos e dos costumes, produziu-se o pilar da legislação brasileira, a Constituição Federal de 1988.

É reconhecida a índole transformadora das normas constitucionais, consideradas como fundamento de toda a disciplina normativa infraconstitucional, como princípio geral de todas as demais normas do ordenamento jurídico. A partir da vigência da Constituição Federal de 1988, notadamente com os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade humana, em virtude dos quais consagrou-se a pluralidade na constituição das entidades familiares e a igualdade entre homens e mulheres perante a lei e no exercício isonômico dos deveres e direitos no interior da sociedade conjugal, a família adquiriu nova configuração, passando a ser definida como um núcleo de igualdade, respeito, afeto e mútua assistência.

Com isso, as normas jurídicas próprias do Direito Privado direcionaram-se no sentido da concretização da tutela dos direitos fundamentais do ser humano, bem como se atribuiu um tratamento diferenciado às questões que envolvem a realidade familiar brasileira.

Destaca-se uma tendência de maior valorização da pessoa humana e dos interesses de realização pessoal dos indivíduos, tornando-se efetiva a tutela de situações fáticas complexas e a produção de uma nova literatura para o Direito de Família, concebido como o conjunto de normas jurídicas que regulam as relações pessoais e econômicas advindas da emergente concepção acerca da família.

Na esteira da admissibilidade de uma concepção plural da família, vencido o modelo transpessoal, segundo o qual os interesses de uma unidade da instituição prevaleciam sobre os seus integrantes, há o predomínio da noção de família como um grupo afetivo de cooperação social, com o objetivo de constituir um ambiente

propício a conferir educação, afeto e a devida formação moral a todos os que nela se integram.

Com a superação do paradigma institucional da família, no qual sobressaia o perfil hierárquico, patriarcal, preponderantemente econômico e de reprodução com a sujeição ao modelo matrimonial, reconheceu-se a existência da pluralidade de modelos de convivência constituintes das contemporâneas estruturas familiares.

Nessa concepção, as entidades familiares contemporâneas desempenham vários papéis, dentre os fundamentais, está a função educacional e socializadora, pois inserem os indivíduos no ambiente social. A família propicia o crescimento pessoal, por meio da convivência afetiva e da união de projetos de vida, sustentada por relações igualitárias. Além disso, a família não apresenta mais uma única fisionomia, tornou-se plural.

No momento em que houve a valorização da pessoa humana no âmbito jurídico e que a família mudou suas feições, direcionando-se à realização afetiva do indivíduo no interior do grupo familiar, gradualmente, o afeto passou a ser considerado o centro a partir do qual se organiza e estrutura um núcleo familiar, isto é, elemento principal na formação dos vínculos familiares contemporâneos. As relações de afeto entre os membros das entidades familiares assumem papel relevante tanto na etapa de constituição, quanto no estágio de desfazimento da convivência familiar, uma vez que a família, atualmente, orienta-se em um sentido democrático-afetivo.

Essas constatações nos levam a conclusão de que a vida em família mudou, testemunhando a existência da diversidade de arranjos familiares, onde os integrantes comprometem-se mutuamente em uma comunhão democrática e solidária de vida.

Houve o reconhecimento do pluralismo na composição dos núcleos familiares e uma nova concepção acerca das famílias, as quais passaram a ser consideradas entidades igualitárias, descentralizadas, democráticas, fundadas em laços de mútua-ajuda e afeto.

A pluralidade na formação de entidades familiares constitui-se no reconhecimento da riqueza advinda da diferença nas relações humanas e na igual dignidade das famílias originadas no casamento, nas uniões estáveis, nas monoparentais e homossexuais, uma vez que revestidas das características comuns da afetividade, como fundamento e finalidade da entidade familiar, da estabilidade, estabelecendo uma comunhão de vida e da ostensibilidade, mediante a visualização social da unidade familiar.

As relações humanas comportam múltiplos modelos de composições afetivas e familiares. As entidades familiares apresentam estruturas em que prevalecem os interesses pessoais e comuns do organismo familiar, os quais necessitam ser compreendidos e reconhecidos pela ordem jurídica brasileira.

O matrimônio e a família monogâmica ainda são importantes referenciais para a constituição de uma família. A noção de casamento não pode ser considerada algo imutável. Diferentemente do que acontecia em tempos pretéritos, a constante referência à indissolubilidade do vínculo matrimonial não tem mais espaço em um ordenamento jurídico onde há previsão de hipóteses de divórcio, por exemplo. O casamento, como um fenômeno social, tende a modificar-se no tempo e no espaço e de acordo com a cultura dos povos.

Dessa forma, não se deve olvidar da importância da família estruturada a partir de um casamento e, também à semelhança das demais, orientada por princípios de afeto, de respeito, de lealdade e de mútua assistência. Num resgate da formação histórica dos agrupamentos familiares, trata-se de uma estrutura universal na constituição de um convívio comum.

No transcurso do capítulo dedicado à família matrimonializada, o estudo dedicou-se à igualdade na órbita da sociedade conjugal, examinando-se a disciplina específica dos direitos e deveres dos cônjuges na ordem jurídica brasileira.

No cenário das sociedades do século XVIII e meados do século XX, enfatizou-se um ambiente familiar no qual predominava um padrão hierárquico de comportamento dos membros da tradicional família patriarcal, isto é, as relações no

organismo familiar eram direcionadas de acordo com os interesses do marido, cabendo à mulher e a prole ocuparem uma posição subordinada.

Ao longo de décadas no século XX, minimizou-se a dicotomia entre público e privado segundo o gênero no sentido da fixação de comportamentos que, anteriormente, associavam e limitavam a figura da mulher à de mãe, esposa e às tarefas domésticas e a figura do homem à energia, ao planejamento e ao trabalho produtivo, exterior ao lar. A tradicional divisão sexual existente cedeu espaço para a construção de um ambiente profissional feminino na sociedade brasileira, em virtude do desenvolvimento da educação, da ampliação de áreas no mercado de trabalho, do crescimento da atuação política das mulheres, bem como das alterações legislativas, principalmente com a previsão constitucional da igualdade entre homens e mulheres.

A modificação da condição da mulher na sociedade, com a conseqüente valorização da atuação feminina, bem como a crescente colaboração econômica para as despesas do lar foram responsáveis por transformações na esfera do organismo familiar, na exata medida em que tais fatores conferiram a mulher maior poder de decisão e independência financeira, igualando-se ao homem em responsabilidades na divisão de atividades e de obrigações para a manutenção da família.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, prevendo a estruturação da sociedade conjugal sobre os fundamentos da igualdade, não foram recepcionadas quaisquer normas infraconstitucionais que colocassem a mulher em situação de subordinação, dependência ou inferioridade na esfera da relação familiar.

Conferiu-se dignidade constitucional a outros modos de vida familiar, diversos da tradicional família legítima, isto é, da união estável entre homem e mulher e da formada pelos genitores e seus filhos, até a referida igualdade de direitos e deveres entre os partícipes da sociedade conjugal.

Na busca da compreensão da diversidade familiar, tratou-se das famílias monoparentais, com algumas referências estatísticas, relacionando-se as principais causas desse fenômeno, onde um pai ou mãe responsabiliza-se isoladamente pela criação, assistência, educação, guarda e sustento do(s) filho(s), ou seja, elencou-se os fatores determinantes da monoparentalidade: o celibato, a separação e o divórcio, a dissolução das uniões estáveis, a adoção, os pais e mães solteiros e a viuvez.

Considerando-se que há múltiplas formas de constituição e desfazimento de entidades familiares e também a possibilidade de recomposição da vida familiar, contemplou-se o estudo das famílias reconstituídas, isto é, das entidades familiares estruturadas a partir de um novo casamento ou nova união, após a ruptura dos vínculos precedentes. Ainda, esclareceu-se que nesses núcleos familiares, torna-se necessária a presença da filiação, essa pode ser de apenas um dos integrantes do novo casal ou de ambos, mas deve ser fruto de relação afetiva preexistente.

Frente à multiplicidade de arranjos familiares, deu-se continuidade ao estudo com as famílias nascidas a partir de uniões estáveis entre homem e mulher. Nesse ponto, foram examinados os principais efeitos jurídicos produzidos pelas famílias oriundas da união estável, indicando-se as diversas legislações aplicadas no tratamento desta matéria.

Na análise das novas realidades, constata-se que as modalidades de famílias identificadas em nosso ordenamento jurídico ainda não constituem as formas suficientes para atender a demanda social carecedora de proteção.

Nesse contexto, ganhou espaço a discussão acerca da consideração das relações entre pessoas do mesmo sexo como formas de entidades familiares. A jurisprudência tem apresentado soluções coerentes para as questões que envolvem as uniões homossexuais. É possível, ainda, avançar principalmente no que concerne à quebra do preconceito quanto à orientação sexual, pois não há como negar que as uniões homoafetivas são realidades que se impõem e não podem ser excluídas, estando a reclamar tutela jurídica específica.

Partindo-se da concepção de que a família pode apresentar diversos modelos e que se consubstancia em relações de coexistência fundadas em vínculos de afeto, respeito, solidariedade e de busca constante pela realização existencial do ser humano, conduziu-se uma visão contemporânea acerca da família, onde foram descritas as características comuns dos tipos familiares, sem as quais não se caracterizariam as relações em família, bem como se trouxe o questionamento acerca da taxatividade ou não do elenco de entidades familiares previsto nos parágrafos do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, concluindo-se, ao final, pela interpretação extensiva das estruturas familiares mencionadas no texto constitucional.

Outra questão relevante tratada é relativa ao atendimento das pretensões de felicidade, proteção e desenvolvimento da dignidade da pessoa por meio de uma coexistência familiar, a qual demanda a compreensão do fenômeno da simultaneidade.

Tendo em vista o novo lugar assumido pelo afeto nas relações em família e a variedade destas manifestações, não pode ser afastada a possibilidade de identificação de entidades familiares simultâneas, as quais, como exposto anteriormente, podem configurar-se na perspectiva das relações paterno-filiais e em múltiplas conjugalidades.

Em princípio, poderia ser cogitada a disciplina das famílias simultâneas na seara da ilicitude penal, circunscrita às hipóteses de bigamia. Todavia, o dogma da monogamia, nas situações alhures explicitadas, pode não prevalecer, uma vez que as famílias constituem-se, inclusive paralelamente, e reclamam a apreensão e a atribuição de efeitos jurídicos.

Nesse ambiente multifacetário de convivência familiar, incumbe ao novo Direito de Família descortinar inúmeros modelos de convivência familiar, cabendo aos profissionais que atuam na seara das relações familiares a responsabilidade de dar eficácia aos direitos encartados no texto constitucional, para que as famílias recebam a prometida tutela especial do Estado.

Por derradeiro, buscou-se demonstrar que o princípio do pluralismo das entidades familiares, consubstanciado no efetivo reconhecimento pelo Estado da existência de várias possibilidades de arranjos familiares, constituiu um dos maiores avanços do Direito de Família Brasileiro, pois ensejou a compreensão do afeto, ao lado da estabilidade e da ostensibilidade, como um elemento imprescindível no âmbito da familiaridade.

REFERÊNCIAS

ALBERONI, Francesco. **Valores**: o bem, o mal, a natureza, a cultura, a vida. Tradução Y. A. Figueiredo. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Poder familiar nas famílias recompostas e o art. 1.636 do CC/2002. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **Direito civil brasileiro**: introdução. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001.

BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo**: a experiência vivida. Tradução Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

BENCKE, Carlos Alberto. Partilha dos bens na união estável, na união homossexual e no concubinato impuro. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 14, jul./set. 2002.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

_____. **Teoria geral do direito**: para uma teoria geral da política. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. A monoparentalidade projetada e o direito do filho a biparentalidade. In: DORA, Denise Dourado; SILVEIRA, Domingos Dresch (Org.). **Direitos humanos, ética e direitos reprodutivos**. Porto Alegre: Themis, 1998.

_____. O pluralismo no direito de família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). **Direitos fundamentais do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo; Azambuja, Maria Regina Fay de. A releitura da adoção sob a perspectiva da doutrina da proteção integral à infância e adolescência. In: ANUÁRIO do Programa de Pós-graduação em Direito. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

CAHALI, Francisco José. **Curso de direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 6.

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.) **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CARVALHO, Maria do Carmo Brant de. O lugar da família na política social. In: CARVALHO, Maria do Carmo Brant de. (Org.). **A família contemporânea em debate**. São Paulo: Cortez, 2002.

COMTE-SPONVILLE, André. **Pequeno tratado das grandes virtudes**. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

COSTA, Demian Diniz da. **Famílias monoparentais: reconhecimento jurídico**. Rio de Janeiro: Aide, 2002.

DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. Sucessão no casamento e na união estável. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). **Temas atuais de direito e processo de família**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2004.

DIAS, Maria Berenice. A igualdade desigual. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). **Temas atuais de direito e processo de família**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2004b.

DRESSLER, David. **Sociologia: o estudo da interação humana**. Tradução Aloysio de Moraes. Rio de Janeiro: Interciência, 1980.

FACHIN, Luiz Edson. Aspectos jurídicos da união de pessoas de mesmo sexo. In: BARRETO, Vicente (Org.). **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. **Direito de família:** elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Teoria crítica do direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Código Civil Comentado:** direito de família, casamento. Artigos 1.511 a 1.590. São Paulo: Atlas. 2003. v. 15.

FONSECA, Cláudia. Ser mulher, mãe e pobre. In: PRIORE, Mary Del. (Org.). **História das mulheres no Brasil.** 6. ed. São Paulo: Contexto, 2002. p. 528-529.

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

GARCIA, Célio. Psicanálise: operadores do simbólico: clínica das transformações familiares. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Anais... Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 87, n. 747, p. 35-55, jan.1988.

GRAU, Eros Roberto. **A boa-fé no direito privado.** Apresentação Judith Martins-Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GRISARD FILHO, Waldyr. Famílias reconstituídas: novas relações depois das separações. Parentesco e autoridade parental. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética e o novo Código Civil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. **Guarda compartilhada:** um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GROENINGA, Giselle Câmara. Direito e psicanálise: um novo horizonte epistemológico. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética e o novo Código Civil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GROSMAN, Cecilia; ALCORTA, Irene Martínez. **Familias ensambladas:** Nuevas uniones después Del divorcio. Ley y creencias, problemas y soluciones legales. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2000.

GUIMARÃES, Marilene Silveira. A igualdade jurídica da mulher. In: STREY, Marlene Neves (Org.) **Mulher: estudos de gênero**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2001.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 7-17, abr./jun. 1999.

IRTI, Natalino. **La edade de la descodificación**. Traducción e introducción de Luis Rojo Ajuria. Barcelona: Bosch, 1992.

JULIEN, Philippe. **A feminilidade velada: aliança conjugal e modernidade**. Tradução Celso Pereira de Almeida. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 1997.

JUNQUEIRA, Antônio. Caracterização jurídica da dignidade humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**, São Paulo, v. 9, jan./mar. 2002.

LEITE, Eduardo Oliveira. **Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 22 ago. 2006.

_____. Direito ao Estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004c.

_____. Entidades constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). **Temas atuais de direito e processo de família**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2004a.

_____. A repersonalização das relações de família. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 8, n. 307, 10 maio 2004b. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5201>>. Acesso em: 16 nov. 2006.

LOPES, Maria Julia Marques. Mulheres, saúde e trabalho. In: STREY, Marlene Neves (Org.) **Mulher: estudos de gênero**. São Leopoldo: UNISINOS, 2001.

LOTUFO, Renan. Da oportunidade da codificação civil e a Constituição. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

LOURO, Guacira Lopes. Mulheres na sala de aula. In: PRIORE, Mary Del (Org.). **História das mulheres no Brasil**. 6. ed. São Paulo: Contexto, 2002. p. 448-451.

MADALENO, Rolf Hanssen. A guarda compartilhada pela ótica dos direitos fundamentais. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). **Direitos fundamentais do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. Dito e cultura: entre as veredas da existência e da história. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 61, p. 72-78, nov. 2000.

MEULDERS-KLEIN, Marie-Thérèse; THÉRY, Irène. Quels repères pour les familles recomposées?: une approche pluridisciplinaire internationale. In: COLLOQUE INTERNATIONAL QUELS REPÈRES POUR LES FAMILLES RECOMPOSÉES? 1.; 1993; Paris. Paris: L.G.D.J., 1995.

MORAES, Maria Celina Bodin. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n. 65, p. 21-33, 1993.

_____. A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional. **Revista Trimestral de Direito Civil**, São Paulo, v. 1, p. 89-112, jan./mar. 2000.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004a.

_____.(Coord.). **Afeto, ética e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004b.

_____.(Coord.) **Direito de família contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
PEREIRA, Sérgio Gischkow. Tendências modernas do direito de família. **Ajuris**. Porto Alegre, v. 15, n. 42, p. 52-86, mar. 1988.

_____. As uniões paralelas e direito dos cônjuges. In: SOUZA, Ivone M. C. Coelho (Org.). **Casamento**: uma escuta além do judiciário. Florianópolis: Voxlegem, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Tradução Maria Regina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PETERSEN, Áurea Tomatis. Homens e mulheres: enfim, as desigualdades estão acabando? In: STREY, Marlene Neves (Org.) **Mulher**: estudos de gênero. São Leopoldo: Unisinos, 2001.

PETRINI, João. Notas para uma antropologia da família. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). **Temas atuais de direito e processo de família**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2004.

POUSSON PETIT, Jacqueline; POUSSON, Alain. **L'affection et le droit**. Paris: Centre National de la Recherche Scientifique, 1990.

RIOS, Roger Raupp. A homossexualidade no direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

RODRIGUES, Maria Alice. **A mulher no espaço privado**: da incapacidade à igualdade de direitos. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ROUDINESCO, Elizabeth. **A família em desordem**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas**: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SANTOS, Luis Felipe Brasil. **A união estável no Novo Código Civil**. Disponível em: http://www.blindagemfiscal.com.br/familia/uniao_estavel01.htm Acesso em: 20 abr. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004a.

_____. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003a.

_____. **Dignidade da pessoa e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004b.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003b.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARTI, Cyntia A. família e individualidade: um problema moderno. In: CARVALHO, Maria do Carmo Brant de. (Org.) **A família contemporânea em debate.** São Paulo: Cortez, 2002.

SELINKO, Annemarie. **Désirée.** Tradução José Geraldo Vieira. 4. ed. São Paulo: Mérito, 1956.

SILVA, Eduardo. A dignidade da pessoa humana e a comunhão plena de vida: o direito de família entre a Constituição e o Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith. **A reconstrução do direito privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 447-482.

SILVA, Enézio de Deus da. **Decisões judiciais inéditas viabilizam adoção por casais homossexuais no Brasil.** Disponível em: <http://www.ibdfam.com.br/public/artigos.aspx?codigo=249> Acesso em: 13 out. 2006.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** São Paulo: Malheiros, 1998a.

_____. **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 212, abr./jun. 1998b.

SILVA, Marco Aurélio Dias da. **Todo poder às mulheres: esperança e equilíbrio para o mundo.** São Paulo: Best Seller, 2000.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Transformações jurídicas nas relações privadas, In: ANUÁRIO do Programa de Pós-graduação em Direito. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 143-195.

SZYMANSKI, Heloisa. Teorias e “teorias” de famílias. In: CARVALHO, Maria do Carmo Brant de. (Org.) **A família contemporânea em debate**. São Paulo: Cortez, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.) **Problemas de direito civil- constitucional**. Rio de Janeiro, Renovar, 2000a.

_____. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: BARRETO, Vicente (Org.). **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997a.

_____. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999b.

_____. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.) **Direito de família contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997b.

_____. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. O novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 7, 2000b.

_____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999b.

TORRINHA, Francisco. **Dicionário latino-português**. Porto: Gráficos reunidos, 1942.

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

WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). **Direitos fundamentais do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

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