

## DA FAMÍLIA ÀS FAMÍLIAS

### Victor Macedo dos Santos

Advogado. Pós-graduado em Direito da Bioética pela Universidade de Lisboa. Pós-graduando em Direito do Estado pela Universidade Federal da Bahia. Mestrando em Ciências Jurídicas na Universidade de Lisboa. Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Membro da Associação Portuguesa de Direito Intelectual (APDI).

**Resumo:** A derrocada do antigo modelo familiar ocasionou a crise da família, mas não conduziu à sua extinção, sendo substituído por uma visão que prescindia de formatos previamente estabelecidos. Influenciada diretamente pelas modificações políticas, sociais e legislativas, bem como pela repersonalização das relações familiares, a família abandona os antigos traços e se apresenta com figurinos variados. Consubstanciada em novos pressupostos, as entidades familiares contemporâneas ultrapassam o paradigma da família tradicional e se vinculam ao novo elo que as interligam: a afetividade. Este elemento fundamenta uma nova ordem familiar. Sob este prisma, a Constituição Federal Brasileira estabelece a tipologia familiar no seu art. 226, dispondo-a sobre três formas: matrimonial, monoparental e a união estável. Cumpre esclarecer se este rol tem caráter meramente exemplificativo ou se o constituinte o fez taxativamente, retirando o reconhecimento das demais formas porventura existentes, ou mesmo admitindo-as numa perspectiva análoga. A análise deve partir da atividade interpretativa atualmente adequada – sob a perspectiva de um Direito civil-constitucional – visando efetivar os princípios e valores constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da igualdade. Busca-se responder ao seguinte questionamento: a família contemporânea pode ser vista como *numerus clausus* ou deve ser *numerus apertus*?

**Palavras-chave:** Família; Afetividade; Dignidade da Pessoa Humana; Interpretação Constitucional; Função Social da família.

### 1. Introdução

Uma concepção, um formato, estaticamente preestabelecido, e a alteração de todo o conceito de família significaria ultrapassar todo o paradigma familiar construído socioculturalmente desde os primórdios da sociedade brasileira. Seria possível um olhar diferente para a família? Aquela imagem estampada em uma moldura rígida poderia ser diluída e substituída por um novo formato ou albergaria outros modelos? A realidade fática sempre apresentou formas diversas, algumas até concebidas sem amparo no matrimônio, restando saber se mereciam elas a mesma proteção jurídica daquela instituição familiar sacralizada.

Estas são as reflexões que começaram a ser levantadas no século XX e que motivaram a virada paradigmática do contexto familiar, conduzindo a fotografias com “faces” diversificadas, consubstanciadas sob um perfil dinâmico, democrático, não se reduzindo a um modelo solitário que inadmita variações. Sobrelevaram-se valores anteriormente inimagináveis, que contribuíram efetivamente para a construção de um novo paradigma para a família contemporânea. Dignidade humana, solidariedade e igualdade são os preceitos que inauguram uma nova ordem constitucional, insculpida numa interpretação piramidal, com a Constituição no topo do ordenamento jurídico, e ante a influência que exercem em todas as relações jurídicas da sociedade, determinaram a alteração do antigo conceito de família.

Entretanto, estas modificações, que fizeram alvorecer uma família democrática, trouxeram consigo o paradigma familiar da “pós-modernidade”: a afetividade. Assim, as relações familiares, atualmente repersonalizadas, não mais se reconhecem institucionalizadas, sacralizadas, hierarquizadas, biologizadas, heterossexualizadas e com essência patrimonial. Outros pressupostos assumem a configuração das entidades familiares, totalmente diversos dos anteriores, e permitem que haja uma pluralidade dos formatos daquelas. Porém, questiona-se: esta pluralidade autoriza um rol infinito de entidades familiares? Haveria um limite para as formas de família ou restringir-se-ia àquelas hipóteses enunciadas pela Constituição Federal brasileira? Qual seria a função desta “nova” família?

O presente estudo visa descortinar as questões acima apresentadas, respondendo, principalmente, a questão central, a saber se há um limite à pluralidade familiar estabelecida pela nova ordem constitucional, ou se a Carta Magna de 1988 (Brasil) modificou definitivamente a configuração das entidades familiares, visualizando-as como *numerus apertus*. Além disso, busca-se estabelecer quais são os pressupostos que fundamentam as conclusões aqui apresentadas, com amparo nos elementos que caracterizam a “nova” família, reestruturada numa visão das relações familiares totalmente distinta daquela patrimonialização e institucionalização, cuja finalidade encontrava-se fincada na manutenção da paz familiar, experimentada por século no imaginário brasileiro.

O convite feito, neste ato, a conhecer o “retrato” da família tradicional e a modificação na sua substância, que nos permite retirar qualquer moldura que enclausure as entidades familiares em estrutura e formas, nos conduz a um caminho intrigante que descortinará os fundamentos que construíram uma fotografia diversificada, multifacetária, sem posições definidas, colorida, distante do modelo fixo, em preto em branco, que constava solitário no álbum da família brasileira. E, assim, começamos a fotografar...

## 2. O “retrato” da família tradicional

A fotografia era sempre a mesma, estanque, imutável, em preto e branco, independente da lente utilizada: pai, mãe e filho(s). Não havia espaço na moldura para enquadrar a variabilidade, tampouco para substituir um dos personagens daquele retrato social por quem, verdadeira ou conjuntamente, representava a realidade fática. O aparelho jurídico responsável por capturar e regulamentar as situações jurídico-sociais de família optava por escondê-las por detrás das câmeras. O “fotógrafo” conhecia o arcabouço fático que se delineava perante os seus olhos, mas era coagido pela interpretação estática da norma, bem como pelo pensamento obsoleto e, até então, insubstituível, a utilizar modelos de representação que vestiam as imagens, apenas, com a roupagem autorizada pelo ordenamento jurídico positivado.

O que deveria ser apregoadado na composição da família não poderia se distanciar do núcleo econômico e reprodutivo, cujas bases se sustentavam numa célula matrimonializada (união perpétua), institucionalizada, biologizada, hierarquizada, patriarcal (e autoritária) e com essência patrimonial<sup>1</sup>. O vínculo conjugal não se dissociava do patrimônio, decorrendo as relações conjugais da necessidade de acúmulo patrimonial e desenvolvimento econômico de ambas as partes, enquanto o parental traduzia um elo exclusivamente biológico, sem cogitar o auxílio imaterial entre os parentes. Some-se a isto a indissociabilidade que imbricava o Estado e a Igreja, exercendo esta forte influência na intervenção estatal, conferindo relevância incomparável ao sacramento do matrimônio, única forma de constituição familiar aceitável, definido como indissolúvel e exclusivo.

O preceito fundamental que orientava a família daquela imagem sem cores não questionava acerca da existência de afeto ou desejo entre os pares para uni-los, assim como subjugava a realização existencial dos seus integrantes, em detrimento da manutenção da paz familiar<sup>2</sup>, preservando a instituição da família e arrebatando a dignidade da mulher ao sobrepor-lhe a figura marital, numa patente desigualdade entre os gêneros. Sustentava-se apenas a conjugalidade como o vínculo jurídico residente na formalização daquele elo interpessoal, minimizando a autonomia privada e a liberdade na sua formação, afastando qualquer modelo diverso da família burguesa<sup>3</sup>. O marido ocupava um privilegiado posto de supremacia em relação ao restante dos integrantes, de onde exercia a chefia daquela organização social e buscava-se distanciar os filhos legítimos (havidos no casamento) dos ilegítimos (advindos de relação incestuosas ou adúlteras)<sup>4</sup>.

Trata-se de um “retrato” familiar patriarcal e hierarquizado, no qual se erigia a primeiro plano a figura do *pater familias*, pois condizente com a evidente desigualdade social entre homem e mulher implantada na sociedade da época. Constituía atribuição do integrante masculino mais antigo a chefia daquele organismo, no qual pulsava evidente o princípio da autoridade. A submissão feminina, a influência da Igreja Católica e a maximização da intervenção estatal não corroboravam, portanto, para a quebra do paradigma familiar construído sobre estes pilares, fazendo que cada *flash* que capturasse as imagens dos séculos passados revelasse idênticas fotografias, desenhando sem cores sobre o papel antigo a herança de quando ainda não se pensava em República.

Somente se mencionava a formação de *standards* diversos do modelo nuclear para configurá-los como relações extraconjugais, ilegítimas (que incluía também as incestuosas), excluindo-as de proteção jurídica<sup>5</sup>, haja vista a existência de intocáveis parâmetros a serem observados, como o casamento, a orientação sexual (heterossexualidade) e a procriação conjugal. O ordenamento jurídico rechaçava toda formatação diversa do “casamento entre homem e mulher”, atribuindo três requisitos para o conceito de família: o matrimônio, a orientação sexual distinta entre os pares (heterossexualidade) e a procriação conjugal.

Afastando os filhos havidos fora do único núcleo familiar legítimo, por considera-los espúrios (incestuosos e adúlteros) – na proteção sólida da família como instituição, sobreposta à dignidade destes indivíduos em desenvolvimento, crianças e adolescentes –, a relação de parentalidade e parentesco associava-se, exclusivamente, à compatibilidade biológica, na consanguinidade. Em suma, para o reconhecimento jurídico do período que se estende até o final do século XX, os filhos eram somente aqueles fruto de uma relação sexual havida entre um homem e uma mulher – exercida a autoridade sobre a prole pelo pai, cabendo à mãe, apenas, em caráter subsidiário e, posteriormente, acessório –, unidos pelo vínculo indissolúvel do matrimônio, preconizando a desigualdade de tratamento entre estes e aqueles advindos de relações extraconjugais.

O retrato acima delineado, pautado no tradicionalismo imutável, provém da justificativa de perpetuação da espécie e preservação patrimonial, sobre o qual fora construída a imagem social da família, sobre os dogmas eclesiais e como sendo a semelhança da Sagrada Família. O núcleo familiar era um fim em si mesmo, por ser suficiente a identificação do modelo tutelado pelo ordenamento jurídico, decorrente do casamento entre homem e mulher, e com filhos, para que fosse alcançada a sua finalidade (a preservação da paz e do patrimônio familiares). Insistia-se em perpetuar a unidade familiar como instituição, em favor da qual deveriam laborar os seus integrantes, com o escopo de manter a paz familiar, suplantando as suas próprias realizações existenciais. Olvidava-se qualquer concepção distinta do matrimônio, da procriação intraconjugal, da desigualdade entre homem e mulher, do reconhecimento da filiação exclusivamente conjugal, emoldurando o “retrato”, sem perquirir a essência que se extraía daquela imagem.

Numa sociedade em que se admitia este modelo único de família, jamais se questionou acerca da finalidade do indivíduo em se manter associado aos demais membros. O imprescindível era continuar fotografando pelo modelo sacralizado, pois a máquina, mesmo obsoleta, precisava ser utilizada para que não se deteriorasse por desuso – conduzindo ao fim da família – aprisionando e acumulando em seu reduto o acervo patrimonial que compunha a riqueza daquele organismo<sup>6</sup>. Não se poderia cogitar imiscuir-se na principal fonte de manutenção dos dogmas “sacroestatais”, influenciando o indivíduo a perceber que seria possível democratizar a família. Assim, as famílias se formavam num “felizes (?) para sempre”, sem saber o verdadeiro significado da felicidade, sustentando a conjugalidade (à época sinônimo de união) somente por interesses econômicos, políticos e/ou religiosos.

Há pouco mais de duas décadas a sociedade brasileira já convivia com conjunções familiares plurais, numa perspectiva multifacetária, entretanto continuava a se espelhar no espectro da imagem jurídica contornada pelo tradicionalismo uníssono da família antidemocrática<sup>7</sup>. Estabelecia-se uma dicotomia entre realidade e normatividade, por ausência de correspondência entre estes dois universos, que deveriam ser, em verdade, complementares. Não se presenciava, até o alvorecer da Constituição Federal de 1988, a expansão normativa – explícita ou implícita – do conceito de família, apta a refletir o quanto observado no cotidiano, optando por permanecer arraigado no ideal nuclear, que desprestigiava outras entidades familiares, e não se continham naquela paisagem entumecida da codificação civilista de 1916 (e das cartas constitucionais anteriores à década de 80), capturada pelo positivismo jurídico de outrora. Família e dignidade humana não se interpenetravam, sendo preferível mantê-las afastadas, em prol da sustentação de uma perspectiva estrutural, a instituição concebida como a base da sociedade.

Apesar das inúmeras inovações insculpidas em seu texto, a Constituição Cidadã (de 1988) não foi a gênese da introdução da expressa previsão constitucional da família, pois houve referência anterior à sua constitucionalização no conteúdo normativo de outras Constituições brasileiras, tendo como ponto de partida o texto posterior à Revolução Constitucionalista de 1932. Detentora dos louros desse ineditismo, a Lei Maior de 1934 trouxe originalmente a previsão da família em seu art. 144, não obstante o fizesse considerando-a exclusivamente no formato matrimonializado, aceitando o modelo decorrente do casamento indissolúvel como único apto a constituir o conceito de família, e mantendo as impropriedades inerentes ao formato tradicional. E, sob o prisma da proteção da célula *mater* como instituição, na proteção da intangibilidade da paz e do patrimônio familiar (além de sustentar a desigualdade entre os cônjuges e entre filhos havidos dentro e fora do casamento), as Cartas Constitucionais brasileiras subsequentes (1937, 1946 e 1967/69)<sup>8</sup> mantiveram – formal e materialmente –

este aspecto, somente ocorrendo a derrocada definitiva deste paradigma com a promulgação da Carta Magna de 1988. Em verdade, a fotografia da família exclusivamente matrimonial, hierarquizada, biologizada, patriarcal, antidemocrática e com essência patrimonial, imperou no cenário brasileiro até o final do século passado, assumindo outras feições, apenas, em 5 de outubro de 1988<sup>9</sup>, com a entrada em vigor de um “novo” texto constitucional.

A trajetória de modificação do perfil constitucional da família, com a quebra do paradigma do modelo nuclear, finda com a Constituição Cidadã. Porém, algumas características do modelo que percorreu séculos em *terra brasilis* foram sendo alteradas, excluídas e substituídas sob a influência das transformações políticas, sociais e legislativas (não necessariamente ocorridas no texto da Lei Maior) que a República brasileira experimentou a partir da sua proclamação no final do século XIX<sup>10</sup>. Não foi instantânea e imediata a inclusão e tutela jurídica dos tipos de família diversos da imagem nuclear, pois o modelo de conteúdo democrático no espaço intra e interfamiliar ocorreu paulatinamente, como consequência das concepções que passaram a ser incorporadas na ideologia sociopolítica da população e do Estado (consubstanciando no surgimento do Estado Democrático de Direito).

No período que se estende até metade do século XX, a inalterabilidade da perspectiva jurídico-familiarista do Brasil conduzia a uma análise fundada nos preceitos da legislação civilista vigente, cogitando-se uma perpetuação do paradigma da família nuclear, conforme reflexos, também, nas Constituições que percorreram este lapso temporal. As relações civis encontravam-se regulamentadas pelo Código Civil de 1916 – ordenamento jurídico que continha disposições que ressaltavam a desigualdade de direitos entre homens e mulheres; entre filhos advindos de uniões conjugais e os das relações extraconjugais; preservava o patriarcalismo, sendo o marido o chefe da família<sup>11</sup>; reconhecia laços de parentesco apenas os decorrentes dos vínculos biológicos; não equiparava os indivíduos para fins de tutela jurídica, sem hierarquiza-los – não se mencionando, à época, a supremacia da Constituição, impedindo sua visualização como Lei Fundamental, que conduziria a uma aplicação dos princípios insertos em seu corpo. Ainda se encontrava distante e inimaginável seguir as diretrizes de um direito civil constitucionalizado.

Apesar de enclausurada numa codificação cujo projeto inicial era datado das duas últimas décadas do século XIX, o paradigma estabelecido no ordenamento jurídico brasileiro de outrora não ficou inerte. Os sustentáculos do modelo unitário de família começaram a ruir a partir da entrada da mulher no mercado de trabalho, da liberalização sexual, da evolução das técnicas de reprodução humana e da proletarização das cidades, conseqüências diretas da industrialização brasileira (reflexos da Revolução Industrial na sociedade), seguindo o declínio com o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento (Lei nº 883/49); o Estatuto da Mulher Casada (1962); o direito ao voto para as mulheres (1932); a Revolução Sexual (entre 1960 e 1970); a redução dos índices de natalidade, com o desenvolvimento e difusão dos métodos contraceptivos; o fim da indissolubilidade dos vínculos conjugais (Lei do Divórcio nº 6.515/77 – após aprovação da Emenda Constitucional nº 9/77); culminando, por fim, na virada paradigmática conclusiva da Carta Magna democrática (1988)<sup>12</sup>. Falava-se, nestes tempos de mudança, em crise da família. Mas, estas alterações conduziram ao fim da família? Ou seria estabelecido um novo paradigma?

Conquanto denominada como instituidora do Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal de 1988 se apresentou timidamente plural com relação à família. Embora os caminhos por ela apontados se destinassem às inovações da igualdade entre todos os cidadãos (art. 5º), inclusive entre os cônjuges (art. 226, §5º), bem como entre os filhos havidos dentro ou fora da relação conjugal (art. 227, §6º); conduzissem, também, à confirmação da

dissolubilidade dos vínculos matrimoniais (art. 226, §6º), à proteção da dignidade da pessoa humana, como valor supraconstitucional (art. 1º, III), e fixação do princípio da solidariedade (art. 3º, I), o Constituinte optou por reconhecer *expressamente*, apenas, três tipos de entidades familiares: a matrimonial; a monoparental e a convivencial (decorrente da união estável), sem supostamente antever a multiplicidade de entidades familiares que porventura viessem existir.

Percebe-se, todavia, que não mais se coadunava com as diretrizes constitucionais democráticas o modelo nuclear que permaneceu fincado no ordenamento jurídico brasileiro por séculos a fio. Não era sustentável admitir-se um formato patriarcal, hierarquizado, biologizado, matrimonializado, institucionalizado e com essência patrimonial<sup>13</sup>, sem que fossem plenamente efetivadas a dignidade humana, a solidariedade e a igualdade (formal e materialmente). A amplitude conferida pelo nascimento de uma nova ordem constitucional clamava pela necessidade de “digitalizar” a antiga máquina fotográfica, que pulverizava em uma família unitária a tutela jurídica conferida, subjugando outras formas cotidianamente observadas. Somente com a possibilidade de maior armazenamento destes novos contornos é que seria alcançado o sentido material advindo da Constituição. Caberia, entretanto, decidir por uma pluralidade preestabelecida ou conducente a um *numerus apertus*.

### 3. Os “novos tempos” e o *remake* das famílias

Diversamente do que se idealizava como consequência pela crise da família, o ruir do modelo unitário não conduziu ao fim da célula *mater*, haja vista continuar sendo caracterizada como “a base da sociedade” pela Constituição. Sobreviveram questionamentos acerca da existência ou não de um novo paradigma, ou da conclusão pela tipologia supostamente taxativa anunciada pelo legislador constitucional, sendo essencial um *remake*, refazendo os modelos a serem aceitos pelo ordenamento jurídico, oportunizando o surgimento de outros novos. Deste modo, questiona-se: Há um novo paradigma para a família? O recente texto constitucional alberga uma pluralidade infinita de entidades familiares? Ou o rol enunciado pelo art. 226 é considerado *numerus clausus*? Estaria a família novamente em crise, próxima à extinção, se considerada plural? Quais os pressupostos que permitem a sua caracterização no formato atual? Como agora se conduzem as relações intrafamiliares? Qual o fim a que se propõe a família, haja vista a busca pela paz familiar e preservação patrimonial terem sido substituídas por uma nova finalidade?

A família modificou-se. Sua substância atual é diversa e sua finalidade não se resume à simples manutenção de uma estrutura, não sendo mais uma instituição suficiente em si. Rechaçamos o patriarcalismo, a hierarquia familiar, a vinculação exclusivamente biológica e a essência patrimonial, optando por retirar as molduras limitadoras para permitir a inclusão ilimitada. Resta, entretanto, delinear os requisitos e os limites aos quais se submeterá este novo marco emblemático das entidades familiares, procedendo-se, inevitavelmente, à análise através da pirâmide kelseniana, estabelecendo a Carta constitucional no topo da interpretação jurídica, evidenciando uma visão civil-constitucional a partir deste momento.

#### 3.1. Repersonalização das relações familiares

Pouco relevante era o ser humano em sua perspectiva ontológica, pois fundamental se considerava centralizar a tutela jurídica no aspecto patrimonial, fazendo que as constituições e

demais codificações se encontrassem carregadas pela influência do liberalismo individualista<sup>14</sup>, de onde provém a concretização da propriedade (do patrimônio) como núcleo dos interesses privados, incluindo-se inevitavelmente neste universo as relações civis, e ainda mais restritamente as familiares. O espaço reservado para a proteção e promoção dos direitos da pessoa humana, tal como a sua dignidade, era subjugado em detrimento de aspectos econômicos, considerados primordiais, mas que corroboraram para instaurar e fixar o paradigma da família tradicional evidenciado no capítulo anterior. Em poucas palavras, preocupava-se mais em “ter”, esquecendo-se da importância que deveria restar atribuída ao “ser”.

O próprio organismo familiar era identificado como um núcleo produtivo e econômico da sociedade, onde se buscava impossibilitar a retirada do patrimônio acumulado pelos seus integrantes de dentro daquela estrutura (visando a manutenção daquela instituição), haja vista continuar permanente a crença de ser a melhor forma de preservação patrimonial. Não se questiona, todavia, a existência de uma atenção direcionada ao indivíduo naquele período – em que pese existente de forma atrofiada –, observado em sua individualidade, sem alcançar, entretanto, os traços da solidariedade e da cooperatividade que fomentam o caminhar da sociedade moderna (ou “pós-moderna”).

Ocorre que, sob o prisma da primordialidade patrimonial atrocidades foram perpetradas, porquanto desconhecida ou inobservada a necessidade de proteção da pessoa humana como valor insuperável. A inexistência de centralização da proteção jurídica do ser humano em sua dignidade, reconhecendo-o, apenas, como mecanismo para a preservação do aspecto patrimonial, contribuía silenciosamente para atitudes desarrazoadas em prol do incremento do poder político e econômico (e, por vezes, religioso). Mas, ante a impossibilidade de permanência nestas circunstâncias, por serem prejudiciais ao próprio desenvolvimento da humanidade, a Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948, estabelece o marco fundamental da superação deste pensamento com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos do Homem<sup>15</sup>.

Este foi o *turning point* da virada paradigmática na ideologia da sociedade, autorizando-a a solidificar um raciocínio eminentemente ontológico em relação à pessoa humana, alocando-o no *locus* anteriormente pertencente ao pensamento econômico, sedimentando o fim da “Era do patrimônio”<sup>16</sup>. Invertem-se as posições jurídico-sociais outrora vislumbradas num sentido ascendente do “ser” para o “ter”<sup>17</sup>, encravando no topo da pirâmide social a dignidade da pessoa humana<sup>18</sup>. Assim, verificado o reflexo desta nova ideologia em toda a sociedade, com evidente influência sobre o universo jurídico, nada mais objetivo do que imiscuir-se nas relações mais “humanas”<sup>19</sup> do organismo social, as familiares<sup>20</sup>.

O ser humano passou a se identificar como família em virtude de uma compatibilidade existencial, da necessidade de se afeiçoar para alcançar a sua realização como pessoa<sup>21</sup>, sendo a pessoa humana em sua dignidade um fim em si mesma<sup>22</sup>. Percebe-se que não mais se busca o acréscimo ou comunhão de esforços para atingir uma finalidade econômica, tampouco laborar exclusivamente para manter a família como uma instituição. De outra forma, a consecução dos interesses existenciais e a proteção da pessoa humana, enquanto sujeito de direitos, angariaram relevância e sobrelevaram-se a um caráter primordial nas relações jurídicos-sociais, em particular no seio familiar<sup>23</sup>.

O fenômeno que consiste na centralização da pessoa humana nas relações civis (nas quais se incluem as familiares), residente na proteção da sua dignidade, vinculando-se aos princípios da solidariedade<sup>24</sup> e da igualdade, fora denominado como repersonalização do Direito Civil<sup>25</sup>. Restringindo, portanto, o foco de análise desta alteração na incidência de normas

específicas, para delimita-lo, apenas, em virtude das relações familiares, sustenta-se a evidência, também, da repersonalização destas. Os motivos determinantes para estas modificações são semelhantes, porém, as consequências, porque peculiares, se reservam ao ramo de aplicação nas relações de cunho familiar.

A gênese da tutela jurídica da dignidade da pessoa humana não adormeceu tímida na previsão genérica da Declaração Universal dos Direitos do Homem, refletindo esta influência nos ordenamentos jurídicos nacionais, principalmente pela carga valorativa que implantou nas Constituições que o sucederam. Especificamente no espaço jurídico brasileiro, a Constituição Federal de 1988 nasce desenhada pelos traços indissolúveis da solidariedade, da igualdade, da liberdade e do *macroprincípio* da dignidade da pessoa humana, cuja previsão expressa apreço logo no art. 1º, III, do seu texto.

O texto constitucional centraliza a aplicação e efetivação das suas normas na proteção da dignidade da pessoa humana, preconizando, ainda, a necessidade de cooperação mútua da sociedade (princípio da solidariedade) em prol de salvaguardar os cidadãos em sua esfera mais íntima, reconhecendo que devem todos gozar dos mesmos direitos e deveres, sem qualquer distinção, alcançando o princípio da igualdade em sentido material, e não apenas em caráter formal. Assim, deve-se partir, inevitavelmente, de uma interpretação sistemática, para fazer alcançar todo o corpo normativo constitucional, no qual se incluem, entre os arts. 226 e 230, as normas específicas sobre as relações familiares.

Experimenta-se, portanto, uma visão familiar diversa do formato tradicional, sendo a pessoa humana instrumento para a consecução de uma finalidade estrutural. A família que passou por este *remake* propugna a preservação da dignidade dos seus integrantes, no intuito de construir o espaço familiar como *locus* de preservação do afeto, onde há respeito, cuidado, comprometimento mútuo, proteção dos vulneráveis, um local que prima pela realização existencial daqueles que a compõem, independentemente da existência de um modelo pré-formatado ou proteção da instituição à qual faz referência<sup>26</sup>. Tendo como pedra angular a manutenção da dignidade humana no seio familiar, constrói-se o novo ponto fulcral de identificação das entidades familiares, do qual se originam modelos diversificados, mas que também se incluem na nomenclatura infundável da “nova” família<sup>27</sup>.

### 3.2. O princípio da afetividade e a “nova família”

Tendo o amparo constitucional da dignidade humana como cerne do texto de 1988, o Direito de Família não poderia prosseguir em caminho diverso desta diretriz, e, portanto, assim como a integralidade do Direito Civil, experimentou e consolidou um processo de despatrimonialização das relações privadas. O elo interpessoal familiar fora substituído pela valorização da dignidade humana como um macroprincípio, numa conformação finalística, abrindo caminho para a assunção do afeto como o novo vínculo jurídico constitutivo das famílias<sup>28</sup>.

Não se trata de falar do amor, sentimento indefinido, mas, pincelado por Carlos Drummond de Andrade, ao afirmar que “amor é o que se aprende no limite, depois de se arquivar toda a ciência”. Não se visualizaria exclusivamente o amor pela lente do afeto – embora equivocadamente reconhecido sob esta face pelos tribunais em reiteradas decisões –, por concordar com Camões em ser este um “fogo que arde sem se ver”. Inalcançável a definição de algo que não pode ter descortinada a sua substância<sup>29</sup>, mas, apenas ser reconhecido por aqueles que



## ENTRE ASPAS

o sentem, um elemento eminentemente subjetivo, enclausurado na *psiquè* do indivíduo<sup>30</sup>.

O afeto se coaduna como o elo que permite alcançar o propósito comum dos seus integrantes, sendo este a convivência harmônica, onde se autorize conceber (e concretizar) os princípios constitucionais da solidariedade, da igualdade e da dignidade humana<sup>31</sup>. Não se trata de reconhecê-lo somente como a finalidade a que se propõe a constituição das “novas” famílias, mas erigi-lo a pressuposto essencial à sua existência, à identificação de uma relação jurídico-social como entidade familiar. O elemento finalístico da família não mais se esgota na sua própria existência – como sendo um fim em si mesmo, institucionalizada – sendo contemporaneamente a realização pessoal e interpessoal dos seus membros.

A definição do afeto, a ser considerado como valor juridicamente tutelado, fora delineada por Abbagnano (*apud* Angeluci, 2006, p.96) da seguinte forma:

enquanto as emoções podem referir-se tanto a pessoas quanto a coisas, fatos ou situações, os afetos constituem a classe restrita de emoções que acompanham algumas relações interpessoais (entre pais e filhos, entre amigos, entre parentes), limitando-se à tonalidade indicada pelo adjetivo “afetuoso”, e que, por isso, exclui o caráter exclusivista e dominante da paixão. Essa palavra designa o conjunto de atos ou atitudes como a bondade, a benevolência, a inclinação, a devoção, a proteção, o apego, a gratidão, a ternura, etc. que, no seu todo, podem ser caracterizados como a situação em que uma pessoa “preocupa-se com” ou “cuida de” outra pessoa ou em que esta responde, positivamente, aos cuidados ou a preocupação de que foi objeto. O que comumente se chama de “necessidade de afeto” é a necessidade de ser compreendido, assistido, ajudado nas dificuldades, seguido com olhar benévolo e confiante.

A situação ativa ou passiva deste “cuidado”, que decorre da afetividade existente nestas relações familiares, permite identificar e diferenciar a constituição de uma família, que passa a ser reconhecida pelas mencionadas atitudes de “bondade, benevolência, inclinação, devoção, proteção, apego, gratidão, ternura”, em caráter de reciprocidade entre os seus integrantes. Neste prisma, será formada a estrutura familiar pela existência e manutenção do princípio da solidariedade no seio da família, concomitantemente ao reconhecimento da dignidade humana entre os seus integrantes<sup>32</sup>, uma vez que essencial visualizá-lo como um fim em si mesmo.

Foi através da sobreposição do afeto às pretéritas formalidades que o novo formato, denominado de entidades familiares, se assume, identificando-se pelos laços socioafetivos, desbiologizando o antigo núcleo familiar, ao revés do que outrora se observava e admitia<sup>33</sup>.

Com a supremacia do afeto como laço que une os indivíduos<sup>34</sup>, admite-se, inclusive, que este se sobreponha ao aspecto biológico, ante a possibilidade, em certas hipóteses, de se reconhecer a existência de família em uma relação exclusivamente afetiva, em detrimento a outra pautada na consanguinidade<sup>35</sup>. Portanto, verifica-se que este laço afetivo pode se unir de forma mais sedimentada do que o sanguíneo, sobrelevando a convivência familiar, não se afastando a possibilidade de convivência simultânea entre as interligações paterno/maternofamiliar biológica e socioafetiva<sup>36</sup>.

O texto constitucional sepultou definitivamente os antigos parâmetros da família, inaugurando uma nova ordem familiar comandada pela afetividade, dignidade humana, solidarieda-

de e igualdade<sup>37</sup>. Não se cogita mais falar em parentalidade exclusivamente biológica, posto que plenamente admissível a filiação socioafetiva, tampouco se admite sustentar uma hierarquia interna e externa da família<sup>38</sup>. Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, finaliza-se a derrocada daquelas características com a despatrimonialização e a desinstitucionalização da família, consequências diretas da preservação primordial da dignidade da pessoa humana, suplantando os demais aspectos, principalmente aqueles que subjugavam o ser humano em prol da defesa do patrimônio, ou mesmo da manutenção da paz familiar, inobservando-a como meio de realização dos interesses existenciais dos seus membros<sup>39</sup>.

Na família hodierna a afetividade determina o comprometimento recíproco entre os seus integrantes (com cuidado, respeito, tolerância, devoção e etc.), num labor incansável para que todos possam se manter num estado de realização pessoal, protegendo-se mutuamente da intervenção alheia que possa prejudicar a convivência nestes moldes. Os esforços devem ser igualmente envidados, pois todos merecem idêntica proteção da família, da sociedade e do Estado para a consecução dos seus interesses, reunidos no núcleo essencial de manutenção da paz social, base da sua estrutura, onde deverá permanecer seguramente para um desenvolvimento saudável.

Neste contexto, o último pilar da família tradicional fora recentemente derrubado, pulverizando os reflexos das famílias tradicional e nuclear nesta “pós-modernidade”. Trata-se da heterossexualidade. Anteriormente admitia-se, apenas, a composição da família por pares de sexos distintos, olvidando as entidades familiares, faticamente existentes, e que se compunham por integrantes do mesmo sexo. Por resistência cultural, inclusive inculpada expressamente nos textos constitucionais, nas codificações e nas legislações extravagantes, as relações homossexuais deixavam de ser juridicamente tuteladas, descumprindo materialmente o texto constitucional – num antagonismo existir de normas constitucionais inconstitucionais – principalmente pelo desrespeito ao princípio da igualdade, autorizando-se legislativamente preceitos de cunho eminentemente discriminatórios.

Este cenário mudou. Optamos por colorir a fotografia em preto e branco, conferindo-lhe vivacidade e democracia, pois, por mecanismos formalmente inovadores, mas, na efetivação dos motes constitucionais da dignidade humana, da igualdade e da pluralidade familiar, o ordenamento jurídico brasileiro, em acompanhamento a tantos outros do mundo, reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo<sup>40</sup>, em *decisum* paradigmático, prosseguindo atualmente à autorização, administrativamente, da realização de casamentos civis<sup>41</sup>.

Estas relações familiares, formadas pela conjunção de dois pares do mesmo sexo, preenchiam inequivocamente todos os pressupostos essenciais para a configuração de uma entidade familiar nos padrões requisitados pela Carta constitucional, deixando de serem reconhecidas em virtude do arcabouço cultural transportado, principalmente, pela influência da Igreja no Estado, que desde as primeiras codificações brasileiras não corroborava para a sua inclusão como família, por ser contrário aos seus dogmas (que possuem força moral, e não normativa). Entretanto, no alvorecer da nova ordem constitucional, optou-se por salvaguardar os preceitos do Estado Democrático de Direito evidenciados pela Carta Constitucional, incentivando uma modificação sociocultural, admitindo em caráter progressivo<sup>42</sup> os núcleos compostos por pares de sexo idêntico, concluindo-se pela juridicização da união estável, do casamento, e, mais recentemente, aproximando-se da completude com a adoção por casais homossexuais.

Democrática. De outra forma não deveria ser nominada a “nova” família. Conquanto existentes incalculáveis nomenclaturas, e tantas outras ainda por serem inventadas, esta é a

expressão mais precisa para as entidades familiares sem formato predefinido e conviventes em harmonia neste cenário contemporâneo (“pós-moderno”). Ela externaliza com transparência os contornos de um conceito construído nos pilares da afetividade, estabilidade e ostensibilidade<sup>43</sup>, funcionando estes como os pressupostos essenciais à configuração da família democrática, aos quais cumpre acrescer a pluralidade de sujeitos<sup>44</sup>.

O “retrato” antigamente imutável ganha novos contornos, transfigurando a imagem fixa por um cenário de infinitas faces, sem posições previamente estipuladas, retirando-se a moldura que engessava a fotografia para diluir o conceito da “nova” família em cores diversas, onde o único substrato essencial seja o preenchimento dos seus requisitos, num infinito nascer e crescer de formas já visualizadas e outras a serem capturadas com originalidade.

Analisado previamente o elemento da afetividade, imprescindível esclarecer os demais pressupostos de reconhecimento da entidade familiar atual. A estabilidade condiz com a necessidade de sedimentação dos laços afetivos, de forma que não se prestigie os modelos casuais, efêmeros, que não correspondem à concretização da afetividade como peça fundamental para a manutenção sólida daquele núcleo (excluem-se, pela ausência deste pressuposto, os namoros, encontros casuais, e etc.), no qual inexistente um esforço mútuo para a construção de toda uma comunhão de vida. Não se exige um lapso temporal específico para que se configure este requisito, mas é essencial que se demonstre a rigidez da ligação afetiva estabelecida entre os membros da entidade familiar.

Em complemento, a ostensibilidade corresponde à apresentação e identificação pública na sociedade como família. Pressuposto semelhante à notoriedade requisitada pela união estável, a ostensibilidade não requer o integral conhecimento social, basta a inequívoca convicção na comunidade que frequentam os integrantes daquele organismo de que formam uma família (reconhecimento social) – uma essencial conjugação das realidades fática e jurídica.

Um último elemento a compor este quarteto de requisitos é a pluralidade de sujeitos. Conquanto existente quem acredite ser possível a configuração de uma família unipessoal, em que não há uma pluralidade de sujeitos, defendemos em sentido diverso, fundados na certeza de que a constituição do próprio paradigma da família democrática, a afetividade, necessita de outro sujeito para que seja visualizado, uma vez que lhe é inerente a reciprocidade, que jamais se conseguirá formar sem a presença de dois ou mais sujeitos. Embora possível caracterizar os demais pressupostos neste modelo de “família” (para quem assim a considera), a indispensável identificação da afetividade, que se faz ausente neste caso, exclui a família unipessoal<sup>45</sup>.

Não se defende, aqui, a inadmissibilidade de entidades familiares constitucionalmente implícitas, em razão de não concordar com a assunção como família daquela denominada unipessoal. Apenas se ressalta a necessidade de preenchimento dos pressupostos acima elencados, pelas razões decorrentes das suas próprias descrições, ressaltando o aspecto de *numerus apertus* do rol constitucional, desde que aplicada a ampliação da lista explícita em observância à dignidade humana, solidariedade, igualdade e em atendimento aos limites impostos pela razoabilidade.

Conclui-se: o formato da família contemporânea, democrática, se distancia por completo dos modelos que lhe antecederam, se traduzindo em conceito aberto, que apenas necessita da presença dos seus pressupostos para ser caracterizado. Nem mesmo como família precisa ser denominada, sendo sua nomenclatura constitucionalmente posta como entidade familiar, retirando a carga discriminatória decorrente dos outros textos constitucionais.

#### 4. A família como *numerus clausus*?

A problemática que se coloca frente ao alargamento (i)limitado do rol enunciado pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, não pode resultar sem resposta. Ao prever o Constituinte as três hipóteses de famílias estabelecidas no texto normativo, estaria delimitando o alcance da tutela jurídica apenas àquelas formas? O recém-inaugurado (pela Carta Cidadã) princípio da pluralidade das entidades familiares estaria materialmente alcançado pela ampliação do “rol familiar” com a inclusão da família monoparental e da união estável? Nos posicionamos diante de *numerus clausus* (sem tutelar as demais formas de família, ou salvaguardando-as, mas, analogamente àquelas normativamente previstas) ou de *numerus apertus*?

Se entendida como suficiente a interpretação da norma constitucional através dos métodos enunciados por Savigny, que inquinou o pensamento jurídico do século XIX e se estendeu até meados do século passado, satisfatória seria retirar desta interpretação formalista o que se lê da norma, a vontade objetiva da lei. Em sentido diverso, o caráter interpretativo largo da Constituição, apresentado por Peter Härbele, determina que o intérprete considera fundamental o “direito em ação”, compondo sua atividade hermenêutica pelo acréscimo à atividade formalista anterior das constantes renovações e debates socialmente visualizados. Este último método, que autoriza uma interpretação larga do texto constitucional, configura aquele que melhor atende o Estado Democrático de Direito, pois acompanha as modificações constitucionais cotidianamente observadas.

Diversamente da interpretação em sentido lato não ousaríamos seguir, pois caminhar acompanhado pela “velha” hermenêutica conduz a trajetos tortuosos, que não se destinam a compreender o verdadeiro valor tempo nas modificações constitucionais. Neste sentido, o transcorrer temporal, que recepciona alterações político-sociais, não as teria absorvido e, portanto, abalaria a estrutura constitucional, que não alcançaria a tutela jurídica devida para as situações socialmente apresentadas como semelhantes. Este é o sentido adotado para a interpretação das normas constitucionais, e que coaduna com uma leitura mais “aberta”, estruturada sobre uma interpretação democrática das normas insertas naquele texto<sup>46</sup>.

Reconhecendo como fundamental este método interpretativo, atinente na concretização constitucional, prossegue-se com a análise específica do rol do art. 226. A referida norma inclui expressamente no rol das famílias juridicamente cognoscíveis duas outras além núcleo (antigamente exclusivo) proveniente do casamento. E, desta forma, institui o princípio da pluralidade familiar, por retirar a exclusividade que adormecia na realidade jurídica até o nascimento da Carta Cidadã. Entretanto, esta lista tríplice é suficiente e atende ao sentido material da Constituição? Não. A pluralidade encontra fundamento em princípios e valores constitucionais, que determinam maior amplitude das entidades familiares.

Há quem defenda, pautado na interpretação restritiva e formalista do texto constitucional, que somente devem ser tutelados juridicamente os três tipos familiares trazidos no supramencionado dispositivo. Divergem, ainda, os seguidores deste entendimento acerca da hierarquização desta tipologia restrita. A diversidade de compreensão com relação à colocação do casamento em posição superior às demais entidades familiares extrai-se da indução realizada pelo §3º do art. 226, que expressamente determina ao legislador infraconstitucional que facilite a conversão da união estável em casamento. Nada mais se refere do que indicador de remoção de obstáculos para aqueles que busquem a modificação de uma forma de família para outra, pois admitir esta hierarquização ofenderia o princípio da igualdade, por tutelar preferencialmente determinados tipos familiares em relação aos demais<sup>47</sup>.

Também subsumida no caráter restrito de interpretação, a outra corrente difere na desconsideração desta hierarquia entre as entidades familiares, porém, apenas reconhece os três tipos enunciados no texto constitucional. O equívoco que decorre deste preceito interpretativo reside, principalmente, na restrição da liberdade de escolha, ao restringir a opção por um dos modelos predispostos. Seria a ampliação do rol anteriormente conjugado à perpetuação da interpretação restritiva de outrora, existente, de igual forma, nos textos normativos anteriores. Sem embargo de conceber formalmente o princípio da igualdade, afasta-o materialmente, por não tutelar juridicamente as entidades familiares constituídas em formato diverso dos modelos pré-formatados, e a restrição da liberdade de escolha ofende, ainda, a própria dignidade da pessoa humana, posto que impossibilita a realização pessoal do ser ao não lhe conferir guarida sob a forma que melhor lhe aprouver e que denote o desenvolvimento da sua personalidade<sup>48</sup>.

Ante a necessidade de interpretação das normas constitucionais de forma concretizadora, além da análise do seu texto em completude, de forma sistemática, e observada a Constituição como permeada de princípios e valores, ressalta-se a inequívoca desobediência dos posicionamentos acima aos preceitos maiores da igualdade e da dignidade da pessoa humana, que não podem se afastar do conceito contemporâneo de família. As entidades familiares provenientes desta nova ordem constitucional não podem corresponder a modelos estanques, haja vista cada tipo apresentado e constituído possuir as suas peculiaridades e efeitos.

O art. 226 é uma norma de inclusão. Quando apresenta modelos familiares em seu conteúdo o faz em caráter meramente exemplificativo, com o escopo de enunciar os tipos sociais mais comuns de família, sem, para tanto, afastar as demais formas de entidades familiares. O *numerus apertus* que decorre da previsão geral do *caput*, quando denomina “a família, base da sociedade” visa exclusivamente considerá-la como *locus* de consecução da dignidade da pessoa humana, desde que presente os requisitos da afetividade, estabilidade, ostensibilidade e pluralidade de sujeitos. Este mesmo caráter inclusivo se reflete no §4º, quando o legislador se vale da expressão “também”, optando por indicar a possibilidade de constituição familiar por outro formato, ao qual será conferida, da mesma forma, a configuração de entidade familiar<sup>49</sup>.

Este é o verdadeiro sentido do princípio da pluralidade familiar, que não se restringe à uma multiplicidade formal, subsumida aos três tipos expressamente predispostos pela norma constitucional. O sentido material a ser alcançado pela realização deste princípio propugna uma amplitude indefinida das entidades familiares, que apenas se conformará no caso concreto, através da identificação dos pressupostos caracterizadores daquele organismo social como família.

Centralizada a perspectiva constitucional no valor supremo da dignidade da pessoa humana, bem como pela concretização material da igualdade, além da interpretação mais adequada das normas constitucionais, não há como coadunar com uma visão taxativa das entidades familiares constitucionais, rendendo-se à mera tipologia tríplice. A “nova” família, democrática nos conduz a interpretar o art. 226 como norma de inclusão, que apresenta um rol meramente exemplificativo de entidades familiares, fazendo referência expressas aos três tipos (família matrimonial, monoparental e união estável) por serem aqueles os mais difundidos no meio social. Suficiente, portanto, o preenchimento dos requisitos acima dispostos para a caracterização como entidade familiar, haja vista inexistente qualquer obstáculo constitucional à amplitude infinita das formas de família<sup>50</sup>. Ressalte-se: trata-se, evidentemente, de *numerus apertus*.

Estas mudanças, sedimentadas com a Constituição Federal de 1988, determinaram a

necessidade de atendimento à uma finalidade social dos direitos, passando-se a mencionar não mais o suprimimento do interesse pessoal com o exercício de um direito, mas, reconhecer a necessidade, principalmente, do preenchimento dos interesses do coletivo. O *eu* cede lugar ao *nós*, rejeitando o egoísmo (individualismo) e aceitando uma “fraternidade social” (coletividade)<sup>51</sup> como condutora da nova realidade sociocultural a ser construída.

Em que pese se mencionar sobre a transformação de uma visão singular e absoluta dos direitos individuais para uma análise plural dos mesmos, não se quer restringir o exercício destes “poderes individualizados” ao atendimento, única e exclusivamente, dos anseios da coletividade. Entende-se por necessário compatibilizar o preenchimento das necessidades da coletividade com os interesses individuais do titular do direito, no intuito de preservar e promover o alcance da dignidade humana. É através deste pensamento que se concretiza a socialidade inerente a todos os direitos e deveres sustentados na sociedade “pós-moderna”<sup>52</sup>.

Assim, não mais se prende à observância dos reflexos do exercício exclusivo de determinado direito apenas no seu titular, fazendo-se imprescindível antever as consequências que acarretará à esfera alheia a utilização daquele<sup>53</sup>. E foi sob este ideal pós-moderno de coletividade que a ordem jurídica predeterminou a essencialidade do atendimento à função social dos direitos<sup>54</sup>. Não se aceita mais a compreensão individualista de qualquer instituto jurídico, inclusive no Direito de Família<sup>55</sup>. Em complemento, percebe-se que, juntamente com esta socialidade dos direitos, a superação do positivismo jurídico contribuiu para a necessidade de atendimento à finalidade social do direito que se exerce.

No período do positivismo, não se permitia ao legislador e ao intérprete que recheassem os direitos legalmente previstos de princípios e valores, criando obstáculos à concepção da norma para além do texto corporificado, integrado pelas concepções sociais<sup>56</sup>. Posicionava-se o seu aplicador como mero observador, atuando no exercício de uma operação matemática, na qual incidia a fórmula à hipótese apresentada, sem decorrerem variações diante das consequências perpetradas no caso concreto<sup>57</sup> (salvo aquelas autorizadas pela própria norma expressa).

Atualmente, é necessário compreender a interligação indissociável entre os institutos jurídicos e os fatos sociais (em constante mutação), haja vista a humanidade inevitável que permeia a ciência jurídica. Neste entendimento, os valores a serem considerados como válidos para o ordenamento jurídico passam a ser definidos pela sociedade sem a necessidade de expressa positivação, razão pela qual se autoriza constatar que determinado direito somente se encontra devidamente exercido quando atende à finalidade social que lhe é inerente<sup>58</sup>. Neste ideal de função social, não pode ser vista de forma diversa a família, que o constituinte de 1988 optou por manter a identificação como “a base da sociedade”.

Não obstante a inexistência de previsão expressa da função social da família, como ocorre com a função social da propriedade<sup>59</sup>, a imprescindibilidade do atendimento à finalidade social do organismo familiar decorre, principalmente, da interpretação extensiva dos arts. 226 a 230 da Constituição Federal vigente, de onde se extrai que o constituinte determina ser a família o sustentáculo da sociedade<sup>60</sup>.

Somente um seio familiar que possibilite alcançar as realizações pessoais, a partir da colaboração de todos que a integram, será suficiente para atender ao fim social da família moderna, onde reside a busca pelas realizações existenciais<sup>61</sup>. Conformando este entendimento, entende-se possível introjetar nos seus integrantes a necessidade de compromisso com a coletividade, com reflexo direto na própria sociedade, retirando o egoísmo que sobrevivera em outra época, possibilitando uma abertura para os problemas sociais e aproximando-se da efetivação do princípio da solidariedade trazido pelo texto constitucional<sup>62-63</sup>.

### 5. Conclusão

Uma certeza incontestável se detrai dos aspectos analisados acerca do “retrato” da família juridicizada que percorreu séculos pela realidade social brasileira e sucumbe definitivamente com a promulgação da Carta Constitucional de 1988: a família mudou. A crise interna que se perpetrou nos modelos tradicional e nuclear da família serviram como engrenagem para desemoldurar aquela fotografia imutável, sem cores, que insistia em perpetuar um formato hierarquizado, sacralizado, matrimonializado, institucionalizado, heterossexualizado, biologizado e com essência patrimonial. Foi aposentado o obsoleto equipamento que fotografou este núcleo social por um longo período para substituí-lo pela modernidade a cores e sem formas, numa perspectiva dinâmica, proveniente dos retratos multifacetários que se permitem capturar.

As entidades familiares que suplantaram aquela forma estática foram modeladas a partir da repersonalização das relações familiares, inserindo como núcleo essencial a pessoa humana, na proteção da sua dignidade. A finalidade não é mais a manutenção da paz familiar para que seja alcançada a paz social, e sim a realização existencial, como forma de espelhar esta conquista para o meio social.

A tudo isto se acresce a inclusão da afetividade como elemento cerne de vinculação dos indivíduos. Este é o novo paradigma da “pós-modernidade”: o afeto. A afetividade permite a formação variada dos novos organismos sociais, independentemente do *design* construído.

A partir destes pilares uma nova ordem constitucional se inaugurou, aos quais se acrescentam a solidariedade e a igualdade. O texto constitucional traz expressamente a previsão de três formas de entidades familiares (a decorrente do casamento, a monoparental e a união estável), e, em razão desta restrita disposição, questiona-se acerca da sua restritiva interpretação como *numerus clausus* ou se é possível buscar uma amplitude de tutela jurídica a outras formas.

A interpretação constitucional deve ser conduzida de forma a privilegiar a efetivação dos princípios da dignidade da pessoa humana (valor supremo do ordenamento jurídico), da solidariedade e da igualdade, fazendo-a sob um viés concretizador, que não se destina a permanecer arraigado à interpretação anti-culturalista do positivismo jurídico. A Constituição concretiza a perspectiva atual da família como *numerus apertus*, não devendo haver qualquer obstáculo à sua tutela jurídica, desde que preenchidos os requisitos que lhe são essenciais: afetividade, estabilidade, ostensibilidade, pluralidade de sujeitos e a função social da família (elemento teleológico).

### Referências

---

ANGELUCI, Cleber Affonso. *O valor jurídico do afeto: construindo o saber jurídico*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, UNIVEM, 2006.

BIANCA, C.Massimo. *Diritto civile: la famiglia – le successioni*. Milano: Giuffrè, 1989. v.2.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006.

## A REVISTA DA UNICORP

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CARBONERA, Silvana Maria. *O papel jurídico do afeto nas relações de família*. Repensando fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo. Coord. Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 273-316.

COSTA, Jurandir Freire. *Família e Dignidade*. ANAIS V Congresso Brasileiro de Direito de Família - Família e Dignidade Humana. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 15 – 28.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_; *Famílias: entre o público e o privado*. ANAIS VIII Congresso Brasileiro de Direito de Família - Famílias: entre o público e o privado. São Paulo: IOB Thomson, 2012.

\_\_\_\_\_; PIANOVSKY, Carlos Eduardo. *A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista*. Revista Trimestral de Direito Civil, a. 9, v. 35, jul./set. p. 101-119, Rio de Janeiro, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FIÚZA, César. *Diretrizes hermenêuticas do Direito de Família*. ANAIS V Congresso Brasileiro de Direito de Família - Família e Dignidade Humana. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 223 – 239.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. *Arqueologia das Famílias: da Ginecocracia aos Arranjos Plurais*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, n. 17, ago/set 2010, p. 41-73.

GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *Direito de Família e o Princípio da Boa-fé Objetiva*. Curitiba: Juruá, 2009.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Sobre peixes e afetos – Um devaneio acerca da ética no Direito de Família*. ANAIS V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e Dignidade Humana. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 425-438.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: Famílias*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_; *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, n. 12, p. 63-85, jan/fev./mar. 2002.

\_\_\_\_\_. *Princípio da Solidariedade Familiar*. Família e solidariedade: teoria e prática do Direito de Família. CUNHA PEREIRA, Rodrigo da (org.). Rio de Janeiro: IBDFAM – Lumen Juris, 2008, p. 1-18. 30.

\_\_\_\_\_; *A repersonalização das relações de família*. In: Revista Brasileira de Direito de Família, n. 24, jun-jul, p. 136-156. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, 2004.



## ENTRE ASPAS

- MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *A família democrática*. ANAIS V Congresso Brasileiro de Direito de Família - Família e Dignidade Humana. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 613 – 640.
- NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon. *Função Social da Família e Jurisprudência Brasileira*. Família e solidariedade: teoria e prática do Direito de Família. CUNHA PEREIRA, Rodrigo da (org.). Rio de Janeiro: IBDFAM – Lumen Juris, 2008, p. 181-202.
- \_\_\_\_\_; *Princípios Constitucionais de Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2008.
- \_\_\_\_\_; GUERRA, Leandro dos Santos Guerra. *Função social no Direito de Família. Função Social no Direito Civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 124-150.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo & GAGLIANO, Pablo Stolze. *O Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família*. Vol. VI. São Paulo: Saraiva, 2011.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- PEREIRA, Sérgio Grischkow. *Tendências modernas do direito de família*. In: Revista dos Tribunais. São Paulo, v.628, p. 19-39, fev. 1988.
- PINHEIRO, Jorge Duarte. *Afecto e justiça do caso concreto no Direito da Família: utopia ao alcance, poesia pura ou posta aberta para o caos?*. In: Estudos em memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches – Vol. II. Coimbra: Coimbra, 2011.
- ROSENVALD, Nelson. *Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- SANTOS, Romualdo Baptista dos. *A tutela jurídica da afetividade*. São Paulo: Juruá, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- \_\_\_\_\_; *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. *A função social no Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- TEPEDINO, Gustavo. *Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio*. In: Temas de direito civil. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 328-329.

1. Nogueira da Gama (2008, p. 30) elenca os princípios norteadores da família nuclear, enunciando os seguintes: “[...] (a) o da qualificação como legítima apenas à família fundada no casamento, em obediência ao modelo civilista imposto; (b) o da discriminação dos filhos, com desconsideração de qualquer filho espúrio da estrutura familiar; (c) o da hierarquização e do patriarcalismo na direção da família; (d) o da preservação da paz familiar, ainda que em detrimento dos seus integrantes; (e) o da indissolubilidade do vínculo matrimonial; (f) o da imoralidade do ‘concubinato’”.
2. Comentando a estagnação da racionalidade instrumental que inquinava o pensamento da Modernidade, Fachin e Pianovski (2008, p. 109) afirmam: “É discurso por demais conhecido, e repetido à exaustão, o de que o direito teria por função assegurar a “paz social”. Trata-se de reflexo da racionalidade regulatória, que em nome de uma “paz” – sobre a qual não se questiona a quem se destina – estrutura um modelo de direito fundado em conceitos estáveis e em uma pretensão de neutralidade do operador jurídico. O ser humano concreto se transforma em meio para essa estabilidade, na medida em que não é ele o fim último: o fim se apresenta na abstração do dado formal a que se denomina “segurança jurídica”.”.
3. Pertinente e pontual a crítica de Freire Costa (2006, p. 22) à família burguesa: “[...] Acusava-se a família burguesa de ser respressiva, individualista, racista, sexiste e politicamente atrelada ao conservadorismo cultural. Em paralelo, proliferavam os ataques vindos dos especialistas em sanidade mental, para os quais a família era incompetente para estimular o desenvolvimento afetivo de seus membros, em especial, das crianças.”.
4. Duarte Pinheiro (2011, p. 328) assinala a situação que se estende até meados do século XX: “Ao longo de grande parte do séc. XX, o Direito da Família ocidental foi monista, privilegiando um modelo de organização familiar fundada no casamento, chefiada pelo marido tendencialmente indissolúvel. À união de facto ou estável não era atribuída relevância jurídica positiva; os filhos nascidos fora do casamento eram discriminados perante os demais; a mulher casada estava subordinada ao marido, titular do poder de direção na relação conjugal e na relação de filiação; o divórcio ou não era permitido ou podia ser requerido somente em situações de grave violação dos deveres conjugais.”.
5. A inexistência de tutela jurídica aos modelos de família diversos do matrimonializado não era absoluta, entretanto os demais formatos eram disciplinados pelo direito das obrigações, considerados como sociedade de fato. Corroborar esta afirmação Maria Berenice Dias (2007, p. 64) ao afirmar que: “Como as uniões extramatrimoniais não eram consideradas de natureza familiar, encontravam abrigo somente no direito obrigacional, sendo tratadas como sociedades de fato.[...]”.
6. A família oitocentista fixava-se numa busca pela blindagem patrimonial, preenchida pela necessidade de manutenção dos bens naquele organismo familiar, complementado pelo posterior aspecto sucessório, atinente à transmissão do patrimônio entre os familiares, encerrando como prioritário o elemento econômico para a construção deste núcleo. Para Nogueira da Gama (2008, p. 27): “[...] a família contemporânea deve se fundamentar em valores e em princípios diversos daqueles que alicerçaram o modelo tradicional e oitocentista da família matrimonial, sendo o casamento antigamente encarado com espaço público único para a formação da família como instituição fundamental para garantir a tranquila e ordeira transmissão do patrimônio”.
7. Qual o fundamento para caracterizar a família nuclear de antidemocrática, pressupondo-a antagônica à família instrumental? Objetivamente condiciona-se esta resposta a três elementos: desigualdade valorativa entre homens e mulheres; hierarquia entre pais e filhos, em virtude do modelo patriarcal inerente à forma tradicional; tratamento distinto entre hétero e homossexuais. Esta triplíce desigualdade sustentada pelo modelo nuclear de família é pontualmente identificada por Bodin de Moraes (2006, p. 617).
8. As referências normativas que constavam nas constituições brasileiras, a partir da introdução da família nos textos normativos, com início em 1934, compunham-se da seguinte forma: (1934) “art. 144 –A família, **constituída pelo casamento indissolúvel**, está sob a proteção especial do Estado”; (1937)

“art. 124 -A família, **constituída pelo casamento indissolúvel**, está sob a proteção especial do Estado.[...]”; (1946) “art.163 – A família é **constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel** e terá direito à proteção especial do Estado; (1967/69) “art. 167 –A família é **constituída pelo casamento** e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. § 1º - **O casamento é indissolúvel.**”. (*grifos adotados*). Verifica-se que, a partir do momento em que foi prevista no texto constitucional, a família permaneceu concebida como constituída, apenas, pelo casamento, considerado este como vínculo indissolúvel em todos os textos que sucederam à Carta originária desta previsão. Esta referência iniciou seu declínio com a Emenda Constitucional n 9/ 77 (que promoveu alterações ao art. 175, da Constituição de 1967/69, passando a ter o seguinte texto: “art. 175 – [...]§ 1º - O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos”. §2º - A separação, de que trata o § 1º do artigo 175 da Constituição, poderá ser de fato, devidamente comprovada em Juízo, e pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data desta emenda), bem como pela entrada em vigor da “Lei do Divórcio”, nº 6.515/77, que dispunha acerca da dissolução dos vínculos conjugais, retirando a característica de perpetuidade da conjugalidade no Brasil, sendo extirpada definitivamente pela exclusão da menção à indissolubilidade na Lei Maior de 1988, no art. 226. Acrescente-se, ademais, que nas Constituições brasileiras de 1824 e 1891 não havia referência à forma de constituição da família, embora inexistente distinção conceitual à configuração pelo modelo tradicional.

9. Confirmando o marco jurídico da crise da família tradicional, afirma Paulo Lôbo (2012, p. 17): “A família patriarcal, que a legislação civil brasileira tomou como modelo, desde a Colônia, o Império e durante boa parte do século XX, entrou em crise, culminando com sua derrocada, no plano jurídico, pelos valores introduzidos na Constituição de 1988.”.

10. Santos Guerra e Nogueira da Gama (2008, p. 124) bem observam a influência de fatores externos ao núcleo nas transformações familiares.

11. **Art. 233.** O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (arts. 240, 247 e 251). Compete-lhe: I - A representação legal da família; II - a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido incumbir administrar, em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto, antenupcial; III - o direito de fixar o domicílio da família ressalvada a possibilidade de recorrer a mulher ao Juiz, no caso de deliberação que a prejudique; IV - prover a manutenção da família, guardadas as disposições dos arts. 275 e 277. **Art. 242.** A mulher não pode, sem autorização do marido (art. 251): [...] VII. Exercer profissão (art. 233, nº IV). **Art. 332.** O parentesco é legítimo, ou ilegítimo, segundo procede, ou não de casamento; natural, ou civil, conforme resultar de consangüinidade, ou adoção. **Art. 337.** São legítimos os filhos concebidos na constancia do casamento, ainda que annullado (art. 217), ou mesmo nullo, se se contrahiu de boa fé (art. 221). **Art. 358.** Os filhos incestuosos e os adúlteros não podem ser reconhecidos. **Art. 380.** Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade. *Parágrafo único.* Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz, para solução da divergência.

12. Acerca destas modificações sociais, políticas e legislativas, Fiúza (2006, p. 226-227) pontifica: “[...] A mesma Revolução Industrial que gerou a crise do Direito das Obrigações conduz a mulher para o mercado de trabalho, retira o homem d campo, proletariza as cidades, reduz o espaço de coabitação familiar, muda o perfil da família-padrão. A mulher torna-se mais independente e busca seu lugar ao sol. Já pode votar e ser votada. É cidadã. Apesar disso, ainda se vincula ao marido, considerada realmente incapaz. Só a década de 1960 consegue libertá-la dos grilhões maritais. Entre em vigor o Estatuto da Mulher Casada. Foi, contudo, outro subproduto da Revolução Industrial, a dita Revolução Sexual, dos anos 60 e 70, que acelerou a crise no Direito de Família. Já no fim da década de 70, separando-se de uma vez da Igreja, o Direito de Família passa a admitir o Divórcio. [...]”.

13. Paulo Lôbo (2012, pp. 25-26) afirma: “A excessiva preocupação com os interesses patrimoniais que marcou o direito de família tradicional não encontra eco na família atual, vincada por outros interesses de cunho pessoal ou humano, tipificados por um elemento aglutinador e nuclear distinto – a afetividade.”.
14. À guisa de explanação do pensamento imperativo que comandava a sociedade no final do século XIX, Paulo Lôbo (2004, p. 139) conclui: “Todavia, a liberdade era voltada à aquisição, domínio e transmissão da propriedade e a igualdade ateve-se ao aspecto formal, ou seja, da igualdade de sujeitos de direito abstraídos de suas condições materiais ou existenciais. Mas a família, nas grandes codificações liberais, permaneceu no obscurantismo pré-iluminista, não se lhe aplicando os princípios da liberdade ou da igualdade, porque, para a ideologia liberal burguesa, ela era concebida como unidade de sustentação do status quo, desconsiderando as pessoas humanas que a integravam.”.
15. Salienta-se, de imediato, que já no intróito da sua Exposição de Motivos, esta Declaração dispunha que o “reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”. A seguir, em expressa disposição no seu corpo normativo, o art. 1º encampa o pensamento que dirige a sociedade a partir daquele momento histórico, predispondo que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”.
16. Concluindo pelo fim da função econômica e produtiva da família, podera Paulo Lôbo (2004, p. 139): “[...] a função econômica perdeu o sentido, pois a família – para o que era necessário o maior número de membros, principalmente filhos – não é mais unidade produtiva nem seguro contra a velhice, cuja atribuição foi transferida para a previdência social. Contribuiu para a perda dessa função as progressivas emancipações econômica, social e jurídica femininas (4) e a drástica redução do número médio de filhos das entidades familiares.”.
17. Baptista dos Santos (2011, p. 107) coaduna com este pensamento de inversão axiológica entre o “ser” e o “ter”.
18. Acerca desta inafastável afirmação, Ingo Sarlet (2006, p. 44) postula que “[...] a dignidade de todas as pessoas, mesmo daquelas que cometem as ações mais indignas e infames, não poderá ser objeto de desconsideração. Aliás, não é outro o entendimento que subjaz ao art. 1º da Declaração Universal da ONU (1948), segundo o qual ‘todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade’, preceito que, de certa forma, revitalizou e universalizou – após a profunda barbárie na qual mergulhou a humanidade na primeira metade deste século – as premissas basilares da doutrina kantiana.”.
19. Salienta Amaral Gurgel (2009, p. 205): “[...] O direito de família deixa de ver os interesses patrimoniais das partes como preocupação primária, assumindo a pessoa humana o foco central das destinações jurídicas.”.
20. Explicitando o sentido da repersonalização das relações civis Teixeira Giorgis (2010, p. 61) postula: “[...] a repersonalização das relações civis que prestigia a pessoa mais que o patrimônio, é a recusa da coisificação ou reificação da pessoa, para ressaltar sua dignidade. A família é o espaço por excelência da repersonalização do direito.”.
21. Sobre a importância do afeto para as relações familiares, Giselda Hironaka (2006, p. 436) pontifica: “O **afeto**, reafirme-se, está na base da constituição da relação familiar, seja ela uma relação de conjugalidade, seja de parentalidade. O afeto está também, certamente, na origem e na causa dos descaminhos desses relacionamentos. Bem por isso, o afeto deve permanecer presente, no trato dos conflitos, dos desenlaces, dos desamores, justamente porque ele perpassa e transpassa a serenidade e o conflito, os laços e os desenlaces; perpassa e transpassa, também, o amor e os desamores. Porque o afeto tem um quê de respeito ancestral, tem um quê de pacificador temporal, tem um quê de dignidade essencial. Este é o afeto de que se fala. O afeto-ternura; o afeto-dignidade. Positivo ou negativo... O imorredouro afeto.”.
22. Esta concepção decorre da fixação no pensamento Moderno da moral kantiana, que determina a

possibilidade de construção da autonomia do indivíduo através de uma razão prática, na observância da coexistencialidade dos demais indivíduos, contribuindo para que a finalidade de cada ser em si se concretize, a partir da manutenção desta regra universal de proteção da dignidade humana.

23. Este é o entendimento de Maria Berenice Dias (2006, p. 68) ao dispor: “A família e o casamento adquiriram um novo perfil, voltados muito mais a realizar os interesses afetivos e existenciais de seus integrantes.”.

24. Salienta Sarlet (2006, p. 60): “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.”.

25. Neste sentido, Fachin e Pianovski (2008, p. 118) afirmam: “O caminho que pretende a construção de um direito civil emancipatório, em oposição àquele centrado no individualismo proprietário, passa, necessariamente, pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Tal sendo arresta as concepções tradicionais do Direito Civil e do Direito Constitucional, especialmente aquelas ancoradas nos ideais da Modernidade.”.

26. Segundo Paulo Lôbo (2002, p. 68): “[...]Não é a família per se que é constitucionalmente protegida, mas o *locus* indispensável de realização e desenvolvimento da pessoa humana. Sob o ponto de vista do melhor interesse da pessoa, não podem ser protegidas algumas entidades familiares e desprotegidas outras, pois a exclusão reflectiria nas pessoas que as integram por opção ou por circunstâncias da vida, comprometendo a realização do princípio da dignidade humana.”.

27. Coaduna este entendimento Teixeira Giorgis (2010, p. 61) quando afirma: “[...] a repersonalização não significa um retorno ao vago humanismo da fase liberal ou ao individualismo, mas é a afirmação da finalidade mais relevante da família: a realização da afetividade pela pessoa no grupo familiar e no humanismo que só constrói da solidariedade, no viver com o outro.”.

28. Sobre a introdução do afeto como valor primordial de formação da família, Rodrigo da Cunha (2006, p. 129) preleciona: “Na era da despatrimonialização do Direito Civil, que elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da República Federativa do Brasil, toda a ordem jurídica focou-se na pessoa, em detrimento do patrimônio, que comandava todas as relações jurídicas interprivadas. Sem dúvida, a família é o lugar privilegiado de realização da pessoa, pois é o *locus* onde ela inicia seu desenvolvimento pessoal, seu processo de socialização, onde vive as primeiras lições de cidadania e uma experiência pioneira de inclusão no laço familiar, a qual se reportará, mais tarde, para os laços sociais”.

29. Também neste sentido se posiciona Duarte Pinheiro (2011, p. 334) quando define: “Obviamente, o sentimento enquanto *facto* psíquico puro não interessa ao Direito. Mas, na sequência de uma exteriorização, o sentimento torna-se acessível ao Direito.”.

30. Concordando com a impossibilidade de conceituar o amor, e por não se referir a ele quando se trata da afetividade, Pamplona e Gagliano (2011, p.87) salientam: “Não nos propomos, com isso, a tentar definir o amor, pois tal tarefa afigurar-se-ia impossível a qualquer estudioso, filósofo ou cientista”.

31. Sinteticamente ressaltado por Paulo Lôbo (2002, p. 91), o afeto, ou afetividade, seria “o fundamento e finalidade da família, com desconsideração do ‘móvel econômico’”.

32. Nogueira da Gama (2008, p. 128) concorda com a mudança do enfoque patrimonial da família para o cerne existencial destas relações, com fundamento na supremacia do princípio da dignidade da pessoa humana.

33. Os novos modelos de família, que não mais se resumem ao elo biológico, são, resumidamente, definidos por Fachin (2003, p. 96) como “núcleo sócio-afetivo que transcende a mera formalidade”.

34. Como defende Paulo Lôbo (2001, p. 5): “Projetou-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade, tendo em vista que consagra a família como unidade de relações de afeto[...]”.

35. Conforme defendido por Rolf Madaleno (2011, p. 95): “Necessariamente os vínculos consanguíneos não se sobrepõem aos liames afetivos, podendo até ser afirmada a prevalência desses sobre aqueles.”.
36. A importância do afeto encontra-se definida por Schirmer (2008, p. 7), quando afirma: “[...] o afeto é extremamente essencial para a vida, sendo a luz que nos guia para a felicidade, uma vez que interfere diretamente no comportamento do indivíduo, tanto na formação física como psicológica. Diga-se de passagem, o desenvolvimento psicológico de um sujeito é o mais afetado quando não receber os sentimentos necessários para sua formação emocional.”.
37. Nos dizeres de Teixeira Giorgis (2010, p. 61): “Uma das maiores características da família hodierna é a afetividade traduzida no respeito de cada um por si e pelos demais membros, a fim de que a família seja respeitada em sua dignidade perante o corpo social; a família torna-se um refúgio para seus componentes, que os protege da intromissão alheia, criando um espaço próprio para a elevação pessoal; a afetividade faz a vida familiar mais intensa e sincera, o que só acontece quando seus integrantes vivem contribuindo para a felicidade de todos.”.
38. *Externa*, quando se considerava a supremacia da instituição matrimonializada diante das demais, pressuposto totalmente excluído do ordenamento jurídico, que ressalta a igualdade de tutela jurídica a todas as entidades familiares; *interna*, em razão de considerar superior a posição de chefia da família, inicialmente exercida pelo pai e depois dividida com a mãe, mas que atualmente é substituída pela essencial concretização da dignidade da pessoa humana, inclusive evidenciando a primazia da salvaguarda dos interesses da criança e do adolescente.
39. Sob este entendimento, sustenta Carbonera (1998, p. 290): “A moderna concepção jurídica de família, gradativamente construída, deslocou-se do aspecto desigual, formal e patrimonial para o aspecto pessoal e igualitário. Como consequência, a importância dos interesses individuais dos sujeitos da família, isto é, da busca da felicidade como mola propulsora, provocou a valorização de vários elementos anteriormente secundário, dentre os quais se encontra a afetividade. Com a valorização das pessoas, seus interesses também o foram. Desta forma, os anseios relacionados a uma família construída sobre novos parâmetros se fizeram sentir e receberam ampla proteção constitucional, tendo a dignidade e a igualdade como princípios orientadores, assim como a possibilidade de tentar tantas vezes quantas forem necessárias a formação de uma família feliz.”.
40. Neste sentido, o julgado paradigmático do Supremo Tribunal Federal admitindo a união de pessoas do mesmo sexo, ADPF nº 132/RJ com fundamentos absorvidos pela ADI nº 4.277/DF.
41. A regulamentação administrativa autorizando o casamento gay partiu da iniciativa recente do Conselho Nacional de Justiça, que, diante da divergência que se instaurou após a admissibilidade da união homoafetiva, resolveu determinar a realização dos casamentos em âmbito nacional, não podendo haver recusa, como se depreende do texto da Resolução nº175, de 14 de maio de 2013.
42. Fala-se em caráter progressivo porque os primeiros passos para a transposição da realidade fática para a jurídica foram dados no âmbito administrativo, somente seguindo à sua juridicização após a sedimentação deste entendimento naquela outra via.
43. Estes requisitos foram originariamente enunciados por Paulo Lôbo (2002, p. 65) ao afirmar que: “Em todos os tipos há características comuns, sem as quais não configuram entidades familiares, a saber: a) afetividade, como fundamento e finalidade da entidade, com desconsideração do móvel econômico; b) estabilidade, excluindo-se os relacionamentos casuais, episódicos ou descomprometidos, sem comunhão de vida; c) ostensibilidade, o que pressupõe uma unidade familiar que se apresente assim publicamente.”.
44. Paulo Lôbo (2012, p. 80) ainda acrescenta outro elemento, o fim de constituir família, como diferenciador de outros tipos de relação que não são familiares, e encerra este pressuposto objetivo da seguinte forma: “A constituição de família é o objetivo da entidade familiar, para diferenciá-la de outros relacionamentos afetivos, como a amizade, a camaradagem entre colegas de trabalho, as relações religiosas. É aferido objetivamente e não a partir da intenção das pessoas que a integram.”. Porém, questiona-se: Não estaria este elemento albergado pela própria afetividade? Não estaria esta apta a afastar os demais tipos de relação das familiares?

45. O próprio STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 205.170/SP, publicado em 07.02.2000, rel. Min. Gilson Dipp, já reconheceu como família o organismo social composto por uma única pessoa, incluindo-a no rol aberto do art. 1º da Lei nº 8.009/90, com amparo no art. 226, §4º, da CF/88, que impede a perda do mesmo quando for ele o único do patrimônio da “família” e utilizado como residência fixa dela. *Data vênua* do entendimento daqueles que compreendem se tratar de caracterização da entidade unipessoal como família, em verdade, equipara-se por analogia o sujeito individual à entidade familiar com o escopo de salvaguardar a sua sobrevivência, na necessária efetivação da dignidade da pessoa humana de todo indivíduo. Longe de querer estabelecer um novo modelo de família, lançando como núcleo familiar um único sujeito, a proposta de conferir as garantias decorrentes da referida lei visam, apenas, preservar a moradia daquele, no alcance, inclusive, da função social da propriedade, ante a essencialidade do imóvel para a subsistência do indivíduo, em detrimento da ampliação desarrazoada do espectro familiar, que não é limitado, mas requisita o preenchimento de pressupostos previamente enunciados, e a ausência de qualquer um deles sacramenta a desconstituição da suposta entidade familiar, que neste caso reside na pluralidade de sujeitos. Não há afetividade sem esta pluralidade, pois não há como incidí-la sobre si.

46. Acerca da interpretação aberta de Peter Häberle, Bonavides (2011, p. 515) afirma: “A interpretação concretista, por sua flexibilidade, pluralismo e abertura, mantém escancaradas as janelas para o futuro e para as mudanças mediante as quais a Constituição se conserva estável na rota do progresso e das transformações incoercíveis, sem padecer abalos estruturais, como os decorrentes de uma ação revolucionária atualizadora. Mas para chegar a tanto faz-se mister uma ideologia: a ideologia democrática, sustentáculo do método interpretativo da Constituição aberta, concebido por Häberle, e que serve de base portanto a uma hermenêutica de variação e mudança.”.

47. Assim também se posiciona Paulo Lôbo (2012, p. 81): “[...] A interpretação literal e estrita enxerga regra de primazia do casamento, pois seria inútil, se de igualdade se cuidasse. Todavia, 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.”.

48. Salienta, neste sentido, Massimo Bianca (1989, p. 15): “[...] necessidade da família como interesse essencial da pessoa se especifica na liberdade e na solidariedade do núcleo familiar”.

49. Assim, conclui Fachin (2012, p. 160): “Eis que o tradicional modelo familiar, que instrumentalizava as relações sociais como instituição erigida sobre o tríplice estandarte do matrimônio, do patrimônio e do pátrio poder, dá lugar à família nuclear eudemonista, cujo feixe luminoso passa a focar-se por sobre as pessoas que nela se encontram afetivamente envolvidas.” E, prossegue, afirmando que: “Assim, não seria exagero afirmar que, naquele passo, a família era limitada a representar uma aquarela de tonalidade e cores morais e sociais, em lugar de ser uma tela – como agora é – policrônica para o desenho do sentimento e do afeto.”.

50. Deste mesmo modo, conclui Paulo Lôbo (2012, p. 83): “Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família, indicado no *caput*. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade.”.

51. Trata-se de confirmar o ideal demonstrado por Teizen Júnior (2004, p. 116), ao salientar que a sociedade experimentou uma “transição do individualismo para a sociabilidade”, pautada nesta mudança do exercício singular dos direitos para a utilização exógena plural, em benefício da comunidade.

52. Conforme enuncia Nogueira da Gama (2008, p. 4), ao tratar da etimologia da expressão “função social”: “[...] o adjetivo *social* mostra que tal objetivo deve corresponder ao interesse coletivo no sentido de sua harmonização com o interesse individual.”. Percebe-se, também para o autor, que não se deve haver uma

supremacia do interesse da coletividade, a determinar uma exclusão do interesse individual, haja vista ser necessária uma “harmonização” dos interesses, e não a sobreposição (ou substituição) de um destes interesses.

53. Conforme salientado por Judith Martins-Costa (2002, p. 148): “[...] a atribuição de um poder tendo em vista certa finalidade ou a atribuição de um poder que se desdobra como dever, posto concedido para satisfação de interesses não meramente próprios ou individuais, podendo atingir também a esfera dos interesses alheios.”

54. Corroborando, neste sentido, o entendimento de Sarmiento (2004, p. 338) acerca da solidariedade: “[...] a solidariedade implica o reconhecimento de que, embora cada um de nós componha uma individualidade, irredutível ao todo, estamos também todos juntos, de alguma forma irmanado por um destino comum. Ela significa que a sociedade não deve ser o *locus* da concorrência entre indivíduos isolados, perseguindo projetos pessoais antagônicos, mas sim um espaço de diálogo, cooperação e colaboração entre pessoas livres e iguais, que se reconheçam como tais.”

55. Corroborando este entendimento, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2011, p. 109) afirmam: “Nessa nova arquitetura jurídica, dúvida inexistente de que todo e qualquer instituto, necessariamente, tem de cumprir uma *função*, uma determinada finalidade, a qual precisa ser observada na sua aplicação, sob pena de desvirtuá-lo da orientação geral do sistema jurídico, criado a partir das opções valorativas constitucionais. E, naturalmente, não pode ser diferente com o Direito das Famílias. A aplicação da norma familiarista tem de estar sintonizada com o tom garantista e solidário da Constituição Federal, garantindo a *funcionalidade* de seus institutos.”

56. Segundo Bobbio (2006, p. 138): “Os positivistas jurídicos não aceitam as definições filosóficas, porque estas (introduzindo uma qualificação valorativa que distingue o direito em verdadeiro e aparente, segundo satisfaça ou não um certo requisito deontológico) restringem arbitrariamente a área dos fenômenos sociais que empírica e factualmente são direito.”

57. Neste sentido, destaca Nogueira da Gama (2008, p. 131): “[...] A perspectiva clássica, marcada pelo positivismo e almejando ‘cientificar’ o Direito sob uma pseudo-neutralidade ideológica, buscou dele afastar sua realidade humana, transformando-o numa exterioridade observável.”

58. Neste prisma, esta ordem jurídica que determina o cumprimento de uma determinada função social a cada direito se desvincula da avaliação que residia no positivismo jurídico, sistema que Bobbio (2006, p. 142) definiu ao constatar que “notar-se-á como esta definição é depurada de todo elemento valorativo e de todo termo que possa ter uma ressonância emotiva. O direito é definido como uma simples técnica; como tal pode servir à realização de qualquer propósito ou valor, porém é em si independente de todo propósito e de todo valor”.

59. Acerca da funcionalização social dos direitos, Nelson Rosenvald (2007, p. 131) estabelece: “[...] a idéia de funcionalização de direitos cobre o sistema jurídico por inteiro, pois qualquer espaço de liberdade será apreciado em conformidade às projeções sociais do ordenamento jurídico. Cada direito possui sua função instrumental própria, que justifica a sua atribuição ao titular e define o seu exercício. O seu fim socioeconômico se converte em elemento de sua própria estrutura. Via de consequência, o perfil funcional de cada direito será apurado episodicamente, cabendo ao juiz interpretar adequadamente a mensagem da norma jurídica ao ponderar a situação singular.”

60. Diante desta nova perspectiva constitucional, afirma Tepedino (2001, p. 328): “A família, no direito positivo brasileiro, 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 entendimento desse pressuposto finalístico: merecerá tutela jurídica e especial proteção do Estado, a entidade familiar que efetivamente promova a dignidade e a realização da personalidade de seus componentes.”

61. Resumidamente identificada por Berenice Dias (2006, p. 41) como “família-instrumento”, afirma a



## ENTRE ASPAS

autora que “ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade”.

62. No que concerne a esta dupla dimensão do princípio da solidariedade, destaca Paulo Lôbo (2008, p. 10): “O princípio da solidariedade, no plano das famílias, apresenta duas dimensões: a primeira, no âmbito interno das relações familiares, em razão do respeito recíproco e dos deveres de cooperação entre seus membros; a segunda, nas relações do grupo familiar com a comunidade, com as demais pessoas e com o meio ambiente em que vive.”. O exercício dos direitos subjetivos que se perpetram no interior destas relações existenciais devem obedecer, além da finalidade social para o titular do direito, os ditames constitucionais que demandam a manutenção do organismo familiar estruturado sobre as bases da afetividade, para que não se atinja este vínculo e se transforme negativamente o *locus* do “desenvolvimento da personalidade” dos seus membros e a própria base da sociedade.

63. Compreende-se esta função da família frente à coletividade, a partir do entendimento externalizado por Sérgio Gischkow (1988, p. 19): “[...] 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.”. Sinteticamente, o que se deve entender como a função social da família encontra-se esclarecido por Nogueira da Gama (2008, p. 136), posto que “assim, impõe-se, atualmente, um novo tratamento jurídico da família, tratamento esse que atenda aos anseios constitucionais sobre a comunidade familiar, a qual deve ser protegida na medida em que atenda a sua função social, ou seja, na medida em que seja capa de proporcionar um lugar privilegiado para a boa vivência e dignificação de seus membros”.