

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

LEONARDO MARTINS ALVARENGA

A EVOLUÇÃO DA ENTIDADE FAMILIAR NO DIREITO BRASILEIRO

SÃO PAULO

2022

LEONARDO MARTINS ALVARENGA

A EVOLUÇÃO DA ENTIDADE FAMILIAR NO DIREITO BRASILEIRO

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito para obtenção do título de Bacharel no Curso de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

ORIENTADOR: PROF. DR. REINALDO MOREIRA BRUNO

SÃO PAULO

2022

LEONARDO MARTINS ALVARENGA

A EVOLUÇÃO DA ENTIDADE FAMILIAR NO DIREITO BRASILEIRO

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito para obtenção do título de Bacharel no Curso de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Examinador(a):

Examinador(a):

Examinador(a):

*“Tudo está fluindo. O homem está em permanente
reconstrução; por isto é livre: liberdade é o direito
de transformar-se.”*

Lauro de Oliveira Lima

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente aos meus pais, a quem tudo devo e sem os quais eu nada seria, que me apoiaram desde o início dessa jornada de todas as formas possíveis e impossíveis, a vocês minha eterna e imensurável gratidão.

Aos queridos amigos e colegas que compartilharam comigo todos os momentos – bons e ruins – da graduação, pois sem vocês não teria valido a pena. Fernanda e Guilherme, muito obrigado especialmente a vocês, pela amizade durante esses anos. Finalmente, agradeço a minha amiga Samantha, que fez e faz parte de muitos momentos da minha vida e que durante todo esse tempo morando e estudando em São Paulo, sempre esteve ao meu lado, obrigado pelo companheirismo de todas as horas.

Aos colegas da área de Contencioso Cível do escritório Costa Pereira e di Pietro Advogados, meu mais sincero e profundo agradecimento pelos anos de convivência e pelos ensinamentos preciosos, que possibilitaram que eu pudesse aprender em prática a aplicação do direito no dia a dia da vida de um advogado.

Ao professor Reinaldo, meu orientador, por todo o auxílio prestado e por todo o conhecimento compartilhado, meu muito obrigado.

Também agradeço imensamente a todos os meus professores e professoras, que foram tão importantes em minha vida acadêmica e no desenvolvimento desse trabalho.

RESUMO

O presente trabalho visa examinar a evolução do conceito de família. A família, sem, outrora vista sob a ótica inteiramente patrimonial, econômica e com fins de reprodução, e que hoje passou a ser analisada a partir do vínculo afetivo que a embala. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, ao ser consagrado como macro princípio a dignidade da pessoa humana, abriu-se alas para uma ampliação do conceito de família, antes restrito àquele núcleo originado do casamento. Os princípios constitucionais, principalmente criaram uma nova diretriz para o direito de família, sendo impossível restringir seu surgimento apenas como decorrência matrimônio. Desta forma, será analisado o deslocamento do eixo que regia a família, antes fixado sobre o casamento e agora fixado na afetividade. A presente pesquisa reafirmará que a família não mais se baseia em uma visão patrimonialista, com fins econômicos e de reprodução.

Palavras-chave: Direito de Família; Entidade Familiar; Evolução da Entidade Familiar; Constituição Federal de 1988; Código Civil de 2002;

ABSTRACT

The present work aims to examine the evolution of the concept of family. The family, without, once seen from an entirely patrimonial, economic point of view and with the purpose of reproduction, and which today has come to be analyzed from the affective bond that packs it. With the enactment of the Federal Constitution of 1988, when the dignity of the human person was consecrated as a macro principle, ways were opened for an expansion of the concept of family, previously restricted to that nucleus originated from marriage. The constitutional principles, mainly created a new guideline for family law, being impossible to restrict its emergence only as a result of marriage. In this way, the displacement of the axis that governed the family, previously fixed on marriage and now fixed on affectivity, will be analyzed. The present research will reaffirm that the family is no longer based on a patrimonial vision, with economic and reproduction purposes.

Keywords: Family Law; Family Entity; Evolution of the Family Entity; Brazilian Federal Constitution of 1988; Brazilian Civil Code of 2002;

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. A família na história	10
1.1. Distanciamento da religião e surgimento da democracia	16
2. A família no Brasil	18
2.1. Código Civil de 1916 e Constituições do século XX	20
2.2. A Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002	21
3. O Direito de Família no Brasil após o Código Civil de 2002	23
3.1. Espécies de família na legislação brasileira atual	25
3.1.1. Família matrimonial	25
3.1.2. Famílias advindas da união estável	26
3.1.3. Famílias mono e pluriparentais	28
3.2. A aceitação das relações homoafetivas	30
CONCLUSÃO	34
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	36

INTRODUÇÃO

Todo ser humano, logo ao nascer, é ligado, de alguma forma, ao seio familiar, que é considerado, por diversos pesquisadores das mais variadas áreas do conhecimento, a estrutura social mais básica da história da humanidade. Seja pelo instinto de perpetuação da espécie ou pela natureza social do ser humano, é fato que a dimensão que a abarca as estruturas familiares é extremamente ampla, visto, principalmente, que seu conceito tem acompanhado as constantes transformações que permeiam a sociedade. É justamente isso que torna necessário que as entidades familiares sejam regidas por diversos ramos do conhecimento, inclusive o Direito.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 trouxe à tona de forma direta o Direito de Família, acarretando modificações que incidiram sobre os paradigmas que regulamentavam a família como base da sociedade naquela época, não tendo mais por escopo o patrimônio, mas sim seu sujeito, uma vez que os valores jurídicos, a partir da nova Constituição, passaram a dar mais valor à pessoa humana. Dentre outras coisas, a ilegitimidade da prole, a indissolubilidade do casamento e a inferioridade feminina foram deixadas para trás no âmbito jurídico, passando-se a ter como cerne da família o conceito da afetividade.

Além disso, há vinte anos, em 2002, foi publicada a Lei nº 10.406/02, que até hoje se conhece como o Código Civil de 2002. Um ano depois de sua publicação, quando veio a entrar em vigor, o Código pôs fim à vigência de quase um século do Código Civil de 1916, o qual, por ter sido criado em uma época completamente diferente, preservava ideias e conceitos já um tanto ultrapassados para o momento atual – tanto no que diz respeito à legislação, quanto à sociedade em si. Dentre as diversas mudanças trazidas pelo “Novo Código”, como ficou conhecido na época de sua promulgação, os avanços e reformas mais notáveis certamente vieram para o Direito de Família, um dos ramos mais dinâmicos do Direito Civil.

Não apenas as leis escritas mudaram, mas também o conceito de família em si, a visão da sociedade sobre essa entidade tão importante para o ser humano, a forma das pessoas de se relacionar – afetivamente e patrimonialmente – e diversos outros aspectos que regem a vida familiar cotidiana. E as mudanças apenas se tornaram mais recorrentes após a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002, fazendo com que o Direito tivesse que se adaptar a essas novas realidades, às vezes precisando se utilizar de formas ainda pouco usuais para tornar isso possível.

Neste trabalho, faremos uma análise da evolução histórica e legislativa da entidade familiar, partindo dos primórdios da humanidade até os tempos contemporâneos; de um modelo conservador e patriarcal, o qual, por sua vez, acabou por dar origem a proliferações de uniões extramatrimoniais – algo de suma importância para as mudanças que viriam a ocorrer séculos depois –, à família atual, que é caracterizada pela priorização de diversidade e afetividade. Trataremos, também, de reconhecimentos legais como o casamento entre pessoas do mesmo sexo e a filiação socioafetiva, demonstrando a evolução conceitual e a transformação no modelo de família até chegar à atualidade, detalhando o progresso legislativo intrínseco ao assunto.

1. A família na história

A origem da família se estende por todo o passado do ser humano, sendo impossível definir exatamente sua extensão. Contudo, sabe-se que a maioria dos animais – em especial os mamíferos – se unem e criam vínculos uns com os outros desde sua origem, seja pelo instinto de perpetuação da espécie, seja pela capacidade de criar laços afetivos, características intrínsecas a diversas espécies, inclusive a humana.

Segundo o antropólogo Lewis Henry Morgan (1877), partes da família humana existiram em um estado de selvageria, outras partes em um estado de barbárie, e outras, ainda, no estado de civilização, por isso a história tende à conclusão de que a humanidade teve início na base da escala e seguiu um caminho ascendente, desde a selvageria até a civilização, através de acumulações de conhecimento e experimentos, invenções e descobertas. Alguns estudiosos tentaram decifrar o enigma referente à origem da família, mas até hoje não se tem certeza quanto a ela.

Além disso, por ser uma realidade sociológica, para se falar em família, é obrigatório se falar também em Estado. Para muitos estudiosos, o Estado sempre existiu, pois desde os primórdios da humanidade o homem integra, de certa forma, uma organização social; para outros, no entanto, a sociedade humana existiu durante certo período sem o Estado, e um terceiro grupo admite como Estado apenas a sociedade política dotada de características bem definidas (DALLARI, 2010).

Hobbes (2000) preconizava a centralização do poder nas mãos de um único sujeito: o monarca. Para ele, sem soberania não havia poder político e nenhum tipo de acordo entre indivíduos seria possível; o Estado, portanto, seria condição para a existência da sociedade.

Esse pensamento, no entanto, não foi unânime, principalmente por Locke (2001), que criticou a concepção de Estado fundado em um Estado Absolutista – o que era compreendido pelo Leviatã –, e propôs a formação de um Estado baseado no respeito aos direitos naturais e políticos do cidadão. Desta forma, Locke concebeu o modelo do Estado Liberal como organização política de poder limitado e destinado a garantir a proteção de direitos naturais, como a liberdade e a prosperidade.

A teoria natural de formação do Estado pode ser classificada em: a) origem familiar ou patriarcal; b) origem em atos de força, de violência ou de conquista; c) origem em causas econômicas ou patrimoniais e, por último, d) origem no desenvolvimento interno da sociedade (DALLARI, 2010).

Morgan (1877) afirma que a família é um elemento ativo; nunca permanece estacionada, mas passa de uma forma inferior a uma forma superior, à medida que a sociedade evolui de um grau mais baixo para outro mais elevado. Os sistemas de parentesco, pelo contrário, são passivos só depois de longos intervalos, registram os progressos feitos pela família, e não sofrem uma modificação radical senão quando a família já se modificou radicalmente.

Por estar sempre em constante evolução, diversos foram os modelos familiares existentes ao longo da história, cada um com suas características, diretrizes, costumes e práticas. Morgan (1877) introduziu uma ordem precisa a respeito da pré-história da humanidade, subdividindo-a em três épocas principais: estado selvagem, barbárie e civilização; subdividindo as duas primeiras fases em fase inferior, média e superior, de acordo com os progressos alcançados.

Na fase inferior do estado de selvageria, para que os homens existissem em meios às grandes feras selvagens, eles permaneciam nos bosques e viviam parcialmente nas árvores. Na fase média, com a descoberta do fogo, eles puderam se fazer independentes do clima e da localidade, espalhando-se pela superfície da Terra. Já na última fase, com a invenção do arco e da flecha, o desenvolvimento da caça para alimentação e ocupação se tornou bastante propício (MORGAN, 1877). Esse primeiro estágio era caracterizado principalmente pelo nomadismo, organização em clãs ou tribos, desconhecimento dos metais, e a principal alimentação eram peixes. A partir de um processo de adaptação progressiva, chegou-se ao período da barbárie.

A época da barbárie se iniciou com a introdução da cerâmica, e, com isso, o desenvolvimento de todos os povos, inclusive com as diferenças entre os dois grandes continentes, por isso, em virtude de condições naturais diferentes, a população de cada

hemisfério se desenvolveu de maneira particular. Na fase média, no leste, começou a domesticação dos animais, e no oeste, o cultivo, irrigação e construção. Já a última fase, teve como grande avanço a fundição do minério de ferro, e passou à fase da civilização com invenção da escrita (MORGAN, 1877).

Com o crescimento demográfico, os povos também foram se desenvolvendo. O período da barbárie se caracteriza pelo surgimento do sistema de irrigação para cultivo de plantas, além da agricultura e pastoreio para diversificação na alimentação e o uso de ferramentas de metal. As condições econômicas gerais na fase superior da barbárie e a organização da sociedade fizeram surgir a civilização. A sociedade se tornou mais complexa, e embora isso não signifique um processo contínuo de aperfeiçoamento, não se pode negar que, a partir da invenção do alfabeto fonético e do uso da escrita, houve um grande progresso, tanto é assim, que se estende até a atualidade.

Com o aumento da população, uma tribo começa a se dividir em outras, e assim sucessivamente, sendo essa organização totalmente adequada às condições sociais, que passam a não ser mais um agrupamento espontâneo capaz de dirimir conflitos; agora, estes passam a serem resolvidos pela guerra (MORGAN, 1877). A divisão do trabalho se dava de modo espontâneo, o homem ia à guerra e ficava incumbido da caça e da pesca; já a mulher, cuidava da casa, preparava a comida e confeccionava as roupas – trazendo à tona a clara distinção entre o espaço público e o privado.

O paradigma desta noção de espaço público e privado, que perpassa a obra de Hannah Arendt (2007), não é outro senão a cidade-estado grega. O primeiro é o espaço da visibilidade, da aparência, da palavra, da política e retórica, era o domínio da vida política que se exercia através da *acção (praxis)* e do discurso (*léxis*) – ser visto e ser ouvido –; enquanto o segundo é o espaço da violência, em que só o chefe da família exercia o poder despótico sobre os seus subordinados, existindo a mais pura desigualdade. Para a filósofa, nenhum homem pode escapar completamente desta vida ativa, pois isso é próprio da condição humana.

No período inferior à barbárie, o homem produzia apenas para suas necessidades diretas; as trocas eram isoladas. Na fase média, passou a existir a propriedade, e já na fase superior, ocorreu uma divisão do trabalho entre agricultura e artesanato, aumentando, assim, a produção e a troca de produtos, culminando na civilização, que carrega em si, como consequência, o aumento de todas as divisões de trabalho já existentes. Friedrich Engels (1984) afirma então que ocorreram três formas principais de surgimento do Estado:

Atenas apresenta a forma que podemos considerar mais pura, mais clássica: ali, o Estado nasceu direta e fundamentalmente dos antagonismos de classes que se desenvolviam no seio mesmo da sociedade gentílica. Em Roma, a sociedade gentílica se converteu numa aristocracia fechada, em meio a uma plebe numerosa e mentida à parte, sem direitos mas com deveres; a vitória da plebe destruiu a antiga constituição da gens, e sobre os escombros instituiu o Estado, onde não tardaram a se confundir a aristocracia gentílica e a plebe. Entre os germanos, por fim, vencedores do império romano, o Estado surgiu em função direta da conquista de vastos territórios estrangeiros que o regime gentílico era impotente para dominar. Surgem os comerciantes, a riqueza em mercadorias, escravos e terra, a moeda, a propriedade e o trabalho como forma principal de produção. O Estado surge, assim, como um “produto da sociedade, como um poder nascido da sociedade, mas posto acima dela se distanciando cada vez mais. A civilização é o estágio de desenvolvimento da sociedade em que a divisão do trabalho, a troca entre indivíduos dela resultante, e a produção mercantil – que compreende uma e outra – atingem seu pleno desenvolvimento e ocasionam uma revolução em toda a sociedade anterior.

Em paralelo ao surgimento do Estado, é de grande importância o estudo dos sistemas de parentesco e as formas de famílias existentes em cada um destes períodos da história humana, pois é uma maneira compreender as causas que levaram à formação dos arranjos familiares existentes nos dias de hoje.

Considerada a primeira etapa da família, a família consanguínea era caracterizada pelos grupos conjugais, classificados por gerações, e as relações de matrimônio eram realizadas entre estes grupos, sendo considerados todos os avós e avôs, por exemplo, nos limites da família, maridos e mulheres entre si, e assim sucessivamente. Os ascendentes e descendentes eram os únicos excluídos dessas relações, ou seja, irmãos, irmãs, primos, primas e demais colaterais eram considerados casais mutuamente, excluindo as relações entre pais e filhos. Esta família era característica do estado da barbárie, sendo marcada pela redução do círculo conjugal. A união conjugal deixou de se dar entre pares dentro de um grupo conjugal sem compromisso de permanência e passou a se dar entre pares singularizados. A exclusão progressiva, primeiro dos parentes próximos, depois dos parentes distantes, fez com que se tornasse impossível a prática de matrimônio por grupos (ENGELS, 1984).

A mulher ainda era detentora de um grande apreço em virtude de ser certa apenas a filiação materna. Porém, é importante destacar que os bens e riquezas adquiridos eram do homem, e não poderiam ser passados aos filhos – justamente por não serem reconhecidos como tal –, por esta razão, o direito de filiação materno foi abolido e ficou conhecido como “a grande derrota do sexo feminino em todo o mundo” (ENGELS, 1984).

Como forma de garantir a paternidade e posterior direito à herança pela filiação paterna, ocorreu a transição para a família patriarcal, típica da civilização que viria a seguir. Antes, a mulher era o centro, agora, o homem passa a desempenhar papel fundamental na família, sendo conferido a ele o chamado pátrio poder, sobre toda a sua família.

A família patriarcal era hierarquizada, com o predomínio da figura do homem, e constituída essencialmente por laços biológicos e busca por poder econômico, político e religioso, tendo como função primordial a manutenção do status social. Cláudia Maria da Silva (2004) retrata com exímia propriedade a característica da estrutura familiar patriarcal, realçando seu caráter salutar:

O elo familiar era voltado apenas para a coexistência, sendo imperioso para o “chefe” a manutenção da família como espelho de seu poder, como condutor ao êxito nas esferas política e econômica. Os casamentos e as filiações não se fundavam no afeto, mas na necessidade de exteriorização do poder, ao lado – e com a mesma conotação e relevância – da propriedade. [...] Os vínculos jurídicos e os laços de sangue eram mais importantes e prevaleciam sobre os vínculos de amor. O afeto, na concepção da família patriarcal, era presumido, tanto na formação do vínculo matrimonial e na sua manutenção como nas relações entre pais e filhos. Quando presente, não era exteriorizado, o que levava a uma convivência formal, distante, solene, substanciada quase que unicamente numa coexistência diária.

Muitos estudiosos afirmam que a família como é conhecida atualmente teve sua origem na civilização romana, tomando como ponto de partida o modelo familiar patriarcal hierarquizado. Segundo Engels (1984), a origem etimológica da palavra família vem do latim *famulus*, que quer dizer escravo doméstico. Sendo assim, família seria o conjunto dos escravos pertencentes e dependentes de um chefe ou senhor. Assim era a família greco-romana, formada por um patriarca e seus *famulus*: esposa, filhos, servos livres e escravos.

No período do direito pré-clássico, na Roma antiga, as famílias viviam separadas segundo suas próprias regras e de acordo com seus próprios atos religiosos. A religião conferia ao verdadeiro sacerdote - representado pelo pater famílias -, os poderes de celebração do culto e preservação da família. Era essa força superior que influenciava a vida social, organizando-os de acordo com sua vontade e submetendo-os ao seu poder ilimitado. Fustel de Coulanges (2006) traduz com clareza esse momento:

Se nos transportarmos em pensamento para o seio dessas antigas gerações de homens, encontraremos em cada casa um altar, e ao redor desse altar a família

reunida. [...] Fora da casa, bem perto, no campo vizinho, há um túmulo. É a segunda morada da família. Lá repousam em comum várias gerações de antepassados; a morte não os separou. Nessa segunda existência permanecem juntos, e continuam a formar uma família indissolúvel. [...] O princípio da família não é mais o afeto natural [...] Ele pode existir no fundo dos corações, mas nada representa em direito. [...] Os historiadores do direito romano, tendo justamente notado que nem o afeto, nem o parentesco eram o fundamento da família romana, julgaram que tal fundamento devia residir no poder do pai ou do marido.

Como sacerdote do lar, o pai não reconhecia nenhuma autoridade superior, pois ele era o chefe supremo da religião doméstica era simultaneamente unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. Cabe ressaltar, porém, que este não era um poder arbitrário, tinha seu princípio e limites nas mesmas crenças. Estas crenças tornavam desnecessário um poder social como autoridade, pois não era necessário um governo para fixar o direito privado; a família antiga era mais “uma associação religiosa que uma associação natural” (COULANGES, 2006), ou seja, se tratava de um corpo organizado, mas sua base não estava nas gerações e nem no afeto – o que os unia era a religião, pois todo sentimento dentro da família se resumia ao divino.

Ao nascimento do filho homem era dado grande valor, visto era ele o que cumpriria a função do *pater familias*, dando continuidade a seu culto, ao contrário do nascimento de uma filha mulher, que apenas auxiliaria na celebração religiosa, e, quando se casasse, renunciaria o culto de seu pai para pertencer à família do marido. Por essa razão, o filho homem tinha direito à herança do pai e a filha não, já que o culto só se transmitia de pai para filho, e a regra era que a herança estivesse em conformidade com o culto. Essa religião doméstica também proibia que duas famílias se unissem, pois cada lar tinha seu próprio deus. No entanto, era possível que elas, sem nada sacrificar de sua religião particular, celebrassem um culto que lhes fosse comum, concebendo uma divindade superior a todos.

No entanto, conforme a divindade de uma família ia adquirindo prestígio sobre a imaginação de outros homens, mostrando-se mais poderosa que a de sua própria, toda uma cidade desejava adotá-la e render-lhe culto público (COULANGES, 2006). E à medida que essa segunda religião cresceu, a sociedade também cresceu. Pode-se dizer que, a partir de alianças como essas, a sociedade começou a existir, começando com pequenos grupos constituídos, que se agregavam uns aos outros, porém, sem perder a individualidade de cada família. Coulanges ainda afirma que “a cidade não é um ajuntamento de indivíduos: é uma confederação de vários grupos, constituídos antes dela, e que ela deixa subsistir”, e era a essa associação religiosa e política que se dava o nome de “cidade”, por exemplo.

Várias gerações se passaram desta mesma forma, e, como a religião ordenava que o lar tivesse um sacerdote, a religião da cidade também deveria ter um pontífice. A esse sacerdote do lar público, passou a ser dado o nome de rei (COULANGES, 2006). Além disso, a lei, que a princípio fazia parte da religião, começou a ser aplicada tanto ao culto quanto às relações da vida civil, pois a lei era consequência direta e necessária da crença, sendo aplicada a todas as relações humanas.

Sendo assim, percebe-se que a sociedade e as próprias leis nasceram em meio à família, decorrente das crenças religiosas admitidas por cada povo. Era o pai quem detinha autoridade sobre a família, ele era a religião doméstica – *lar familiae pater* –, e pela religião doméstica a família se constituía em um pequeno corpo organizado, uma pequena sociedade, que tinha seu chefe e seu governo, e a evolução deste processo no tempo deu origem à sociedade que existe hoje.

Como se pode ver, é cabível dizer que a própria sociedade nasceu junto ao seio da família. Daí tamanha importância da entidade familiar no Direito, desde seu início até hoje.

1.1. Distanciamento da religião e surgimento da democracia

Conforme visto no tópico anterior, a família não foi imaginada pelo Estado, visto que o direito privado surgiu antes dela. Quando as leis começaram a ser escritas, a família encontrou um direito já estabelecido, enraizado nos costumes por uma adesão universal, pois, segundo Coulanges (2006), “o antigo direito não é obra de um legislador; pelo contrário, foi imposto ao legislador”.

O rei era o chefe religioso da cidade, de forma que todo o poder estava reunido em suas mãos. Porém, ele não era o único, pois, de certa forma, cada *pater* também era uma espécie de rei, de forma que o rei da cidade não exercia poder sobre toda a população; nisso, travou-se uma revolução, na qual a realeza acabou por ser vencida. No entanto, por ser uma figura sagrada, foi retirada dela a autoridade política, mas não a sacerdotal, de forma que o governo ficou nas mãos da aristocracia, que se baseava no nascimento e constituição religiosa das famílias (COULANGES, 2006). A fonte das leis continuou a se dar no culto doméstico e no direito privado, que conservavam o regime patriarcal.

Como a aristocracia não fez uma revolução política, tomando o poder nas mãos pelo simples prazer de dominar, isso representou um perigo para a sociedade, o que fez com que mudanças começassem a se introduzir dentro das famílias. Ao mesmo tempo em que o homem era soberano em sua casa, ele também era membro da comunidade; logo, também tinha que atender aos interesses gerais, sacrificando seus próprios interesses (COULANGES, 2006). Assim, modificações ocorreram no direito privado, sendo introduzido o código das doze tábuas, que sinalizava o direito evoluindo conforme a sociedade, em suas instituições, costumes e crenças. Antes, a lei era decreto da religião; agora, ela passava a ter como princípio o interesse dos homens, e, por fundamento, o consentimento da maioria. Conservou-se o poder do pai, porém, a tradição não tinha mais força e a religião não governava mais.

Nesta toada, não demorou para que a democracia viesse. Roma foi uma cidade que se destacou por seu caráter particular na política e pelo papel que tinha entre as outras cidades. Lá, se encontravam todo tipo de raça associada e mesclada, a língua era um composto de diversos elementos, e os nomes das famílias atestavam a grande diversidade de origem; e desse misto, não teria outro resultado, senão a conquista de um império. Enquanto Roma crescia, transformações sociais e políticas também iam acontecendo, e, em meio a estas mudanças, surgiam instituições nos costumes, nas crenças e no direito. Pouco a pouco, o direito e o governo se transformaram, ao mesmo tempo em que a religião, sendo o cristianismo, considerado a grande mudança que marca o fim da sociedade antiga (COULANGES, 2006).

O cristianismo reavivou o sentimento da valorização do divino e religioso durante o período que se conhece como Idade Média, no qual a religião ganhou uma expressão mais alta e menos material; começou a se conceber Deus como verdadeiramente estranho à natureza humana, e o divino foi definitivamente colocado fora da natureza visível e acima de tudo e todos. Enquanto isso, o direito romano se libertou da religião, tornando inconciliáveis as antigas leis despóticas, e a figura do pai perdeu a autoridade absoluta que seu sacerdócio lhe outorgava, conservando apenas aquela que a natureza lhe conferia, que era cuidar das necessidades de seu filho. Além disso, a mulher, com o passar dos séculos, tornou-se moralmente igual ao marido, e o direito de propriedade foi mudado em sua essência, passando a derivar do trabalho, não mais da religião. Coulanges (2006) aduz que “assim, apenas porque a família não possuía mais sua religião doméstica, sua constituição e seu direito foram modificados, do mesmo modo que, só porque o Estado não tinha mais sua religião oficial, as regras do governo dos homens foram modificadas para sempre”.

Com a restrição da autoridade do *pater familias*, o Estado passou a ter maior presença nas relações familiares, dando maior autonomia à mulher e aos filhos. Através de regulamentações criadas, a mulher passou a gozar de plena autonomia, sendo possível a ela, por exemplo, a participação na vida social e política, a possibilidade de se divorciar mediante consenso mútuo, e a autorização para ter a guarda dos filhos. O regime patriarcal ainda imperava, porém, havia grande intervenção estatal por meio de legislações. O pai ainda era tido como chefe da família, no entanto, mães e filhos passaram a ter direitos assegurados pelas legislações.

Sobre este assunto, Maria Berenice Dias (2016) aduz:

Historicamente, a família sempre esteve ligada à ideia de instituição sacralizada e indissolúvel. A ideologia patriarcal somente reconhecia a família matrimonialista, hierarquizada, patrimonialista e heterossexual, atendendo à moral conservadora de outra época, há muito superada pelo tempo. [...] A ideologia patriarcal converteu-se na ideologia do Estado, levando-o a invadir a liberdade individual, para impor condições que constroem as relações de afeto.

Cabe dizer que esta transformação ocorreu por conta das necessidades do capitalismo; com a industrialização da economia, o trabalho se tornou a principal forma de produção, e isso junto à urbanização da população, explosão demográfica e o aumento da miscigenação em meio à população, pouco a pouco o papel da família foi se perdendo. Desta forma, cada indivíduo passava a ser responsável por seu núcleo familiar, declinando o patriarcalismo, por consequência.

O patriarcalismo ainda não está superado, por óbvio. Contudo, é latente a despatrimonialização da família, tendo agora como enfoque os sujeitos de direito que a formam. Deste modo, desenvolveu-se a família monogâmica e nuclear, e, a partir deste momento, as famílias deixaram de ser grandes extensões e passaram a constituir-se cada uma em seu próprio núcleo.

2. A família no Brasil

Passando, neste capítulo, a falar especificamente sobre o Brasil, é necessário contextualizar que a chamada “constitucionalização da família” – abordada nos parágrafos

finais do capítulo anterior – teve início com a queda do império romano e expansão portuguesa no Brasil Colônia. O arcabouço legislativo *Corpus Juris Civilis* foi introduzido em diversos ordenamentos jurídicos, e passou a vigorar as Ordenações Filipinas até 1916, ano da promulgação do primeiro Código Civil brasileiro.

O modelo familiar desta época era construído para atender aos interesses do Estado, uma vez que, fortalecendo a família, o Estado conseqüentemente estaria mais forte. Sobre este tema, Sérgio Resende de Barros (2002) ensina que:

Com o patriarcalismo principiou a asfixia do afeto. Os patriarcas deram início à prática dos casamentos por conveniência, que com o passar do tempo proliferaram ainda mais, quando se somaram aos motivos patrimoniais os motivos políticos. Nessa evolução histórica, do primitivo casamento afetivo, passou-se ao casamento institucional, com o qual se buscou assegurar o patrimônio, dando origem à ideologia da família parental, patriarcal, senhorial, patrimonial. Esta se define pela existência de um pai e uma mãe com seus filhos sob o poder pátrio, fruindo de um patrimônio familiar, que deve ser mantido como base física e para segurança econômica da família. A família assim concebida e praticada acabou por revestir e mascarar interesses meramente patrimoniais, que muitas vezes deslocam, degeneram, sufocam ou até substituem as relações de afeto.

Assim, o interesse do Estado pela família fez com que ela se tornasse mais próxima do direito público do que do direito privado (RODRIGUES, 2002). O indivíduo, aqui, deveria agir segundo os interesses do Estado, estar inserido no grupo familiar, e não deixar de cumprir seu papel em nome da continuidade da família e, conseqüentemente, do desenvolvimento organizado do Estado. Herkenhoff (2005) afirma que, ainda que o Brasil fosse um país despovoado e incivilizado, o século XIX encontrou a sociedade brasileira apegada à concepção de família como “pequeno Estado”, não como um núcleo socioafetivo, mas como unidade de produção e acumulação de riquezas e de geração da prole.

Neste cenário, foram produzidas diversas regras que objetivavam manter a conservação da família formalmente constituída, através, por exemplo, da proibição do divórcio. Tudo tinha como objetivo ter um chefe – um homem – que concedia poderes aos demais membros da família; não havia apenas a preponderância do cônjuge varão na sua estrutura de poder, mas principalmente a falta de identidade dos outros membros, e isso justificava a preponderância dos interesses do Estado sobre o indivíduo.

Com base nestas circunstâncias, a Constituição de 1824 – única do período imperial – seguiu o modelo estabelecido na época, e não fez nenhuma menção à família, tratando apenas

da família imperial e seus aspectos de dotação. Já a Constituição de 1891 – primeira do período do Brasil República –, apesar de não abordar nada específico em relação à família, dispôs acerca do reconhecimento do casamento civil no parágrafo 4º de seu artigo 72.

Após isso, guerras, golpes políticos, movimentos, revoluções, entre outras situações ocorridas no século XX impulsionaram novos valores e ensejaram transformações na entidade familiar, como será visto nos subtópicos a seguir.

2.1. Código Civil de 1916 e Constituições do século XX

O Código Civil de 1916, sob grande influência do código napoleônico, foi elaborado a partir da Constituição de 1891. Desta forma, tinha como característica o patrimonialismo e matrimônio civil, com subordinação da mulher e filhos ao pai, e diferença entre os filhos nascidos dentro e fora do casamento – legítimos e ilegítimos, como eram nomeados à época. O Código foi produzido tendo como seu pilar o patrimonialismo e o individualismo, sendo a família caracterizada pela figura do pai detentor do poder patriarcal – semelhante ao do *pater familias* no direito romano –, e, como consequência, as relações familiares eram baseadas nos mesmos princípios, em que pai, mãe e filhos tinham papéis específicos.

Talvez até mesmo por esta razão, a Constituição de 1934 foi a primeira a dispor diretamente acerca da família. O modelo familiar permaneceu patriarcal, porém, ele passou a ter proteção jurídica – por meio dos artigos 144 a 147 –, sendo estabelecidas regras, como por exemplo o casamento indissolúvel. Já a Carta Magna de 1937 trouxe, pela primeira vez, a equidade de direitos entre a mulher casada e os homens, o regime de separação obrigatória de bens, o direito aos alimentos da mulher desquitada e a possibilidade da dissolução do casamento. Além disso, conferiu tratamento igualitário entre os filhos naturais e legítimos, prevendo ainda a observância do dever de cuidado e garantias especiais à criança e ao adolescente, assegurando aos mesmos uma vida digna.

Já a constituição promulgada em 1946 trouxe a possibilidade de estender os efeitos civis ao casamento religioso celebrado, e a constituição de 1967 não trouxe grandes inovações, apenas garantiu o exercício do poder político e sua perpetuação. Durante o regime militar, no entanto, foi promulgada a constituição de 1969, com origem na Emenda Constitucional nº 1, e, na vigência de seu texto, foi promulgada a Lei do Divórcio (lei nº 6. 515/77), trazendo de modo inovador a possibilidade de separação dos cônjuges.

Por conta dos sintomas de decadência acentuada do patriarcalismo, somados à progressiva industrialização da economia, urbanização da população, universalização e aumento da escolaridade média, ocupação de todo o território e explosão demográfica, bem como o aumento da população e sua miscigenação, foram diluídos paulatinamente o papel da família, contribuindo, também, para que minguasse a dependência de cada indivíduo em relação ao seu núcleo familiar, e, portanto, ao seu chefe (HERKENHOFF, 2005).

2.2. A Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002

A promulgação da atual Constituição Federal do Brasil, em 1988, começou a desconstituir a ideologia patriarcal, edificada em uma família monogâmica, parental, centralizada na figura paterna e patrimonial, e trouxe em seu texto princípios importantes relacionados à família, como a dignidade da pessoa humana e o valor jurídico dado à afetividade e à solidariedade familiar. Além disso, cuidou de capítulos específicos relacionados à família, à criança, ao adolescente, além da igualdade entre homens e mulheres em direitos e deveres.

O poder familiar passou a ser uma imposição, por meio do artigo 227 da Constituição Federal brasileira. Quando do advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, a redação original do artigo 21 se referia ao pátrio poder; ocorre que o Código Civil de 2002 optou pelo *nomen iuris* poder familiar (artigos 1.630 a 1.638), para designar o complexo de direitos e deveres que compete aos pais frente a seus filhos menores. A nova expressão deixa clara a ideia de que compete a ambos os cônjuges o exercício de guarda e cuidado em relação a seus filhos, ao passo em que o pátrio poder se refere etimologicamente à figura do pai. Portanto, os pais deixam de exercer “poder” sobre os filhos, para assumirem “um dever natural e legal de proteção da sua prole, acompanhando seus filhos durante o natural processo de amadurecimento e formação de sua personalidade” (MADALENO, 2017). Ainda segundo o autor:

A expressão pátrio poder induzia à noção de um poder do pai sobre os filhos, afigurando-se incoerente com a igualdade dos cônjuges, indo de encontro à doutrina da proteção integral dos filhos como sujeitos de direitos, daí evoluindo para a denominação de poder familiar, a traduzir uma noção de autoridade pessoal e patrimonial dos pais na condução dos prioritários interesses dos filhos, embora melhor exemplo advém do tratamento direcionado pelo Direito argentino de atribuir aos pais responsabilidade e não apenas poder, pois os filhos, diante dos novos conceitos constitucionais, são pessoas que participam ativamente neste processo de sua educação e, de

acordo com cada etapa de sua evolução, passando pais e filhos a interagirem (MADALENO, 2017)

O vocábulo “poder” advém de posse, domínio, hierarquia, palavras típicas do regime patriarcal, contrapondo-se ao regime democrático, que pressupõe responsabilidade, cuidado e compromisso. Dentro deste novo conteúdo, o poder familiar compreende diversos deveres inerentes aos pais; como de sustento, guarda e educação, e o descumprimento destes deveres pode acarretar perda ou suspensão deste poder. Deste modo, o artigo 3º da Lei n. 12.010/2009 extirpou definitivamente a expressão pátrio poder, substituindo por poder familiar, designando um conjunto de direitos e deveres tendo por finalidade o interesse da criança (LÔBO, 2005, p. 149).

A Emenda Constitucional n. 65/2010 e o Estatuto da Juventude (Lei n. 12.852/2013) trouxeram o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar comunitária como uma imposição de ordem pública aos pais. Assim como o Estatuto da Criança e do Adolescente, declarou princípios fundamentais, com a finalidade de pôr a salvo os direitos dos menores, consubstanciando-se com os princípios constitucionais trazidos pela Constituição de 1988.

O Estado brasileiro como República Federativa anunciou em seu artigo 1º um Estado democrático de direito, assumindo, então, a democracia como elemento intrínseco a ele. Fato é que a democracia só se realiza se determinadas condições jurídicas estiverem presentes, que são os princípios e as regras estabelecidas pela Constituição. Ao mesmo tempo, a Constituição só adquire um sentido perene se estiver situada em um ambiente democrático. São os direitos e deveres fundamentais que possibilitam o exercício dos cidadãos; e, para isso, as constituições devem permanecer abertas à interpretação, tendo em vista as diferentes mudanças sociais e temporais, além de outros fatores determinantes, que se tornam inevitável por conta do pluralismo inerente ao constitucionalismo.

É preciso levar em consideração as transformações da sociedade diante do tempo para que a Constituição possa promover novos direitos, a fim de que atrocidades não sejam repetidas. Diante deste novo texto constitucional, ocorreu uma reinterpretção do direito civil, com força normativa não apenas para se adaptar a uma nova realidade, e sim, com força ativa para impor tarefas. O direito civil se constitucionalizou, afastando-se da concepção individualista, tradicional e conservadora das outras codificações, culminando na universalização e humanização do direito das famílias (DIAS, 2016).

Inspirado pela Constituição de 1988, nasceu o novo Código Civil de 2002, o qual, se contrapondo ao modelo familiar estruturado pelo Código Civil de 1916, trouxe expressos direitos e deveres como igualdade entre cônjuges no exercício do poder familiar, bem como na administração dos bens da família. Ocorreu assim o que se chama de “repersonalização da família.”

A família sofreu, nas últimas décadas, profundas mudanças de função, natureza, composição e, conseqüentemente, de concepção. O patriarcalismo que outrora havia feito com que a sociedade esquecesse a atração natural entre os seres humanos – *affectus* –, abriu-se a novas formas de constituição, mais flexíveis e plurais, baseadas nos laços de afetividade entre seus membros. A família, que antes existia apenas para ser transmissora de bens, passa a ser local de relacionamento. Esta mudança determinou novas feições principiológicas da norma constitucional e infraconstitucional, e o Direito passou a incorporar valores sociais, como um reflexo dessa mudança de paradigmas, voltando os olhos para o novo.

É por isso que a função social da família é tão importante; ela é o mecanismo que permite a incorporação de novos valores sociais para dentro do ordenamento jurídico, a fim de que possamos interpretar o direito a partir do reconhecimento do atual conceito de família, inferido na Constituição Federal de 1988, a fim de tornar coerente as normas do ordenamento jurídico – direito como integridade. Enquanto alguns autores preferem classificá-la como um princípio, outros se utilizam das expressões “atributo”, “diretriz” ou “cláusula-geral”, e alguns, ainda, a chamam de ‘doutrina da função social ou ideia-princípio’, conforme ensinam Guilherme da Gama e Leandro Guerra (2007). Os autores ainda ensinam que “a tutela da propriedade, do contrato, da empresa e da família passa a se vincular indissolúvelmente à noção de função social na perspectiva da legitimação do título dominial, contratual, empresarial e familiar, respectivamente”.

3. O Direito de Família no Brasil após o Código Civil de 2002

A este ponto do estudo aqui realizado, é importante ressaltar a forma como tudo relativo ao Direito de Família vem mudando. Conforme visto nos capítulos anteriores, antes a mulher era a única responsável pela criação e educação dos filhos, além de cuidar das atividades domésticas; aos poucos, passou a ser incumbida também ao homem a participação nas questões familiares. O próprio formato da família mudou, e, agora, fala-se em Direito das Famílias,

trazendo o nome para o plural, pois passaram a ser reconhecidas a união estável e a união homoafetiva como entidades familiares, por exemplo. Além disso, mãe e pai passaram a gozar de licença maternidade/paternidade, e não mais escassos cinco dias para os pais, também passando a ser possível a adoção por casais homossexuais, algo impensável no século passado.

É importante ressaltar que, mesmo antes de tudo isso, múltiplos arranjos familiares sempre existiram, e novas formas de relacionamento têm sido experimentadas pela sociedade, sendo que muitas ainda não são reconhecidas pelo Direito. Neste cenário, a jurisprudência brasileira tem se dividido quanto a considerar lícita ou ilícita esta simultaneidade de relacionamentos familiares; o STJ e STF não reconhecem as famílias paralelas, tratando-as como concubinato e excluindo qualquer direito, por exemplo. Contudo, alguns julgados, mormente oriundos do TJRS, têm reconhecido e tutelado situações de simultaneidade conjugal, voltando os olhos para o novo e conferindo efeitos familiares às relações que antes seriam consideradas meramente concubinárias.

A sociedade do século XXI é uma sociedade plural, complexa e diferenciada; logo, é evidente que, para haver família, não é preciso haver homem e mulher, pai e mãe, apenas pessoas conjugando suas vidas intimamente, por um afeto que as enlaça. Sérgio Resende de Barros (2002) a afirmar, a respeito disso, que:

O afeto é que conjuga. Apesar da ideologia da família parental de origem patriarcal pensar o contrário, o fato é que não é requisito indispensável para haver família que haja homem e mulher, nem pai e mãe. Há famílias só de homens ou só de mulheres, como também sem pai ou mãe. Ideologicamente, a atual Constituição brasileira, mesmo superando o patriarcalismo, ainda exige o parentalismo: o biparentalismo ou o monoparentalismo. Porém, no mundo dos fatos, uma entidade familiar forma-se por um afeto tal – tão forte e estreito, tão nítido e persistente – que hoje independe do sexo e até das relações sexuais, ainda que na origem histórica tenha sido assim. Ao mundo atual, tão absurdo é negar que, mortos os pais, continua existindo entre os irmãos o afeto que define a família, quão absurdo seria exigir a prática de relações sexuais como condição *sine qua non* para existir família, Portanto, é preciso corrigir ou, dizendo com eufemismo, atualizar o texto da Constituição brasileira vigente [...].

A matrimonialização e a patrimonialização são fenômenos muito antigos na história da humanidade, e surgiram naturalmente, conforme já visto aqui. Como fenômeno biológico e social, a família é estrutura básica e terreno fértil, onde o indivíduo cresce e se desenvolve física e psicologicamente, construindo seu caráter e desenvolvendo sua personalidade. Por não ser um todo igual, hoje se afirma que cada estrutura familiar se apresenta de um modo distinto, e são

essas variantes que levam o indivíduo a escolher o modelo familiar que lhe parecer melhor. Este é um aspecto central – o conceito do lar como lugar de afeto e respeito (DIAS, 2016). Na sociedade contemporânea, novos valores inspiram os indivíduos, de modo que pouco importa a “espécie” ou “tipo” de família na qual o indivíduo está inserido; o que deve ser levado em consideração é o seu fundamento, que deve ser a plena realização do ser humano, a fim de concretizar o bem-estar de seus membros.

Dito isto, vale, neste capítulo final, trazer as espécies de família já contempladas pela legislação brasileira, e a forma como elas são vistas pela lei e pela jurisprudência, além de como, a partir destas espécies já vislumbradas e a forma que chegaram a esta posição, novas modalidades possam atingir este mesmo patamar no futuro.

3.1. Espécies de família na legislação brasileira atual

3.1.1. Família matrimonial

Conforme já visto, desde o início dos tempos, o matrimônio é considerado um meio para se formar uma família na sociedade. A igreja era um fator importante para tal formação, uma vez que sua chancela era o que tornava homem e mulher como um só, levando ao pensamento do casamento ser indissolúvel. Mais uma vez aqui fica demonstrado que a família era vista como forma de reprodução, cujo intuito era preservar o padrão de moralidade de uma época. O Código Civil de 1916 inclusive empregava a frase “o modelo de família já existente, qual seja, matrimonializada, patriarcal, hierarquizada e heterossexual” (DIAS, 2009).

Este modelo de família preconizava o homem como chefe absoluto da família, como descrito no capítulo anterior. Ele era o responsável pelo sustento do lar, levando a mulher e os filhos a serem meros concordantes de suas ordens. O Código Civil de 1916 também previa somente a possibilidade do desquite, impedindo assim um novo casamento diante da dissolução do vínculo matrimonial, de forma que a sociedade e o direito começaram a reconhecer novas formas de família somente com a Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77), que previa o fim do vínculo conjugal e a possibilidade de um novo casamento, trazendo, também, a alteração do regime geral de bens e deixando opcional a adoção do uso do nome do marido.

A Lei do Divórcio é fruto do avanço social da época, em decorrência da flagrante nova formação de uniões, que mereciam amparo e proteção estatal, sob pena de perpetuar juridicamente relações fracassadas. Assim, o divórcio veio para desmistificar a eternidade de um vínculo familiar já desfeito, o que atendia ao novo modelo de família, que já se apresenta na sociedade (WALD, 2002).

A mudança maior veio com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, na qual o legislador estabeleceu proteção às novas formas de família, senão vejamos:

Art.226.A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

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

§4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Para Paulo Lins e Silva (2002) “o casamento é um contrato de adesão, pois as regras são delimitadas pelo Estado e que a manifestação de vontade dos nubentes seria com relação ao Estado que, previamente, estabelece normas legais para o casamento”. É importante ressaltar que, atualmente, a interferência do Estado é relativa, já que o casamento é uma livre manifestação de vontade de duas pessoas que buscam uma vida plena e com o intuito de constituir uma família à sua maneira.

3.1.2. Famílias advindas da união estável

Conforme já mencionado neste trabalho, houve um tempo em que a constituição de uma família era feita apenas por meio do casamento. No entanto, com a evolução da sociedade o reconhecimento de outras formas de constituição de família, isso foi, pouco a pouco, se modificando. Foi por meio de jurisprudências, que acompanhavam os casos práticos da sociedade brasileira, que houve alterações no ordenamento jurídico pátrio para o aceite das uniões até então chamadas de “extramatrimônias”, que passariam a receber o nome de união estável. Como explica Maria Berenice Dias (2008), “a constitucionalização do conceito de

entidade familiar sem estar condicionado à tríade: casamento, sexo e reprodução tem mérito da Justiça face ao legislador conservar-se inerte”.

A regulamentação da união estável veio pela Lei nº 8.971/94, que exigia um tempo de convívio de 5 anos ou a existência de prole. Contudo, tais requisitos eram alvo de crítica, de forma que o instrumento jurídico foi substituído por outra Lei – a Lei 9.278/96 – que não exige tempo mínimo para tipificação da união estável. Além disso, a Constituição Federal de 1988 também preceitua, em seu artigo 226, parágrafo 3º, que é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, e que o Estado deve dar a afetiva proteção, inclusive, facilitando a mesma em casamento.

Além da previsão constitucional e das leis citadas acima, o Código Civil de 2002 traz previsão para a união estável no artigo 1.723, *in verbis*:

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

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

Sobre este tema, Fábio Ulhôa Coelho (2002) ensina que:

[...] é certo que os conviventes podem, a qualquer tempo, se casar, como quaisquer outras pessoas desimpedidas. Mas essa é uma alternativa diferente da conversão, porque os efeitos do ato não retroagem à data da formação da união estável. Quer dizer, quando os conviventes optam por simplesmente se casarem, em vez de buscarem a conversão, os efeitos do casamento projetam-se a partir da celebração. Na conversão, ao contrário, os efeitos retroagem para a época em que os conviventes constituíram sua união. Convertida está em casamento, produzem-se os mesmos efeitos que existiriam como se os conviventes estivessem casados desde o início de sua convivência.

Em relação aos direitos advindos da união estável, o artigo 2º, da Lei 9.278/ 96 fala sobre os direitos e deveres iguais dos conviventes, quais sejam: respeito e consideração mútua, assistência moral e material recíproca, guarda, sustento e educação dos filhos comuns. Já o artigo 5º discorre sobre a meação dos bens adquiridos durante o tempo de convivência, móveis ou imóveis, adquiridos por um ou ambos, a título oneroso, considerando-se como fruto do

trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio ou partes iguais, salvo se houver estipulação contrária em contrato escrito.

No que tange ao direito real de habitação a previsão legal está no parágrafo único do artigo 7º da Lei 9.278/96, que preceitua no caso de morte de um dos conviventes em união estável, cabe ao sobrevivente, até adquirir nova união, o imóvel destinado à residência da família. Já em relação aos alimentos, a Lei foi omissa, no entanto subentende-se que o mesmo princípio reservado aos alimentos para cônjuges na separação judicial, deve ser usado por analogia. Ao direito de herança, o companheiro sobrevivente, na falta de descendentes ou de ascendentes do falecido, e de usufruto, sobre um quarto dos bens, havendo descendentes, ou sobre metade, havendo ascendentes, conforme artigo 2º da Lei 8.971/94.

No aspecto patrimonial, praticamente se iguala a união estável ao casamento, por sujeitar-se ao regime de bens da comunhão parcial. Portanto comunicam-se os aquestos, ou seja, os bens que adquiridos á título oneroso durante a convivência, salvo se adquiridos com bens tidos anteriormente à união. Em relação à sucessão hereditária, o Código Civil de 2002 trata do direito do companheiro sobrevivente, no artigo 1.790, que participará da sucessão do outro somente quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas seguintes condições. *In verbis*:

I - Se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente a que por lei for atribuída ao filho;

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

III - Se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - Não havendo parentes sucessíveis, terá direito á totalidade da herança.”

Sendo assim, conclui-se que para a constituição da união estável, faz-se necessária a convivência ser pública, de conhecimento de todos, contínua e duradoura, com o intuito de constituição de família.

3.1.3. Famílias mono e pluriparentais

A família monoparental está disposta no parágrafo 4º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, sendo a família formada por qualquer um dos genitores e seus descendentes, que é, antes de mais nada, uma realidade social no Brasil. Como diz o próprio dispositivo:

Art.226.A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

O elemento primordial deste tipo de família é o vínculo familiar, que é, conforme já abordado aqui, garantido pelo Estado.

Enquanto isso, as famílias pluriparentais são um modelo de família conhecido também como famílias mosaico, que foi inserido no cotidiano brasileiro nas últimas décadas; também se conhece este tipo de família como as famílias reconstituídas ou recompostas.

As famílias pluriparentais vêm se destacando na nova concepção do Direito de Família, demonstrando a necessidade de verem seus direitos e deveres esculpidos no ordenamento jurídico brasileiro, além de ter a mesma proteção como entidade familiar perante a sociedade que outros modelos já descritos aqui. Isso ocorre porque a realidade do Brasil, segundo J. F. Basílio de Oliveira (2006) é um conglomerado de situações fáticas postas em debate no judiciário, pois não há como negar a convivência familiar nessa espécie de família e o afeto dela decorrente. Para o autor, é certo que a existência de brigas, discórdias ou mesmo inimizade entre os integrantes da família retiraria a formação de vínculos mais profundos entre as pessoas.

Essas novas concepções de famílias modernas não possuem, ainda, uma norma específica reguladora de seus direitos e deveres. Contudo, a doutrina e a jurisprudência buscam destacar o vínculo de afeto existente entre os membros de uma família mosaico, para assim determiná-los e ainda verificar o melhor interesse do menor acerca da relação afetiva constituída.

Infelizmente, no mundo jurídico ainda existe uma resistência em admitir esse tipo de família, pois, mesmo que se estabeleçam vínculos de afetividade, ainda seguirão existindo vínculos de uma família monoparental, tendo em vista que sempre haverá um genitor e um descendente integrando a família plurilateral, a teor do art.1579, parágrafo único do Código Civil/02: “Parágrafo único do art. 1.579 do CC/02: Novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não poderá importar restrições aos direitos e deveres previstos neste artigo.”

3.2. A aceitação das relações homoafetivas

A união homoafetiva sempre esteve presente na sociedade, tanto na atual como nas passadas. No entanto, ela levou muito tempo para ser reconhecida pelo direito. Tal tipo de família é merecedora de toda a proteção do direito como entidade familiar, já que, por força da Constituinte brasileira, não pode haver discriminação entre as pessoas, ou seja, os casais homoafetivos devem ser tratados e respeitados de forma igualitária perante a lei.

Diante da evolução da sociedade e do conceito atual de família, alguns doutrinadores vêm defendendo a união homoafetiva como família, sendo uma de suas grandes defensoras Maria Berenice Dias, que ensina que “a falta de previsão específica nos regramentos legislativos não pode servir de justificativa para negar prestação jurisdicional ou ser invocada como motivo para deixar de reconhecer a existência de direito merecedor de tutela. (DIAS, 2003).

Ao contrário do que pensa Dias, Rainer Czakowski (2004), à luz da teoria clássica do direito e seus princípios liberais, afirma que:

Por mais estável que seja, a união sexual entre pessoas do mesmo sexo – que morem juntas ou não – jamais se caracteriza como entidade familiar. A não configuração de família, nestes casos, é resultante não de uma análise sobre a realização afetiva e psicológica dos parceiros, mas sim da constatação de que duas pessoas do mesmo sexo, não formam um núcleo de procriação humana e de educação de futuros cidadãos.

É importante ressaltar, no entanto, que o argumento usado por Rainer Czakowski não tem escopo jurídico, uma vez que a Constituição de 1988 adotou a família monoparental como entidade familiar, levando em conta a afetividade e não a procriação.

Inclusive, precisa-se demonstrar que não há como os magistrados ignorarem a questão da família homoafetiva, pois de acordo com o artigo 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil, “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso concreto de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”. Ou seja, a lei demonstra como os julgadores devem agir em casos que não são regulamentados, já que se não há lei que regulamenta nem proíbe, cabe ao magistrado usar do bom senso nessas situações.

Importante lição é dada por Maria Helena Diniz (1996) em relação às lacunas da lei, senão vejamos:

Quando, ao solucionar um caso, o magistrado não encontra norma que lhe seja aplicável, não podendo subsumir o fato a nenhum preceito, porque há falta de conhecimento sobre um status jurídico de certo comportamento, devido a um defeito do sistema que pode consistir numa ausência de norma, na presença de disposição legal injusta ou em desuso, estamos diante do problema das lacunas. Imprescindível será um desenvolvimento aberto do direito dirigido metodicamente. É nesse desenvolvimento aberto que o aplicador adquire consciência da modificação que as normas experimentam, continuamente, ao serem aplicadas às mais diversas relações de vida, chegando a se apresentar, no sistema jurídico, omissões concernentes a uma nova exigência vital. Essa permissão de desenvolver o direito compete aos aplicadores sempre que se apresentar uma lacuna, pois devem integrá-la, criando uma norma individual, dentro dos limites estabelecidos pelo direito.

O uso da analogia é o método mais eficaz para compensar as omissões deixadas pelo legislador, sendo assim, é importante que se aplique uma lei a casos semelhantes que por omissão ou falha do legislador não estão normatizados. Nesse sentido, importante destacar o pensamento de Kelsen (1934), que afirmou que: “tudo que não está explicitamente proibido, está, implicitamente permitido”. Infelizmente, quando há que se discutir alguma questão acerca da família homoafetiva a mesma é julgada na vara cível, sendo que deveria ser discutida nas varas de família, já que a família homoafetiva se equipara com a família heterossexual; dessa forma, mais uma vez fica demonstrada a inércia do legislador. No entanto, em 1999, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já tinha isso como questão definida, conforme se pode ver pela jurisprudência a seguir, por exemplo:

Relações homossexuais. Competência para julgamento de separação de sociedade de fato dos casais formados por pessoas do mesmo sexo. Em se tratando de situações que envolvem relações de afeto, mostra-se competente para o julgamento da causa uma das varas de família, a semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais. Agravo provido. (Relator: Breno Moreira Mussi)

Na união/família homoafetiva existe afeto da mesma forma da família heterossexual, ou seja, a proteção aos casais homossexuais deve ser a mesma ofertada aos outros casais, uma vez que há que ser respeitado o princípio da afetividade. É necessário que se entenda que a sociedade evoluiu, os valores mudaram, as famílias já não têm a mesma estrutura de tempos atrás. A família contemporânea tem como parâmetro principal o afeto e não mais a relação sexual. O homossexualismo tem de ser entendido como uma relação normal, possuindo como critério diferenciador apenas o fato de ser formada por pessoas do mesmo sexo (OLIVEIRA,

2008). Os requisitos para se estabelecer uma união estável é a convivência duradoura, contínua, pública e pautada pelo afeto, estabelecida por duas pessoas com o intuito de constituir familiar, então, se ficarem comprovados esses requisitos na união homoafetiva não há que se negar que exista uma família.

O então ministro Celso de Mello (2006), ao dar seu voto na ADI 3.300, que buscava o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, expôs o seguinte:

[...] o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito e na esfera das relações sociais.

O TJRS foi um dos pioneiros nas decisões jurisprudenciais que tangem sobre à união de pessoas do mesmo sexo, visto que, em 2001, proferiu a primeira decisão onde foi reconhecido a união entre iguais como entidade familiar no Brasil, senão vejamos:

União homossexual. Reconhecimento. Partilha do patrimônio. Meação paradigma. Não se permite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados dessas relações homoafetivas. Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária. Nelas remanescem consequências semelhantes às que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, relevado sempre os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade. Desta forma, o patrimônio havido na Constância do relacionamento deve ser partilhado como na união estável, paradigma supletivo onde se debruça a melhor hermenêutica. Apelação provida, em parte, por maioria, para assegurar a divisão do acervo entre os parceiros.

Como se pode ver, o entendimento dos tribunais é de que é possível o reconhecimento da união homoafetiva, já que inexistente no ordenamento jurídico brasileiro qualquer tipo de vedação. E, partindo da interpretação do artigo 126, do Código de Processo Civil que diz ser vedado ao magistrado deixar de julgar utilizando-se do argumento de lacuna na lei, os

juízes devem, sim, continuar julgando as ações relativas às uniões homoafetivas se pautando no uso da analogia e sempre respeitando os princípios constitucionais.

A Constituição de 1988 impõe, o princípio à dignidade da pessoa humana, sendo a dignidade o vértice do Estado Democrático de Direito e um amparo de sustentação dos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Ele foi elevado a fundamento na nossa Constituição com previsão no artigo 1º, III, é por meio desse princípio que começou a ter uma maior atenção nas situações existenciais, passando a existir tutelas jurídicas do homem voltadas à sua qualidade humana, sendo assim não há uma situação que coisifique o ser homem. Sobre isso, Rodrigues Júnior Almeida (2002) afirma que o “alicerce da ordem jurídica democrática, pode – se dizer que a dignidade vem retratar o conteúdo do imperativo Kantiano, segundo o qual o homem há que ser considerado como um fim em si mesmo, jamais como meio para obtenção de qualquer outra finalidade”.

Sendo assim, percebe-se que a própria Constituinte protege todos os tipos de família, inclusive aquela formada por pessoas do mesmo sexo. O artigo 226 da Constituição Federal de 1988 delegou proteção as famílias plurais, sendo o caput de tal artigo uma regra geral de inclusão. Desta forma, ao fazer uma referência a união estável entre homem e uma mulher e as relações com a prole não está proibindo a união entre pessoa do mesmo sexo, já que em momento algum a Constituição aduz a uma existência de entidade familiar formada por homossexuais. Aduato Suannes (2002), na mesma toada, ensina que “exigir a diferenciação de sexos no casal para haver a proteção do Estado, é fazer distinção odiosa, postura nitidamente discriminatória que contraria o princípio da igualdade, ignorando a existência da vedação de diferenciar pessoas em razão de seu sexo”

Além disso, a Lei Maria da Penha mostra, no parágrafo único do artigo 5º, que o legislador avançou no assunto ao proteger todos os tipos de relação. *In verbis*:

Art. 5º. Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Como se pode ver, avanços como estes devem ser cada vez mais presentes no atual ordenamento jurídico brasileiro, cabendo ao Estado e aos legisladores respeitarem o princípio da dignidade da pessoa humana, igualdade e não discriminação. É imperioso o reconhecimento da união homoafetiva como família, buscando assim a segurança jurídica necessária para se garantir direitos e a tutela jurídica.

CONCLUSÃO

Este trabalho demonstrou que a construção familiar sofreu, ao longo dos anos, importantes mudanças, da mesma forma que ocorreu com tudo que gira ao redor do homem. Sendo assim, o direito, neste sentido, também acompanhou essas mudanças, bem como a sociedade, que tem como base essencial a família, conforme ficou demonstrado desde o início deste estudo.

No Brasil, a principal mudança na entidade familiar ao longo do tempo se deu em relação ao afeto, que passou a ser a base da família atual, já que o amor e a solidariedade também passaram a nortear o comportamento do ser humano, como valores fundamentais para a sociedade contemporânea. A nova configuração da família, que teve por base o afeto, oportunizou novas concepções familiares no ordenamento jurídico, passando a ser entendidas como grupo social fundamentado nos laços afetivos, efetivando dessa forma a dignidade humana, com relação ao sentimento e a forma de ser feliz plenamente.

Esta nova realidade familiar deu origem a novos modelos familiares que foram ganhando força ao longo do tempo, principalmente a família monoparental e a família homoafetiva, ambas já reconhecidas pela legislação brasileira, pois não podia deixar de ser legítima a união homoafetiva no interior do Direito de Família, pois, do contrário se estaria violando a dignidade humana, garantida pela Constituição. É importante que se respeite essa nova realidade, pois o novo formato familiar não descaracteriza o conceito de família, tampouco perde o referencial maior que serve como norteador do comportamento do homem em

sociedade, levando em consideração que não existe para o homem outro meio de convívio social primordial que não o seio da família.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- BARROS, Sérgio Resende de. **A ideologia do afeto**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese e IBDFAM, v. 4, n. 14, p. 5-10, jul./set. 2002.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3300**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 03 de fevereiro de 2006.
- CZAKOWSKI, Rainer apud KLEIN, Felipe Castro. In ARRONE, Ricardo. **Família, Entidade Familiar e União de Indivíduos do mesmo Sexo**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade: o que diz a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. 2ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1996
- ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Trad. Leandro Konder. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira. (Coleção Perspectivas do homem, v. 99, série ciências sociais), 1984.
- FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denys. **A cidade antiga**. Trad. Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas S.A. – EDAMERIS, 2006.
- HERKENHOFF, Henrique Geaquinto. **Do patriarcalismo à democracia: evolução dos princípios constitucionais do Direito de Família**. Direito Civil. São Paulo: Revista EDP, n. 1, p. 231-255, maio/ago. 2005.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou a matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ícone, 2000.
- LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- MORGAN, Lewis Henry. **A sociedade antiga**. 1877.
- OLIVEIRA, J. F. Basílio de. **Guarda, Visitação, Busca e Apreensão de Menor**, 2.ed. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2006
- OLIVEIRA, R.G. **Tentativa de regulamentação da união homoafetiva: Discriminação nunca mais, o que importa agora é o afeto**. 2008
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70001388982**, Sétima Câmara Cível. Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 14/03/2001
- RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 27. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6.

SILVA, Cláudia Maria da. **Indenização ao filho**: descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 6, n. 25, p. 122-147, ago./set. 2004.

SUANNES, Adauto. **As Uniões Homossexuais e a Lei 9.278/96**. COAD. 2002

WALD, Arnold. **O Novo Direito de Família**. 14.ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2002

TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Leonardo Martins Alvarenga, discente regularmente matriculado na disciplina TCC II, da 10ª etapa do curso de Direito, matrícula nº 4172460-7, período noturno, turma S, tendo realizado o TCC com o título: A EVOLUÇÃO DA ENTIDADE FAMILIAR NO DIREITO BRASILEIRO, sob a orientação do Professor Reinaldo Morcira Bruno, declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 20 de maio de 2022.



Leonardo Martins Alvarenga