

A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA

NORONHA, Maressa Maelly Soares. (G/FACINAN)¹
PARRON, Stênio Ferreira (D/FACINAN)²

RESUMO: O presente trabalho visa examinar a evolução do conceito de família. A família, sem sombra de dúvida, foi um instituto que sofreu, ao longo do tempo, profundas adaptações e modificações. Outrora vista sob a ótica inteiramente patrimonial, econômica e com fins de reprodução, passou a ser analisada a partir do vínculo afetivo que a embalava. De fato, a idéia centralizada de que o núcleo familiar seria somente aquele constituído por meio do matrimônio foi sendo afastado à medida que novos agrupamentos foram se originando e conquistando espaço em meio à sociedade, o que, todavia, não poderia ser ignorado pelo legislador, fazendo-se necessário reconhecê-las e garantir sua proteção. Com a promulgação da Carta Magna de 1988, ao ser consagrado como macro princípio, a dignidade da pessoa humana, abriu alas para uma ampliação do conceito de família, antes restrito àquele núcleo originado do casamento. Os princípios constitucionais, principalmente criaram uma nova diretriz para o direito de família, sendo impossível restringir seu surgimento apenas como decorrência matrimônio. Assim, será analisado o deslocamento do eixo que regia a família, antes fixado sobre o casamento e agora fixado na afetividade. As consequências de tal fato são notórias, em especial, com o surgimento de diversos tipos de famílias, todos dignos de proteção do Estado. Portanto, a presente pesquisa demonstrará que a família não mais se baseia em uma visão patrimonialista, com fins econômicos e de reprodução, mas sim, como meio de ser atingida a dignidade humana.

Palavras-Chaves: Família – Princípios constitucionais - Dignidade da pessoa humana – Afetividade.

SUMÁRIO: 1. Introdução; - 2. Aspectos históricos da origem da família; - 3. Evolução do conceito de Família: constituição e código civil; - 4. Princípios constitucionais norteadores do direito de família: 4.1. Dignidade da pessoa humana, 4.2. Igualdade e respeito às diferenças, 4.3. Solidariedade familiar, 4.4. Pluralismo das entidades familiares, 4.5. Proteção integral às crianças, adolescentes e idosos, 4.6. Proibição do retrocesso familiar, 4.7. Afetividade; 5. Entidades Familiares Expressamente reconhecidas pela Constituição Federal e o Princípio da Dignidade Humana; 6. A função social da família; 7. A nova concepção de família: o afeto como “condição”; 8. Considerações finais; 9. Bibliografia.

1 INTRODUÇÃO

É premissa básica, ao passo que também incontroversa que, o ser humano, ao receber o dom da vida, está ligado de alguma maneira ao seio familiar,

¹ Acadêmica do 6º Semestre do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Contábeis de Nova Andradina – FACINAN.

² Professor de Direito Civil e de Direito Processual Civil do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Contábeis de Nova Andradina – FACINAN. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pelas Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Mestrando em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá – CESUMAR.

considerado como “estrutura básica social”³.

O grande vínculo natural que une o homem à família faz tornar verdadeira a máxima de que não existe qualquer outra instituição que seja tão intimamente ligada a ele. “Simples ou complexa, assente do modo mais imediato em instintos primordiais, a família nasce espontaneamente pelo simples desenvolvimento da vida humana”. Como aponta o pesquisador LECLERCQ.

Seja pelo instinto de perpetuação da espécie ou pelo repúdio à solidão, o fato é que a dimensão que a abarca as estruturas familiares é, sem dúvidas, muito ampla, haja vista que o seu conceito tem acompanhado as constantes transformações que permeiam a sociedade, sendo necessário princípios constitucionais que irão regê-las, em suas variedades, no âmbito jurídico.

Destarte, faz-se necessário a aplicação de variados ramos do conhecimento, inclusive e principalmente a ciência jurídica, para que se compreenda as diferentes e múltiplas peculiaridades de cada agrupamento familiar, que se analisados sob uma ótica singular, desvirtuam de sua real aparência.

Na seara jurídica, a Carta Magna de 1988 constitucionalizou o Direito de Famílias, acarretando modificações que incidiram sobre os paradigmas que regulamentam a família como base da sociedade, não tendo mais por escopo o patrimônio e sim o seu sujeito, uma vez que os valores jurídicos atribuíram maior valor às pessoas; a ilegitimidade da prole, a indissolubilidade do casamento, a inferioridade feminina bem como as superstições que circundavam as variedades familiares foram desviadas, preponderando a afetividade⁴.

Nesses parâmetros, sem intuito exaustivo, este trabalho abordará de modo sistemático e objetivo as transformações relativas à família, tanto na sociedade quanto no âmbito jurídico, buscando, primordialmente, no bojo constitucional amparo às novas entidades familiares que se desencadearam ao longo dos tempos.

Outrossim, tratará dos princípios norteadores que traçaram diretrizes ao Direito de Famílias, refletindo sobre a função social familiar bem como a nova concepção a ela atribuída.

³ FARIAS, Cristiano Chaves. Direito Constitucional à Família. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, IBDFAM/Síntese, n. 23, abril-Maio 2004, p.05.

⁴De acordo com pensamentos de PEREIRA, Rodrigo da Cunha; Direito de Famílias, 'xl'.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS DA ORIGEM DA FAMÍLIA

A origem da família está diretamente ligada à história da civilização, uma vez que surgiu como um fenômeno natural, fruto da necessidade do ser humano em estabelecer relações afetivas de forma estável.

Pois bem, deixando de lado a família da antiguidade, em sua forma primitiva, é possível afirmar que a família brasileira tem como base a sistematização formulada pelo direito romano e pelo direito canônico.⁵

A família romana era formada por um conjunto de pessoas e coisas que estavam submetidas a um chefe: o *pater familias*. Esta sociedade primitiva era conhecida como a família patriarcal que reunia todos os seus membros em função do culto religioso, para fins políticos e econômicos.

AUREA PIMENTEL PEREIRA, descreveu a estrutura da família romana neste estágio:

Sob a *auctoritas* do *pater familias*, que, como anota Rui Barbosa, era o sacerdote, o senhor e o magistrado, estavam, portanto, os membros da primitiva família romana (esposa, filhos, escravos) sobre os quais o *pater* exercia os poderes espiritual e temporal, à época unificados. No exercício do poder temporal, o *pater* julgava os próprios membros da família, sobre os quais tinha poder de vida e de morte (*jus vitae et necis*), agindo, em tais ocasiões, como verdadeiro magistrado. Como sacerdote, submetia o *pater* os membros da família à religião que elegia.⁶

O direito romano teve o mérito de estruturar, por meio de princípios normativos, a família. Isto porque até então a família era formada por meio dos costumes, sem regramentos jurídicos. Assim, a base da família passou a ser o casamento, uma vez que somente haveria família caso houvesse casamento.⁷

Pois bem, com a ascensão do Cristianismo, a Igreja Católica assumiu a função de estabelecer a disciplina do casamento, considerando-o um sacramento.⁸ Assim, passou a ser incumbência do Direito Canônico reger o casamento, fonte única do surgimento da família.

⁵ WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 9.

⁶ PEREIRA, Aurea Pimentel. **A nova Constituição e o Direito de Família**, Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 23.

⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento**. Curitiba: Juruá, 1991, p. 57.

⁸ CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. **Casamento e união estável: requisitos e efeitos pessoais**. Barueri-SP: Manole, 2004, p. 31.

No tempo do Império somente o casamento católico (*in facie Ecclesiae*) era conhecido, pois era essa a religião oficial do país. Assim, apenas poderiam casar-se as pessoas que professassem a religião católica.

No início, esta condição não causava inconvenientes uma vez que as pessoas que ocupavam o Brasil eram, em sua maioria, católicas. Esta situação foi modificada com o crescimento populacional decorrente, sobretudo, da imigração que fez aumentar sobremaneira a população de acatólicos. As pessoas que tinham outras convicções religiosas, ou seja, aquelas que não seguiam o catolicismo, estavam impedidas de contraírem o matrimônio.

Note-se que, neste período inicial, a Igreja detinha o monopólio das regras pertinentes ao matrimônio, era ela quem ditava as regras e impunha condições. As normas reguladoras do casamento seguiam os ditames do Concílio de Trento de 1563 e das Constituições do Arcebispo da Bahia.⁹

Foi então que o Estado decidiu intervir, criando o casamento misto pelo qual era possível a união de pessoas pertencentes a seitas dissidentes, observando as prescrições religiosas respectivas.

Desta forma, no Brasil, quando da Colônia e Império, eram praticadas três modalidades distintas de casamento: o casamento católico; o casamento misto (católico e acatólicos) e o casamento entre pessoas de seitas dissidentes.¹⁰

No Brasil, no período colonial, com a chegada do 'homem branco colonizador', era de natureza comum e corriqueira os relacionamentos amorosos provenientes do contato entre os europeus com as índias que aqui se encontravam, o que não era considerado família, vez que os europeus embasavam-se na instrução diretiva dada pela Igreja Católica, que por sua vez, via tais acontecimentos como transgressão dos preceitos religiosos e que iam de encontro aos valores morais cristãos.

Com a resistência por parte dos indígenas em serem escravizados, a opção encontrada pelo reino português foi a de trazer mão de obra africana, momento em que os negros aqui se instalaram desencadeando uma intensa miscigenação; fato influente na cultura, crença e comportamento de todos os povos, porém visto de maneira pecaminosa pelo catolicismo predominante. Apenas depois da metade do

⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**, 1. ed., Rio de Janeiro: AIDE, 1994, v. I, p.29.

¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. V, p. 40.

século XVIII, com a criação da Lei do Marquês de Pombal¹¹, o casamento entre gentios¹² e brancos foi permitido, em virtude do extermínio da escravidão indígena.

O que se pode detectar, portanto, é que tanto o Direito Canônico, por meio de suas normas de cunho moral, idealizadas e impostas pela Igreja Católica, quanto outras regras estipuladas e moldadas pelos portugueses, mantinham todas as famílias sob intensa fiscalização e vigilância, fossem formadas por brancos, negros, índios ou advindas da fusão destes.

Desta forma, a família se desenvolveu no Brasil, fruto de uma mistura de raças e culturas, sob a tentativa de um controle intenso e repressor realizado a pela igreja católica. Tal constatação mostra-se de suma importância para a compreensão da evolução da família, tópico no qual dedicar-se-á atenção específica nas linhas seguintes.

3 A Evolução do conceito de família

Por questões históricas já mencionadas, tornou-se inviável estabelecer um modelo familiar uniforme, havendo a necessidade de traduzi-la em conformidade com as transformações sociais no decorrer do tempo, como cita FARIAS E REOSENVALD.

No entanto, o Estado ainda sofria forte influência da igreja católica, sendo tal visão traduzida em regras que geravam preconceito em relação às uniões que não decorriam do casamento católico.

No entanto, aos poucos o Estado começou a se afastar das interferências da igreja e passou a disciplinar a família sob o enfoque social; a instituição familiar deslocou-se do posto de mero agente integralizador do Estado, para peça fundamental da sociedade. Nesse compasso, inicia-se a mudança do ideal patrimonialístico, com indícios ligados ao modelo familiar estatal, além do caráter produtivo e econômico, abrindo espaço para a estrutura afetiva embalada pela solidariedade.

Até a promulgação da Carta Magna de 1988, o rol era totalmente taxativo e limitado, vez que apenas aos grupos gerados por meio do casamento era conferido

¹¹CHIAVENATO, J.J. **O Negro no Brasil: da senzala à abolição**. São Paulo: Editora Moderna, 1999. p.31.

¹²Gentios era a designação para os não cristãos, os pagãos. Tal palavra deriva etimologicamente de "gens", que significa clã ou grupo familiar. Disponível em www.infopedia.com/gentios. Acesso em 05.11.2011.

o '*status familiar*', preconizado pelo Código Civil de 1916 que, sob forte influência francesa, traçava parâmetros matrimonializados. Sob este mesmo prisma, destaca-se a Lei do Divórcio, que atribuía à parte culpada pela separação, vários tipos de sanções, aludindo que a qualquer preço o liame familiar formado pelo matrimônio deveria ser mantido. Era, basicamente, “o sacrifício da felicidade pessoal dos membros da família em nome da manutenção do vínculo de casamento”¹³.

Veja, portanto, que o Estado entedia, até então, que a família apenas surgia a partir do casamento. Os conjuntos de pessoas unidos sem tal convenção não eram considerados família e, em razão disso, não mereciam a proteção estatal.

Contudo, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve um impacto relevante sobre tais concepções, por meio dos princípios constitucionais elencados que refletiram diretamente no Direito de Famílias.

O artigo 1º, III, da Constituição Federal, que consagra o princípio da dignidade da pessoa humana, é considerado por alguns doutrinadores, como o ponto de transformação do paradigma de família; “num único dispositivo espancou séculos de hipocrisia e preconceito”¹⁴. Deste modo, com toda essa ordem de valores trazidas pela Carta Magna, o Código Civil, que estava em trâmite no Congresso Nacional antes desta ser promulgada, precisou passar por um 'tratamento profundo', para que se adequasse aos parâmetros constitucionais. Como leciona Maria Berenice Dias “daí o sem-número de emendas que sofreu, tendo sido bombardeado por todos os lados”.

A partir de então, foram várias as inovações jurídicas; merecem destaque: a igualdade conferida aos homens e mulheres, tornando igualitária a proteção de ambos e se estendendo, também, aos filhos, fossem provenientes, ou não, do casamento ou por adoção; o divórcio, como método de dissolver o casamento civil (nova redação dada ao §6º do art. 226 da CF) e, do mesmo modo, a equiparação, no que tange aos direitos garantidos à família formada através do casamento, assim como à constituída pela união estável e às monoparentais, figuras novas do ordenamento jurídico brasileiro.

¹³ IDEM, cit. p.04

¹⁴ VELOSO, Zeno. **Comentários à lei de Introdução ao Código Civil**- Arts. 1º à 6º. Belém UNAMA, 2005.

É de suma importância salientar que, a mulher, outrora tratada com inferioridade, teve sua capacidade reconhecida no que diz respeito à sua posição de cônjuge. Detecta-se, portanto, que ao núcleo familiar passou a ser imputado maior prioridade o próprio ser humano, sendo considerado absolutamente inconstitucional violar direitos que dizem respeito à sua dignidade; o conceito de “*família-instituição*” foi substituído para “*família-instrumento*” do desenvolvimento da pessoa humana, protegida de acordo com interesse de seus componentes, com igualdade bem como solidariedade entre eles¹⁵.

Em suma, pode-se concluir que a família, no antigo Código de 1916, era fundada sob o aspecto matrimonializado, patriarcal, hierarquizado, heteroparental, biológico, como função de produção e reprodução e caráter institucional; esse quadro reverteu-se com a *Lex Fundamentalis* de 1988, refletindo também no Código Civil de 2002, tornando-se pluralizada, democrática, igualitária substancialmente, hétero ou homoparental, biológica ou socioafetiva, com unidade socioafetiva e caráter instrumental¹⁶.

Como se não bastasse a importante ampliação do conceito de família estabelecido pela Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento histórico entendeu que as uniões entre homossexuais deveriam ser consideradas formas de famílias, recebendo assim a mesma proteção do Estado destinada aos casais unidos pelos vínculos da união estável.¹⁷

4 Princípios constitucionais norteadores do direito de família.

A Constituição Federal surgiu, sem sombra de dúvidas, recheada de princípios bases para as demais normas do ordenamento jurídico, sendo que estes são até mesmo considerados leis das leis. Nas palavras de Paulo Bonavides “os princípios constitucionais foram convertidos em alicerce normativo sobre o qual se assenta todo o edifício jurídico do sistema constitucional”.

Com o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado, consolidou-se a idéia de que as demais leis deveriam tomar

¹⁵Conforme posicionamento de FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson; Direito das Famílias, p.11

¹⁶ IDEM, p.11.

¹⁷ LÔBO, Paulo. A repersonalização das relações de família. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, IBDFAM/Síntese, n. 24, p. 138, jun-jul. 2004.

por base a Lei Maior, inclusive o Código Civil. Destarte, os princípios constitucionais passaram a informar todo o sistema legal de modo a permitir a incidência de tal fundamento, em todas as relações jurídicas e sociais.

No âmbito do Direito de Família, tais princípios demonstram seus reflexos; sejam de forma explícita ou implicitamente, são dotados da mesma importância. Seguindo a trilha de pensamento de Francisco Amaral¹⁸, no tocante à proteção e modo organizacional da família, criança e adolescente, considera-se onze princípios fundamentais, que merecem ser citados, quais sejam o reconhecimento da família como instituição básica da sociedade e como objeto especial da proteção do Estado (CF, art. 226); a existência e permanência do casamento, civil ou religioso, como base, embora sem exclusividade, da família; a competência da lei civil para regular os requisitos, celebração e eficácia do casamento e sua dissolução; a igualdade jurídica dos cônjuges (CF, art. 226 §5º); o reconhecimento, para fins de proteção do Estado, da entidade familiar formada pela união estável de homem e mulher, assim como da entidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes; a possibilidade de dissolução do vínculo matrimonial pelo divórcio (CF art. 226 §6º); direito de constituição e planejamento familiar, fundado no princípio da paternidade responsável, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o seu exercício; igualdade jurídica dos filhos, proibidas quaisquer designações discriminatórias; proteção da infância, com o reconhecimento de direitos fundamentais à criança e ao adolescente, e responsabilidade da família, da sociedade e do Estado por sua observância; a atribuição aos pais do dever de assistência, criação e educação dos filhos e a proteção do idoso (CF, art. 230).

É sabido que alguns princípios estão intimamente ligados às diversas disciplinas abordadas pelo direito, os chamados princípios gerais, ao passo que outros destinam-se a regular matérias específicas, no que tange o direito das famílias, norteando as várias questões que permeiam as relações familiares.

Assim sendo, destacar-se-á alguns princípios constitucionais que influenciam diretamente na compreensão atual da família.

¹⁸ AMARAL, Francisco. **Direito Constitucional**. p. 319.

4.1 Da dignidade da pessoa humana

Considerado como alicerce de todo o nosso ordenamento jurídico¹⁹, o princípio da dignidade da pessoa humana faz com que, a partir dele, floresçam os demais, visto que produz efeitos sobre todas as relações jurídicas que permeiam a sociedade.

Invocando a arguta preleção de Maria Berenice Dias,²⁰ depara-se que:

Na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos a realização de sua personalidade. Tal fenômeno provocou a despatrimonialização e a personalização dos institutos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito.

Depreende-se, portanto, que o Estado se vale de tal princípio tanto para limitar quanto para nortear sua atuação, possuindo o dever de promover condutas eficazes que possibilitem o mínimo de condições existências para cada ser humano, tendo em vista que este é o foco a ser protegido.

No que tange à multiplicidade das entidades familiares que floresceram no decorrer dos tempos, sabe-se que a partir desse macro-princípio decorre a garantia constitucional de tratá-las uniformemente, ou seja, pressupõe dispensar cuidados igualitários, independente de sua formação, assim como garantir liberdade individual na escolha de manter ou não o núcleo familiar.

Sendo assim, o respeito e proteção a dignidade da pessoa humana (de cada uma delas e de todas as pessoas) constituem (ou, ao menos, assim o deveriam) em meta permanente da humanidade, do Estado e do direito²¹.

¹⁹ PIOVESAN, Flávia Cristina. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988. **Revista dos Tribunais**. v. 833/41-53. São Paulo: Ed. RT, mar. 2005, p. 42.

²⁰ DIAS. Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. revista, atualizada e ampliada. 2ª tiragem. São Paulo Revista dos Tribunais, 2009. p. 61.

²¹ DIAS. Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. revista, atualizada e ampliada. 2ª tiragem. São Paulo Revista dos Tribunais, 2009.cit. p. 63.

4.2 Igualdade e respeito à diferença.

Na arguta preleção de Rui Barbosa²² de que “tratar a iguais com desigualdade ou a desiguais com igualdade não é igualdade real, mas flagrante desigualdade”, aponta-se que é indiscutível a gigantesca responsabilidade do Estado em garantir a real igualdade a todos que estejam sob sua jurisdição.

No Texto Constitucional fica evidente a preocupação no sentido de garantir o direito de igualdade; observa-se que, além de fazer constar em seu preâmbulo, também destaca no artigo 5º, “*caput*”, que “todos são iguais perante a lei”. Ademais, no primeiro inciso, preconiza a igualdade entre homens e mulheres no que tange à direitos e obrigações bem como em relação à sociedade conjugal (art.226, § 5). Outrossim, o princípio da igualdade repercute em relações aos filhos, sejam provenientes ou não do casamento, ou adotados (art.227,§6), sendo inadmissível qualquer indício de discriminação.

O Código Civil, neste mesmo seguimento, em vários de seus artigos demonstra a influência de tal princípio no âmbito familiar, valendo mencionar o art. 1.511, que se relaciona com a igualdade atribuída aos cônjuges no que diz respeito a direitos e deveres entre eles; art.1.566 no qual se apregoa os deveres recíprocos entre eles; art.1.567 ditando sobre a direção da sociedade conjugal e art.1.583 e 1.834 que disciplinam acerca da guarda da prole.

De fato, há diferenças que perduram entre os gêneros e, por conseguinte, o direito não pode virar as costas para isso. No entanto, é evidente que a hipocrisia discriminatória está sendo marginalizada, pois o que deve permanecer é o senso de igualdade e respeito à diferença, gerador do ideal de justiça.

²² Que soube compreender como poucos a lição de Aristóteles em sua obra *Ética a Nicômaco* e sintetizar tal entendimento com a frase que tem atravessado décadas.

4.3 Solidariedade familiar

No preâmbulo constitucional é mencionada a expressão “sociedade fraterna”, dando amparo legal a este princípio tão significativo, que por sua vez engloba ideais de fraternidade e reciprocidade.

Encontram-se, também, no Código Civil, vários dispositivos que visam à assistência aos cidadãos, sendo que a família está absorvida e envolvida nesse contexto. O Estado, ao promover essa gama de direitos de caráter recíproco entre os componentes de uma entidade familiar está, de certa forma, repassando a responsabilidade para esta e ficando em segundo plano. Exemplo prático de tal acontecimento ocorre tanto nos casos que se relacionam aos idosos, como crianças e adolescentes, no qual a ordem em garantir os direitos de assistência ligados à solidariedade, estão juntos à família seguida da sociedade e por fim, o Estado.

4.4 Do Pluralismo das entidades familiares

O pensamento centralizado de que apenas o casamento deveria ser reconhecido, por efetivamente caracterizar uma entidade familiar, foi ultrapassado posto que junto às constantes modificações sociais, alargaram-se costumes e conceitos. Essa exclusividade foi sendo afastada à medida que novos núcleos familiares começaram a surgir e foram sendo constitucionalmente reconhecidos (art.226, §§ 3º e 4º, Constituição Federal).

Com efeito, enxergar sob a ótica do princípio do pluralismo é admitir e dar crédito às variadas organizações familiares, que a partir do vínculo da afetividade, surgem de forma cada vez mais intensa no meio social; fato este que não pode ser ignorado tanto pela sociedade quanto pelo legislador.

4.5 Da proteção integral às crianças, adolescentes e idosos

Considerando que os cidadãos menores de dezoito anos são vistos como seres em formação, é sabido que a eles deve-se dispensar um cuidado diferenciado

no que toca a sua proteção. O artigo 227 da Constituição Federal, elenca direitos conferidos a esta categoria, sendo considerados fundamentais embora não mencionados no célebre artigo 5º, CF.

Tais direitos constituem verdadeiros guias para reger as variadas relações existentes entre as crianças e adolescentes no seio família, social e estatal. Saúde, educação, lazer e profissionalização são algumas das garantias asseguradas e que devem ter efetiva aplicabilidade, objetivando o melhor interesse do menor ; também no ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) encontram-se as melhores maneiras de implementação de todo este leque de direitos e garantias.

Além do princípio do melhor interesse do menor, pelo qual o ECA é regido, há de se mencionar o princípio da paternidade responsável e proteção integral, com intuito de assegurar um desenvolvimento promissor ao menor, de maneira que se torne um cidadão responsável, embasado em princípios morais e éticos.

No que diz respeito aos vínculos de filiação, é vedado qualquer manifestação discriminatória entre os filhos, como já exposto acima, nos termos do §6º do art.227, CF, bem como, as relações paterno-filias que recebem amparo constitucional no que diz respeito à isonomia de tratamento, devendo ser afastadas quaisquer indícios de diferenciação. Nesse mesmo sentido, o idoso recebe abrigo legal, sendo vedada a discriminação decorrente da idade ao passo que torna-se dever da família, sociedade e Estado, promover sua participação na comunidade, dignidade e bem-estar e garantir-lhe o direito à vida (art.230, CF). Por fim, cumpre relevar que o Estatuto do Idoso dedica àqueles com mais de 65 anos um cuidado especial, sempre frisando que se trata de direitos e garantias fundamentais, portanto, de aplicação imediata.

4.6 Da proibição do retrocesso social

Na esteira do que aqui se sustenta, sabe-se que a Constituição Federal estabeleceu diretrizes no que toca o Direito das Famílias, quais sejam a igualdade entre homens e mulheres na convivência familiar, o pluralismo das entidades familiares merecedoras de proteção e o tratamento igualitário entre os filhos.

Destarte, por serem de caráter subjetivo, as normas que tratam do assunto requerem a não limitação ou qualquer outra forma que as restrinja, haja vista que são consagradas como regras constitucionais.

Na arguta preleção de Lenio Streck “nenhum texto proveniente do constituinte originário pode sofrer retrocesso que lhe dê alcance jurídico social inferior ao que tenha originariamente, proporcionando retrocesso ao estado pré-constituinte”.

Nessa linha de intelecção, conclui-se que à medida que o Estado garante tais direitos sociais, deve também atentar para seu cumprimento satisfatório posto que vão além do campo de mera obrigação positiva e não podem ser ignorados quanto à sua efetiva realização.

4.7 Da afetividade

À medida que o Estado estabelece para seus cidadãos um leque imenso de direitos individuais e sociais a fim de que se assegure a dignidade de todos, transparece o princípio da afetividade que, mesmo não sendo expresso em palavra, tem um valor amplo e um campo de incidência alargado. Nesses arranjos, com a ‘aceitação’ das uniões estáveis, as famílias monoparentais bem como outras entidades diversificadas, demonstram que o afeto foi consagrado à direito fundamental. Essa qualificação pode ser entendida quando ligada à garantia da felicidade, que não deve ser medida, imposta ou manipulada, porém colocada sob a concepção de direito a ser atingido. Sob esta mirada, constata-se que o vínculo da afinidade atende às modificações familiares que deixaram de ser modelo único e matrimonializado, para seguir uma nova ordem, a qual é atribuída o valor jurídico do afeto.

Por todas estas e outras elementares, afirma-se que aqui está o principal princípio norteador do Direito de Famílias, o da afetividade.

5 ENTIDADES FAMILIARES EXPRESSAMENTE RECONHECIDAS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Como já exposto anteriormente, foi constituída pela Carta Magna de 1988, uma nova ordem jurídica, trazendo inovações relativas ao conceito e concepção de família, desvinculando do pensamento tradicional de que esta seria somente aquela composta por um homem e uma mulher, selados pelo matrimônio, e, eventualmente, pelos filhos decorrentes desta união.

Ao ser consagrado como cláusula pétrea, a dignidade da pessoa humana (art.1º, III, CF 88) abarcou outros ideais, além do matrimônio, no que tange à estrutura família; a união estável (art.226,§3º) e a família monoparental (art.226,§4º) receberam expresso amparo constitucional.

No entanto, necessário é mencionar que o rol do referido artigo não é taxativo, partindo do pressuposto de que, em seu preâmbulo, a Constituição deixa perfeitamente declarado os princípios da igualdade e liberdade, intimamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana. Nessa esteira de pensamento, como é o indivíduo o ponto principal, o elemento finalístico para receber a proteção do Estado, tem-se que todas as demais normas, principalmente as que dizem respeito ao direito de família, devem regular as mais variadas e íntimas relações do ser humano no seio social²³, o que significa afirmar que as demais formas de entidades familiares, mesmo não expressas no texto constitucional, não podem ser marginalizadas e ignoradas, muito menos discriminadas, devendo receber o devido tratamento necessário para sua proteção.

Nada obstante a tal assertiva, a Constituição Federal tratou expressamente de algumas entidades familiares, vejamos cada uma delas.

²³ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. p. 328.

5.1 O matrimônio

O modelo sustentado pelo Código de 1916 era, basicamente, somente aquele constituído pelo matrimônio, sob a configuração hierárquica e patrimonial. Nessa trilha, o homem, considerado o chefe familiar, era tido como a referência daquela determinada entidade; mesmo que se fundissem duas pessoas em uma só, por meio do casamento, era o “varão” quem a identificava. A mulher, de outra banda, tinha sua capacidade reduzida (ou por vezes desconsiderada), não possuindo direito de exercer atividades de trabalho, muito menos de gerir seus bens. Em tese, o objetivo primordial da família era preservar seu patrimônio, fazendo dos filhos instrumentos para atingir tal finalidade.

Por essas e outras concepções, detecta-se que havia uma oposição do Estado em aceitar as entidades que se formava na sociedade sem seu “selo oficial”. Porém, à medida que transformações sociais foram acontecendo, novas uniões diversas daquelas ‘tradicionais’ foram surgindo, houve a necessidade de adaptação do legislador para disciplinar cada uma delas; mudanças significativas começaram a despontar, tais como o modo de dissolução da sociedade conjugal (Lei do Divórcio), em relação à comunhão de bens, que de universal passou para parcial, assim como o ponto controvertido sobre o emprego do nome do cônjuge varão, tornando seu uso facultativo e não mais obrigatório. Mesmo com a certa ‘liberdade’ conferida ao indivíduo no que diz respeito ao matrimônio, não se deve olvidar que muitas são as condições impostas pelo Estado quanto à sua celebração, sendo vista por muitos doutrinadores como um autêntico contrato de adesão²⁴.

Ademais, a tão almejada proteção às outras organizações familiares, se deu com a Constituição, que consolidou valores já estabelecidos, reconhecendo a evolução por qual passou a sociedade e protegendo seus integrantes de maneira igualitária.

²⁴ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 3. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

5.2 União estável

Embasando-se no pensamento expresso por Lamartine e Muniz²⁵ extrai-se que o nexa “família-matrimônio” não é mais o parâmetro a ser rigorosamente seguido, vez que matrimônio e família constituem situações diversas e a relação de fato conquistou importância no âmbito jurídico. Partindo desse pressuposto, é incontestável a figura da união estável, que tem seu conceito ligado á uma entidade familiar exercida por um homem e uma mulher de modo público e contínuo, com semelhanças ao casamento. Atualmente, é reconhecida quando ambos convivem de maneira duradoura e objetivando constituir uma família; o que impera, na verdade, é o afeto entre os companheiros.

De fato, tal espécie de entidade familiar foi legitimada pelo legislador, culminando em sua devida proteção jurídica a fim de que os casais convivessem sob aspecto de matrimônio. Nesse sentido cumpre relevar que o art.1726, do atual Código Civil, disciplina acerca da conversão da união estável em matrimônio. Também emanadas do Texto Maior, surgiram leis ordinárias disciplinando o assunto, tais como a Lei dos Companheiros (Lei nº 8971, de 29 de dezembro de 1994) que trata de direitos pertinentes à prestação de pensão alimentícia entre os companheiros bem como questões de herança; e a Lei dos Conviventes (Lei nº 9278 de 10 de maio de 1996), regulando a partilha dos bens adquiridos onerosamente no decorrer da união entre os conviventes e outros aspectos do gênero.

5.3 Família Monoparental

À comunidade formada por qualquer dos pais com seus descendentes, é devida a especial proteção do Estado, (art.266, parágrafo 4º). São as denominadas sociedades monoparentais que correspondem a uma parcela significativa da realidade de muitos brasileiros, seja em decorrência natural da estrutura organizacional familiar, ou pelo considerado avanço tecnológico (inseminação artificial), bem como privilégios conferidos pelas normas, como são os casos de

²⁵ Nesse sentido, OLIVEIRA, José Lamartine Côrrea de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de Família- Direito Matrimonial**, p. 89.

adoção por pessoas solteiras que possuem efetivamente condições econômicas e principalmente morais para cuidar do menor. Salienta-se que, apesar de gozar do amparo estatal, tal entidade não possui seus direitos infraconstitucionais devidamente regulados, o que constitui silêncio por parte do Legislativo, merecendo ser colocada em foco.

6 A FAMÍLIA E SUA FUNÇÃO SOCIAL

Passada a etapa na qual a ciência do Direito estava voltada para fatos e não valores, firma-se que a neutralidade buscada pelo positivismo atualmente é rebatida por valores que permeiam o seio social. Destarte, a norma jurídica deve ser utilizada como ferramenta a solucionar problemas decorrentes das mais variadas relações sociais, a fim de que se estabeleça decisões coerentes e embaladas pela justiça²⁶.

Tomando por base o fato de que a Carta Magna é considerada uma carta de valores e princípios, conseqüentemente o Direito de Famílias integra essa realidade. Sendo assim, denota-se que todo instituto jurídico nasce para atingir determinada finalidade, que é a sua função.

As normas de caráter familiar devem estar em consonância com os preceitos constitucionais, o que garantirá o funcionalismo eficaz de seus institutos. Nesta trilha de pensamento, os regimes instituídos pelo Direito de Famílias “devem observar uma determinada finalidade, sob pena de perderem a sua razão de ser. Assim, deve-se buscar, nos princípios constitucionais, o que almejou o constituinte para a família, de forma a bem entender a normatização”²⁷.

Como norte do ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana foi consagrada à princípio fundamental e, junto com outros princípios constitucionais concernentes à família, quais sejam a igualdade, pluralidade familiares, solidariedade, entre outros, auxiliam a detectar sua finalidade social. Porém, é de grande valia ressaltar que esse macro princípio não deve ser analisado

²⁶ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 3. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 108 -109.

²⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; GUERRA, Leandro Santos, cf. “**Função social da família**”, cit.126.

isoladamente, por poder propiciar um aspecto totalmente individualizado, haja vista que o núcleo familiar possui, também, sua feição social. No mesmo sentido, Sergio Gischkow dispara com mestria:

Uma família que experimente a convivência do afeto, da liberdade, da veracidade, da responsabilidade mútua haverá de gerar um grupo familiar não fechado egoisticamente em si mesmo, mas sim voltado para as angústias e problemas de toda a coletividade, passo relevante à correção das injustiças sociais.²⁸

Em suma, tendo em vista que a família constitui espaço de integralização social, longe de aspectos centralizados e egoísticos, as entidades familiares devem ser protegidas ao passo que atendam sua função social, sendo esta voltada a propiciar ambiente seguro tanto para a convivência entre os que a integram como para a própria dignidade destes²⁹.

7 A NOVA CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA – O AFETO COMO “CONDIÇÃO”

São inquietantes e incontáveis os fatores que exercem influência no que diz respeito à formação da personalidade de cada ser humano, porém não há o que se discutir que é a família a maior responsável de todas elas. Em outras palavras, compreende-se que esta não é considerada apenas uma instituição de ordem biológica, mas, acima de tudo, um agrupamento demarcado por características culturais e sociais³⁰.

Com o surgimento da Lei 11.340/06, posteriormente conhecida com Lei Maria da Penha, foi incorporado ao ordenamento jurídico mecanismos de ordem objetiva e subjetiva com a finalidade de repressão e prevenção da violência contra a mulher no seio familiar e social, independente de raça, cultura e orientação sexual. Não bastasse isto, apesar de poucos terem esse conhecimento, o artigo 5º, inc. II, da Lei em questão, tratou de estabelecer infraconstitucionalmente, o conceito

²⁸ PEREIRA, Sérgio Gischkow, Tendências Modernas do direito de família. **Revista dos tribunais**, v. 628, p.19-39.

²⁹ FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson; **Direito das Famílias**. p.109.

³⁰ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A função social da Família. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, IBDFAM/Síntese, n. 39. dez-jan, 2007.

moderno de família, qual seja a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa.

Partindo desse contexto e de que o Estado democrático tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, amparada pelos princípios da liberdade, igualdade e proibição discriminatória, destaca-se o inciso IV do art.3º da Constituição Federal que estabelece requisitos que proíbem distinções. É exatamente neste campo que se configura o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo; mesmo embora não sendo explicitamente vedada sua discriminação, partindo dessa posição normativa, não há o que se indagar o gênero da espécie, mas os vínculos que os unem. Nesse sentido, em virtude do silêncio proveniente da Lei, surgem posicionamentos no tocante à legítima proteção desse novo tipo de entidade familiar, posto que atende aos preceitos fundamentais que a Constituição consagrou, pois “ o fato de alguém se ligar a outro do mesmo sexo, para uma proposta de vida em comum, e desenvolver seus afetos, está dentro das prerrogativas da pessoa [...] não torna diferente, ou impede, o intenso conteúdo afetivo de uma relação emocional, espiritual, enfim, de amor, descaracterizando-a como tal”³¹.

Desta maneira, como já explicitado, a concepção tradicional e monopolizada de que família estaria relacionada apenas a enlances sanguíneos e por meio do matrimônio foi sendo afastada. Nesse seguimento, abriu caminho de passagem para as demais entidades e arranjos não previstos constitucionalmente, que se formam em meio à sociedade, unidos pela afetividade que permeia as variadas relações familiares. Como ensina Maria Berenice Dias “existe uma nova concepção de família, formada por laços afetivos de carinho e de amor”³².

Com posicionamento semelhante, vale invocar as palavras de Paulo Lobo, no sentido de que “enquanto houver *affectio* haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração,

³¹ TJRS, AI 599075496, 8º C.Civil., Rel. Dês. Breno Moreira Mussi, J. 17.06.1999.

³² DIAS. Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 52-53.

na comunhão de vida”³³.

À guisa de todo o explanado, comprova-se que a família moderna esta definida como uma comunidade de afeto, local perfeitamente propício ao desenvolvimento da dignidade da pessoa humana que culmina em um ambiente voltado para o ser humano, em sua natureza plural, democrática, aberta e multifacetária.³⁴ Sendo assim, considera-se que as entidades familiares vão além do campo estabelecido pelas barreiras jurídicas e cada vez mais firmam-se sobre o rochedo do afeto, devendo a ciência do direito preocupar-se em tratar de cada uma delas, atendendo as novas demandas sociais.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em vista do aqui se sustentou denota-se que o conceito de família se ajustou à medida que transformações sociais se despontaram, exigindo do legislador um posicionamento eficaz no que tange a tal fato. A família, com a instauração da dignidade da pessoa humana (art.1º,III, CF) deixou de ser considerada como núcleo econômico, patrimonial e de reprodução para constituir-se sob a vertente afetiva, embalada por princípios de ordem constitucional, trazendo o *affectio* para o âmbito da proteção jurídica. Destarte, os grupos familiares, atualmente, devem ser compreendidos pelos laços de afetividade que os une. Pensar diferente, seria um retrocesso.

Nesse compasso, salienta-se que os indivíduos são dotados de anseios e ideais que se intercalam, alteram, transformam no decorrer do tempo, porém a família é considerada ponto em comum, visto que é a referência do ser humano em relação à sociedade. Com efeito, sabe-se que o ordenamento jurídico não conseguiria tratar de cada inovação social, muito menos de todos os casos que surgissem; pensando nisso, fixou princípios, de ordem moral e com ampla incidência, a fim de que refletissem nas mais variadas situações que permeiam a

³³ LÔBO, Paulo. A repersonalização das relações de família. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, IBDFAM/Síntese, n. 24, p. 138, jun-jul. 2004.

³⁴ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A função social da Família. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, IBDFAM/Síntese, n. 39, dez-jan, 2007.

sociedade, cada qual com suas peculiaridades.

Vê-se, portanto, que a família da pós-modernidade é sustentada em laços de afetividade, sendo esta sua causa originária e final. A finalidade da família para a sociedade é permitir que seus integrantes desenvolvam de forma plena a sua personalidade para que possa assim, cada qual com sua individualidade, mas alicerçados em elos comuns e indissociáveis – o afeto, atingir a felicidade.

9 REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A função social da Família. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, IBDFAM/Síntese, n. 39. dez-jan, 2007.

CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. **Casamento e união estável: requisitos e efeitos pessoais**. Barueri-SP: Manole, 2004.

DIAS, Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves. Direito Constitucional à Família. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, IBDFAM/Síntese, n. 23, abril-Maio 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 3. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento**. Curitiba: Juruá, 1991.

LÔBO, Paulo. A repersonalização das relações de família. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, IBDFAM/Síntese, n. 24, p. 136-156, jun-jul. 2004.

PEREIRA, Aurea Pimentel. **A nova Constituição e o Direito de Família**, Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

PEREIRA, Sergio Gischkow. NCCB – Aspectos Polêmicos ou Inovadores. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, IBDFAM/Síntese, nº 18, junho-julho 2004.

PIOVESAN, Flávia Cristina. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988. **Revista dos Tribunais**. v. 833/41-53. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, mar. 2005.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 1. ed., Rio de Janeiro: AIDE, 1994.