

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE
FACULDADE DE DIREITO

VITOR AUGUSTO FAUSTINI RODRIGUES

A FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO

SÃO PAULO
2019

VITOR AUGUSTO FAUSTINI RODRIGUES

A FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie do Estado de São Paulo como requisito essencial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dra. Ana Cláudia Silva Scalquette

SÃO PAULO
2019

VITOR AUGUSTO FAUSTINI RODRIGUES

A FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie do Estado de São Paulo como requisito essencial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Dra. Ana Cláudia Silva Scalquette
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof^ª. Dra. Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof^ª. Ms. Lara Rocha Garcia
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Agradecimentos

Primeiramente gostaria de agradecer aos meus pais, que me guiaram por toda minha vida, abrindo o caminho e facilitando que eu obtivesse minhas próprias conquistas. Queria deixar registrado minha gratidão eterna a vocês.

Em segundo lugar, queria agradecer minha irmã, minha primeira grande amiga, e a pessoa responsável por me ensinar que há muitas pessoas nesse mundo que merecem nosso amor.

Também gostaria de agradecer a Letícia, minha namorada, que nunca me deixou desistir, sempre me apoiou nos meus momentos mais difíceis e que sempre me inspira a ser uma pessoa melhor.

A todos meus familiares de sangue, “as grandes famílias” Faustini e Rodrigues, por me mostrarem o significado de união e amizade familiar.

A todos meus amigos, que aguentam as minhas intermináveis piadas. Vocês não são minha família de sangue, mas são a família que escolhi, obrigado por me inspirarem nesse trabalho.

E por fim, queria demonstrar toda minha gratidão a minha orientadora, Prof^a Ana Cláudia Silva Scalquette, por acreditar no meu trabalho e no meu potencial, por todas as dicas e orientações, não só acadêmicas, mas que levarei para a vida.

Minha gratidão eterna a todos vocês.

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo entender como o direito regula e define a família, presente na sociedade desde o início de sua formação, e de que forma ele se adequa às constantes mudanças sociais que afetam essa importante instituição social. Surgindo inicialmente como uma forma de organização social, a família passou a ter um caráter patrimonial e patriarcal no direito romano, e com sua formalização, à partir do casamento, um caráter indissolúvel. Com a regulamentação do divórcio, novas configurações familiares tornaram-se possíveis, em conformidade com os anseios sociais. A Constituição Federal de 1988 apresentou duas figuras novas no direito de família brasileiro, a união estável e a família monoparental. Assim, a família não era mais formada unicamente pelo casamento, abrindo-se o caminho para novas entidades familiares. A partir de importantes evoluções, a sociedade começou a deixar de lado certos conceitos arcaicos, e passou a admitir a união entre pessoas do mesmo sexo. Houve também o reconhecimento do afeto como importante gerador para a filiação e a constituição da família.

Palavras-chaves: Direito de família, união estável, família homoafetiva, família socioafetiva.

Abstract

This paper aims to understand how the Law regulates and defines the family, present in society since the beginning of its formation, and how it adapts to the constant social changes that affect this important social institution. Initially emerging as a form of social organization, the family began to have a patrimonial and patriarchal character in Roman Law, and with its formalization, after marriage, an indissoluble characteristic. With divorce regulation, new family configurations became possible in line with social aspirations. The Brazilian Federal Constitution of 1988 introduced two new figures in Brazilian Family Law, the common-law marriage and the single-parent family. Thus, the family was no longer formed solely by marriage, paving the way for new family entities. From important developments, society began to set aside certain archaic concepts, and began to admit same-sex union. Affection was also recognized as an important generator for family affiliation and constitution.

Keywords: Family law, common-law marriage, homosexual family, socio-affective family

Sumário

INTRODUÇÃO	8
Capítulo 1 – RECORTE HISTÓRICO CONCEITUAL DA FAMÍLIA	10
1.1 - O ser humano e os grupos sociais	10
1.2 - O poder familiar	12
1.2.1 - O direito romano, o <i>paterfamilias</i> e o <i>patria potestas</i>	13
1.2.2 - O poder familiar atualmente	14
1.3 - A família formada pelo casamento	15
1.3.1 – A família com a possibilidade do divórcio.....	16
1.3.2 - O divórcio e suas implicações na família.....	18
Capítulo 2- A FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO	20
2.1 – A família antes da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002.....	20
2.1.1 - O concubinato	20
2.1.2 – O tratamento em relação aos filhos	22
2.2 - A família e a Constituição Federal de 1988.....	24
2.2.1 - A ausência do casamento para a formação da família	25
2.2.2 - Igualdade dos filhos	26
2.3 - A Família e o Código Civil de 2002	26
2.3.1 – Os sentidos da “família”.....	27
2.3.2 – A união estável	28
CAPÍTULO 3 – A FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA	30
3.1 – Ampliação do conceito.....	30
3.1.1 - A família monoparental	31
3.1.2 - A família homoafetiva	34
3.1.3 - A Família anaparental	36
3.1.4 – A família socioafetiva	37
CONCLUSÕES.....	40
Bibliografia	42

INTRODUÇÃO

O dicionário Michaelis, conceitua família como conjunto de pessoas, ligadas por laços de parentesco, que vivem sob o mesmo teto; conjunto de ascendentes, descendentes, colaterais e afins de uma linhagem ou provenientes de um mesmo tronco; pessoas do mesmo sangue ou não, ligadas por casamento, filiação ou mesmo adoção.¹

Será tal conceito o mesmo utilizado pelo direito?

Inicialmente formada como um grupo social, dada a necessidade humana de se relacionar com outros de sua espécie, buscando a organização social, a família surge como um grupo de pessoas ligadas por um vínculo de parentesco, originado de um tronco ancestral comum.

Porém, sendo a sociedade um meio em constante mudança, a família evoluiu para muito mais que um simples grupo social.

Capaz de criar direitos e atribuir deveres, a família encontra sua primeira formalização a partir do casamento, deixando de ser um grupo meramente social, para encontrar um caráter patrimonial, com o chefe da família romana exercendo controle absoluto sobre todos seus integrantes, como se fossem seu patrimônio.

Tal controle exercido pelo pai de família romano, era percebido também na diferença do papel do homem e da mulher dentro da família, se materializando na figura do poder patriarcal.

Formalizada pelo casamento, a família era então vista como indissolúvel, perdurando ao longo de gerações, algo que começou a ser alterado com o surgimento da possibilidade do divórcio, que abriu novos caminhos para a instituição familiar, permitindo àqueles que se divorciarem constituírem nova família.

Dessa maneira, quando do divórcio, será comum a formação de dois núcleos familiares – a família materna e a família paterna. Criando ainda a figura da família monoparental.

Ainda, alterações na maneira do exercício do poder familiar (como o poder patriarcal romano passou a ser denominado), trouxeram um maior equilíbrio e igualdade entre o papel do homem e da mulher dentro da família, de maneira que o homem não mais o exercesse de maneira absoluta.

¹ *Michaelis Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa*. Disponível em <<http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/fam%C3%ADlia/>> Acesso em 15 de out. 2019

Como já dito, a sociedade se encontra em constante mudança. E o direito deve ser capaz de alcançar e acompanhar tais mudanças.

Assim, a sociedade não mais se contentava com a proteção familiar dada unicamente ao núcleo formado pelo casamento, excluindo assim aqueles que possuíam a chamada união livre, e que mesmo não formalizando a união, viviam como se casados fossem, com o intuito de formar uma família, com a criação de uma prole comum.

Ressaltando ainda, que nem sempre houve a igualdade de tratamento entre os filhos havidos do casamento e aqueles havidos fora do casamento. Nesse sentido, alguém que já fora casado, e após se divorciar, buscou constituir nova família, porém sem a formalizar pelo casamento, poderia observar certas distinções entre os chamados filhos “legítimos” e os “ilegítimos”, como no caso da sucessão, onde os primeiros teriam preferência em relação aos segundos.

Ainda, em busca de maior igualdade entre todos os seus membros, a sociedade continuou a ansiar por maiores mudanças, destacando-se a necessidade de abrir o casamento para todas as pessoas, não mais se limitando apenas ao casamento entre homem e mulher, permitindo-se e reconhecendo-se as uniões homoafetivas, de maneira gradual e lenta, não mais se ignorando uma situação que sempre esteve presente na sociedade humana.

Percebe-se que a família não alcança somente aqueles ligados pelo sangue, por casamento ou por um tronco ancestral comum. A família pode ser muito mais ampla, dependendo da mentalidade social da época, bem como os vínculos e relações de afeto existente entre seus membros.

Afeto esse, que passou a ser responsável pela criação de vínculos de filiação não biológicos, originando assim a chamada família socioafetiva.

Cabe agora analisar as mudanças sofridas pela família, e perceber os esforços que o direito vem fazendo para, a cada mudança, se adequar aos anseios da sociedade.

Capítulo 1 – RECORTE HISTÓRICO CONCEITUAL DA FAMÍLIA

1.1 - O ser humano e os grupos sociais

O que difere o ser humano de outros seres do reino animal é a sua racionalidade, a capacidade de raciocínio. Entretanto ainda conservamos uma característica em comum com muitos seres, qual seja a capacidade de viver em sociedade. Como outros animais, o homem é um ser social, ou seja, ele não vive sozinho, mas estabelece relações com outros da sua espécie. Relações essas que variam das mais diversas formas e profundidades.

Essas relações originam os grupos, ou instituições sociais, entendidas pela sociologia “como ‘fórmulas’ por meio das quais indivíduos e grupos constroem relações estáveis entre seus integrantes, nos vários âmbitos da vida social: afeto, educação, religião, poder, criação de riquezas, produção de normas etc.”²

Partindo desse pressuposto, pode-se dizer que de acordo com a relação construída, um grupo social será criado, sendo certo que aqueles que se relacionam objetivando a criação de riquezas terão um relacionamento diverso daqueles grupos formados pelo afeto. Caberá então ao Direito trabalhar com os diversos grupos existentes e se adequar a eles.

Mas por qual motivo o Direito deveria se adequar a esses grupos? Como batizado por Émile Durkheim, tais grupos possuem uma “consciência coletiva”, expressa por meio de uma identidade social baseada em vínculos interpessoais, gerando normas próprias³. Assim, os grupos que se relacionam por afeto não poderão ser regidos pelas mesmas normas daqueles que se relacionam pelo trabalho, objetivando lucros.

É possível entender o surgimento dos diversos ramos do Direito através das divisões exercidas pelas instituições sociais (como o Direito do Trabalho, por exemplo).

Estabelecido um breve conceito de grupos sociais e aceitando a sociedade como um meio dinâmico, e que se encontra em constante mudança, é de se esperar que ao longo dos tempos tais grupos evoluíram e sofreram alterações, e enquanto alguns podem ter deixado de existir, outros podem ter nascido. Porém, há um grupo que sempre existiu, e possivelmente sempre existirá, passando pelas devidas evoluções e alterações que a sociedade vive, o grupo da família.

² ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes, **Direito e instituições sociais**. In FERREIRA, Lier Pires; GUANABARA, Ricardo; JORGE, Vladimyr Lombardo (Orgs). *Curso de Sociologia Jurídica*. Ed. 2011. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p.128.

³ DURKHEIM, Émile, **Consciência coletiva**. In CASTRO, Ana Maria de, DIAS, Edmundo Fernandes (Orgs). *Introdução ao pensamento sociológico: Émile Durkheim, Max Weber, Karl Marx e Talcott Parsons*. 18 ed. São Paulo: Centauro, 2005. p.67-68.

De acordo com Eduardo Espinola, “a palavra família compreende as pessoas unidas pelo casamento, as provenientes dessa união, as que descendem de um tronco ancestral comum e as vinculadas por adoção”.⁴

Nessa visão, teremos que a família será formada pelo casamento, e a prole proveniente desse ato, os ascendentes e descendentes de um indivíduo, que nada mais seriam do que o vínculo de parentesco entre dois sujeitos, bem como por quem for adotado.

Em épocas em que o Estado não estava presente na vida das pessoas, situar o indivíduo em um grupo tinha enorme importância, pois era esse grupo que iria lhe prover os meios necessários de sobrevivência⁵. Além, é claro, de situarmos o sujeito juridicamente dentro da sociedade, pois, nos dizeres de Rodolfo Sacco, “se não sabemos a qual grupo ele pertence, não sabemos como funcionam os seus direitos. E esses direitos estão relacionados à posição que lhe cabe no seu grupo de pertencimento, bem como à posição que cabe àquele grupo no contexto mais amplo da sociedade”.⁶

Historicamente, dentro do grupo da família há uma distinção clara de poder, partindo primeiramente da idade de seus integrantes, começando pelos mais velhos, indo em direção aos mais novos, como bem nos ensina Rodolfo Sacco, “a base de mais consistente da ordem social é dada pela obediência dos jovens em relação aos adultos do grupo; com ela os primeiros retribuem os cuidados, o ensino e, sobretudo, a proteção que recebem dos segundos”.⁷

Há ainda, um segundo critério que dirá quem será o líder do grupo, distinguindo-se dos demais por meio de atributos físicos, de maneira que “não será estranho ao critério de promoção a força física do sujeito escolhido e sua capacidade de intimidar os outros”.⁸

Por meio desses dois critérios, foi escolhido quem seria o líder do grupo da família dentro da sociedade - o homem mais velho. Essa divisão do poder passou por mudanças ao longo do tempo, sendo melhor distribuído dentro do seio familiar, retirando do homem a total responsabilidade de assegurar a integridade da família e o controle de seus membros, e se adequando para o exercício conjunto com a mulher mais velha do grupo. É de se observar que essa divisão do poder foi a responsável pela criação do que chamamos hoje de poder familiar.

⁴ ESPINOLA, Eduardo. *A Família no Direito Civil Brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Conquista, 1957, p. 7-8.

⁵ SACCO, Rodolfo; tradução Carlo Alberto Dastoli. *Antropologia Jurídica contribuição para uma macro-história do direito*. 1 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p 303.

⁶ *Idem*.

⁷ *Ibidem.*, p 156.

⁸ *Ibidem.*, p 157.

1.2 - O poder familiar

Resta claro a existência de uma ordem hierárquica dentro do grupo familiar, exercida pelos mais velhos em relação aos mais novos do grupo, em outras palavras, exercida pelos pais em relação aos filhos. É o que o Direito chama de poder familiar.

Resta, porém, a necessidade de maiores esclarecimentos sobre o que consiste tal poder.

Maria Helena Diniz o define como “um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho”.⁹

Assim, percebe-se que o poder dentro da família deixou de ser exercido individualmente, e não se utiliza mais de características físicas, como a força, para determinar quem será o seu detentor, sendo um dever-poder de ambos os pais.

Vale notar, entretanto, que o poder familiar ainda irradia daqueles que são mais velhos, com mais experiências e vivência, para aqueles mais novos, que precisam de proteção e auxílio para as demandas da vida.

Tal situação, se origina do dever dos pais de educar os filhos e orientá-los durante a vida, não apenas alimentá-los e os deixar por conta própria¹⁰. Parte não só de uma necessidade natural (alimentar e cuidar dos filhos), mas de uma necessidade lógica (educar e orientar os filhos durante a criação), característica que reitera a diferença do ser humano com outros animais.

Ressalta-se que o poder familiar como conhecemos hoje evoluiu drasticamente em relação a maneira como era exercido em sociedades antigas, com destaque para a romana. Referido poder deixou de ser exercido de maneira unilateral, com forte viés patriarcal, e em caráter absoluto em relação aos sujeitos subordinados a ele (esposa e filhos, por exemplo).¹¹

Destaca-se uma forte influência do Cristianismo para que o poder familiar possua o caráter protetivo dos dias de hoje.¹²

⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 5: direito de família*. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p 624.

¹⁰ *Ibidem*.p 420.

¹¹ *Idem*

¹² *Idem*

1.2.1 - O direito romano, o *paterfamilias* e o *patria potestas*

No direito romano, o pátrio poder se manifesta por meio do *patria potestas*, exercido pelo *paterfamilias* em relação a aqueles que a ele são subordinados.

Na família romana, novamente percebemos a existência de uma hierarquia fundada com base no poder exercido por uma pessoa da família em relação aos outros integrantes, proporcionada pelas desigualdades existente entre eles¹³.

Tal desigualdade na sociedade romana era originada pela qualidade que a pessoa possuía, podendo ser *sui iuris*, aquele que não está sujeito ao poder de outrem, ou *alieni iuris*, aquele a quem recai tal sujeição.¹⁴

A partir de tal distinção, temos que em uma família romana apenas o chefe, o *paterfamilias*, é *sui iuris*, razão pela qual ele exerce o *patria potestas*.

Necessário ter em mente, que o *paterfamilias* não remete ao termo pai, mas sim de chefe¹⁵. Dessa maneira, um filho, ao se casar não estaria livre da sua subordinação ao seu pai e constituiria nova família, pelo contrário, sua esposa e sua eventual prole se encontrariam sujeitos ao *patria potestas* exercido pelo *paterfamilias* daquela família.

Entretanto, ocorrendo a morte do *paterfamilias*, aqueles sujeitos a ele tornariam se *sui iuris*, sendo que os homens formariam suas próprias famílias, tornando-se assim *patres*.¹⁶

Diferente do poder familiar que encontramos na atualidade, o *paterfamilias*, ao exercer seu poder, não possuía nenhum ônus. Nas palavras de José Antonio de Paula Santos Neto, o *patria potestas* “nunca teve como escopo predominante gerar-lhe obrigações relativas ao bem-estar da pessoa daquele que lhe estivesse submisso”.¹⁷

Como já dito, a morte do *paterfamilias* torna aqueles subordinados a ele *sui iuris*, consequência direta desta situação é que, “o poder do *pater* não tem outro termo senão a morte daquele que o exerce”.¹⁸

Já ficou claro que o poder exercido pelo *paterfamilias* era absoluto em relação aos seus familiares e demais integrantes do grupo doméstico¹⁹, possuindo diversos direitos sobre seus filhos, desde os mais atrozes, como o *ius vitae et necis* (o direito de matar os filhos)²⁰ e o *ius*

¹³ NETO, José Antonio de Paula Santos. *Do Pátrio Poder*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 17.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ LUIZ, Antônio Filardi. *Curso de Direito Romano*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 64.

¹⁶ *Ibidem*. p. 65.

¹⁷ NETO, José Antonio de Paula Santos. *Op. cit.*, p. 20.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ *Ibidem*, p. 21.

²⁰ *Idem*.

exponendi (a faculdade de abandonar o filho recém-nascido)²¹, até os mais brandos, como o poder de emancipar, ato que consistia em tornar o filho *sui iuris*, e um *paterfamilias*.²²

Como se pode verificar, o pátrio poder romano sofreu diversas alterações, tornando-se, ao longo dos séculos, cada vez mais brando com os filhos e igualitário na divisão do poder-dever entre o homem e a mulher, até finalmente chegar ao conceito do poder familiar que impera no direito brasileiro atualmente.

1.2.2 - O poder familiar atualmente

Já conceituado, resta-nos caracterizar o poder familiar e definir quem são os seus sujeitos, tanto ativo quanto o passivo.

Trazido pelo Código Civil de 2002, o poder familiar é previsto nos artigos 1.630 ao 1.638 do referido dispositivo legal, deixando de lado a expressão “pátrio poder”, que era intimamente relacionada com a ideia de “prevalência do cônjuge varão sobre a pessoa dos filhos”²³.

O Código Civil, em seu artigo 1.631, esclarece que, durante a constância do casamento ou união estável, o poder familiar será exercido pelos pais de maneira compartilhada, sem qualquer distinção entre eles, havendo hipóteses previstas em que um ou outro poderá exercer tal poder com exclusividade.

A atribuição do poder familiar dada a ambos os pais vai de encontro com o estabelecido na Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 5º prevê a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres.

Nota-se, que o Código Civil não trouxe, quando se refere ao poder familiar, uma nova figura jurídica ao direito de família, mas sim compatibilizou o pátrio poder nos termos da Constituição Federal.²⁴

Entre suas características, destaca-se a irrenunciabilidade, inalienabilidade e a imprescritibilidade, pois os pais não podem livremente abrir mão de seu dever para com os filhos, não podem transferir à outrem, à título oneroso ou não, e o simples fato de os genitores

²¹ NETO, José Antonio de Paula Santos. *Do Pátrio Poder*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 22.

²² *Ibidem*, p. 23-24.

²³ COMEL, Denise Damo. *Do Poder Familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 53

²⁴ *Ibidem*. p. 54.

deixarem de o exercer-lo não fará que seu dever decaia (ressaltados os casos previstos em lei para a destituição do poder familiar).²⁵

1.3 - A família formada pelo casamento

Como visto, inicialmente, a família tinha sua origem nas relações interpessoais de afeto entre os indivíduos da sociedade, oficializando-se através da união pelo casamento (vale dizer que, em um primeiro momento pelo casamento entre um homem e uma mulher), sendo formada também pela prole originada a partir do casamento, as vinculadas pela adoção e pelos que descendem de um tronco ancestral comum. Assim, percebe-se a importância do vínculo de afeto e das relações de parentesco no cerne da formação familiar.

Segundo Maria Helena Diniz, o “casamento é, legal e tecnicamente, o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família”.²⁶

O casamento possui certas finalidades, entre elas a já citada criação da família, - aqui caracterizada como família matrimonial; a procriação da prole – embora está não seja uma consequência essencial ao casamento; a legalização das relações sexuais; o auxílio mútuo entre os cônjuges; estabelecimento de deveres (patrimoniais ou não) - como por exemplo o dever de fidelidade recíproca e promover a manutenção da família com base em seus rendimentos; a educação da eventual prole – percebe-se aqui a incidência do poder familiar no âmbito do casamento.²⁷

Quanto a natureza jurídica do casamento, nota-se a existência de correntes conflitantes. Há aqueles que enxergam o casamento como um contrato e os que o entendem como uma instituição.

Para os contratualistas, o casamento é um simples contrato, que se aperfeiçoaria pelo consentimento dos nubentes, que deve ser recíproco e manifesto²⁸. Dessa maneira, sua validade e eficácia decorria da vontade das partes.²⁹

²⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 5: direito de família*. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p 626.

²⁶ DINIZ, Maria Helena. *Ibidem*. p 51.

²⁷ DINIZ, Maria Helena. *Ibidem*. p 53-54.

²⁸ DINIZ, Maria Helena. *Ibidem*. p 55.

²⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 6: direito de família*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 41.

Os institucionalistas, por sua vez, entendem o casamento como um estado em que os nubentes ingressam, e que apesar de depender da vontade das partes, suas normas, efeitos e forma encontram-se previstos em lei.³⁰

Nessa visão, o casamento não seria um contrato onde os nubentes poderiam criar e modificar cláusulas a seu bel prazer, mas sim uma instituição prevista, com suas normas e princípios próprios, ao qual os interessados em contrair matrimônio, por sua vontade é verdade, aderem.

Maria Helena Diniz é adepta da segunda corrente, por entender que no casamento os interesses das partes são coincidentes, sua existência se impõe tanto aos contraentes quanto à terceiros (ao contrário do contrato, que se faz valer apenas entre as partes) e que ao contrário do contrato, que possui um termo final, um prazo para cumprimento, o casamento é feito e pensado para durar.³¹

Parece-nos ser essa a melhor definição do casamento, consolidando-se no universo jurídico como uma instituição, com suas normas e princípios próprios, por meio dos quais os interessados expressam sua vontade de aderir.

Observamos, contudo, que apesar de hoje em dia ser comum a prática do divórcio, o casamento mantém seu caráter de instituição, uma vez que visa a duração permanente, tendo em mente que ninguém se casa com o divórcio já planejado, sendo a realização do término do vínculo um fato eventual, que foge do controle das partes.

1.3.1 – A família com a possibilidade do divórcio

Como dito, o divórcio não é o objetivo do casamento, ninguém se casa com um prazo de duração, sendo o divórcio então, consequência de um fato eventual, havido depois de convolado o matrimônio, que foge do controle e vontade de uma das partes, ou que decorre da vontade de ambas – no caso de divórcio consensual, em que ambos os cônjuges não possuem mais o vínculo de afeto imprescindível para a boa convivência familiar.

Anota-se que em Roma, sendo o casamento um ato consensual entre as partes, a simples falta, ou o desaparecimento, da intenção de continuar com o vínculo já seria causa suficiente para a decretação do divórcio.³²

³⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 5: direito de família*. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p 55.

³¹ DINIZ, Maria Helena. *Ibidem*. p 56-57.

³² CAHALI, Yussef Said. *Separações Conjugais e Divórcio*. 12 ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 52.

Por sua vez, a Igreja Católica, inicialmente seria contrária à decretação do divórcio e ao fim do vínculo matrimonial, partindo-se do pressuposto de que não se separa o que Deus uniu.³³

O Código Civil pátrio, em seu artigo 1.571, nos apresenta as causas terminativas da sociedade conjugal, sendo elas: *a)* a morte de um dos cônjuges; *b)* a nulidade ou anulação do casamento; *c)* a separação judicial; e *d)* pelo divórcio.

Entende-se o divórcio como “a dissolução de um casamento válido, ou seja, extinção do vínculo matrimonial, que se opera mediante sentença judicial ou escritura pública, habilitando as pessoas a convolar novas núpcias.”³⁴

Assim, sendo admitido o divórcio, em nosso ordenamento jurídico, necessária a distinção entre sociedade conjugal e vínculo matrimonial.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves, a “sociedade conjugal é o complexo de direitos e obrigações que formam a vida em comum dos cônjuges”³⁵, ou seja, a sociedade conjugal se confirma como os deveres e responsabilidades, a busca das finalidades inerentes ao casamento, que os cônjuges adquirem ao contrair núpcias.

O vínculo matrimonial por sua vez se refere ao casamento em si, na sua instituição como um todo.

A simples resolução da sociedade conjugal não põe termo ao vínculo matrimonial, impedindo assim que aqueles que apenas se separam judicialmente, por exemplos, possam se casar novamente.

Assim, nas hipóteses terminativas da sociedade conjugal previstas no artigo 1.571 do Código Civil, o divórcio dissolve não apenas a sociedade, mas como também o vínculo matrimonial, o que permite que os divorciados contraiam novas núpcias.

O término da sociedade conjugal põe fim aos deveres recíprocos entre os cônjuges, e o término do vínculo matrimonial põe um termo ao casamento como instituição que se impõe perante a sociedade.

Dessa maneira, temos como efeitos principais do divórcio a dissolução definitiva do vínculo matrimonial, com a extinção dos deveres entre os cônjuges, a possibilidade de novo casamento aos divorciados – entende-se como a possibilidade de criação de um novo núcleo

³³ CAHALI, Yussef Said. **Separações Conjugais e Divórcio**. 12 ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 52.

³⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 5: direito de família*. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p 366.

³⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 6: direito de família*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 202.

familiar; extinção do regime matrimonial dos bens e o direito sucessório havido entre os ex-cônjuges; a manutenção dos direitos e deveres dos pais em relação aos filhos menores ou maiores e incapazes³⁶ – entende-se aqui, portanto que o poder familiar será conservado, independentemente da constância ou não do casamento.

1.3.2 - O divórcio e suas implicações na família

Dentre os efeitos do divórcio, aqueles que trazem maiores consequências a família, ao nosso ver, seriam a possibilidade de os divorciados contraírem novas núpcias e a manutenção do poder familiar, independentemente da existência do vínculo matrimonial ou não. Expliquemos.

Quanto à possibilidade de novo casamento aos que se divorciaram, insta dizer que veremos a criação de um novo núcleo familiar, e que os filhos frutos do primeiro casamento farão parte desses dois núcleos distintos, o núcleo familiar materno e o núcleo familiar paterno.

Retomando o conceito apresentado por Espinola (item 1.1), a família não é constituída apenas pelo casamento, mas também pela eventual prole, aos que descendem de um tronco comum, é, assim, também fundada pelo vínculo e relação de parentesco. Relação essa que não deixa de existir com o fim do vínculo matrimonial, maneira pela qual os filhos continuam sendo integrantes tanto da família da mãe quanto de seu pai.

Por sua vez, a manutenção do poder familiar requer maiores atenções. Claro o sentido de que os sujeitos ativos do poder familiar, aqueles que devem exercê-lo são os pais, e os sujeitos passivos, objeto de sua proteção, os filhos menores ou maiores e incapazes.

Quando do divórcio, certo será que a um dos pais caberá a guarda dos filhos, enquanto ao outro caberá o direito de visitas. É o que nos diz o artigo 1.632 do Código Civil.

Tal situação geraria uma divisão do poder familiar, já que aquele que possui a guarda da prole terá maiores condições de exercê-lo, por possuir um contato maior com a prole, podendo gerir e defender os melhores interesses de seus filhos, não há, porém, qualquer impedimento para que aquele que não possui a guarda dos filhos possa exercer seu dever como pai, podendo inclusive buscar auxílio junto ao Judiciário nos casos em que não concordar com

³⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 5: direito de família*. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p 388-389.

as decisões tomadas pelo outro genitor, além de buscar a alteração da guarda³⁷. Tal situação se enquadra nos casos de guarda unilateral.

Nas hipóteses de guarda compartilhada, os dois genitores voltam a exercer o poder parental de maneira conjunta, como se casados fossem, nesse caso, porém, não se trata mais de um casal conjugal, mas sim de um casal parental.³⁸

³⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 5: direito de família*. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p 627.

³⁸ *Idem*.

Capítulo 2- A FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 – A família antes da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002

O Brasil é um país relativamente novo no que diz respeito a elaboração de suas próprias leis, sendo que até 1822 nosso país era uma colônia de Portugal, seguindo assim as legislações lá vigentes.

Com a declaração da Independência em 1822, foi criada a primeira constituição brasileira, em 1824. Constituição que restou omissa quanto a uma significação para a família.

A constituição de 1891, criada após a proclamação da República, também em nada acrescentou sobre como a família seria percebida perante o direito brasileiro.

Nesse sentido, a constituição de 1934 inovou, trazendo em seu artigo 144 que a família é constituída pelo casamento (destaca-se que nessa época ainda considerado como indissolúvel).

O casamento se manteve como elemento essencial para a constituição da família até a constituição de 1967 (porém sem mais prever a indissolubilidade do referido instituto).

O Código Civil de 1916 também previa o casamento como o fator de criação da família, ao trazer em seu artigo 229 que o casamento cria a família, além de legitimar os filhos comuns antes dele nascidos.

Coube à Constituição Federal de 1988, mais tarde complementada pelo Código Civil de 2002, atualizar a visão que o direito brasileiro tinha da família, bem como ajustar algumas injustiças na maneira como as leis anteriores tratavam aqueles que viviam em união, porém não oficializada pelo casamento, dos filhos concebidos a partir dessa união, bem como a maneira como os filhos legítimos e biológicos eram tratados em relação aos havidos fora do casamento e aos adotados

2.1.1 - O concubinato

Não havendo nas legislações anteriores à Constituição Federal de 1988 e ao Código Civil de 2002 a previsão de constituição de família sem o casamento, como as uniões que não se pautavam em tal instituto eram então classificadas?

A resposta a ser encontrada pode não ser tão simples, de maneira que a união prolongada de um homem e uma mulher, sem o casamento, seria chamada de concubinato.³⁹

Concubinato, conforme explica Irineu Antonio Pedrotti, é originário de *concubinatos*, que significa estar deitado ou no leito com alguém, sendo considerado desde o período romano como uma união inferior ao casamento⁴⁰. Ainda nesse sentido, vale dizer, que “o concubinato era considerado delito perante a Igreja”.⁴¹

Com tal conceito estabelecido, e partindo do pressuposto de que o concubinato é um gênero maior, podemos dividi-lo em duas espécies menores, o “concubinato puro” e o “concubinato impuro”.

O concubinato puro seria “a convivência duradoura, como marido e mulher, sem impedimentos decorrentes de outra união”⁴². Verifica-se que se encaixam nessa categoria os solteiros, viúvos, separados judicialmente e os divorciados (quando a lei assim o permitiu).

O concubinato impuro, por sua vez, se refere ao “adulterino, envolvendo pessoa casada em ligação amorosa com terceiro, ou para apontar os que mantêm mais de uma união de fato”.⁴³ Percebe-se que o concubinato impuro diz respeito às pessoas que se encontram na qualidade de casados, em outras palavras, aqueles que possuem impedimentos para o casamento.

Nessa linha de pensamento, podemos ampliar o alcance do concubinato impuro para as uniões incestuosas, por se enquadrarem nos impedimentos para o casamento, tanto no Código Civil de 1916, em seu artigo 183, quanto no Código Civil de 2002, no artigo 1.521.

Como já visto, tanto as constituições brasileiras (até a constituição de 1967), quanto o Código Civil de 1916, preconizavam o casamento em detrimento de outro tipo de união.

Ao indicar que o principal efeito do casamento era a criação da família legítima, o Código Civil de 1916 nos leva a crer que o resultado disso seria que a família composta de outra maneira seria ilegítima, apresentando certas restrições a tal convivência.⁴⁴

Como exemplos à tais restrições, podemos citar os artigos 248, inciso IV, que permite à mulher casada, independentemente de autorização, reivindicar os bens comuns móveis ou

³⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 6: direito de família*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.p 615

⁴⁰ PEDROTTI, Irineu Antonio. *Concubinato união estável*. 5 ed. atual e ampl. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2011.p 3

⁴¹ NICOLAU, Gustavo Rene. *União estável e casamento: diferenças práticas*. ed. 2011. São Paulo: Atlas, 2011.p 10

⁴² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op.cit.* p 619

⁴³ *Ibidem.* p 618-619

⁴⁴ *Ibidem.* p 28

imóveis doados, ou transferidos pelo marido à concubina, e o 1.719, que não permite que a concubina seja herdeira ou legatária de testador casado.

Ressalvamos, entretanto, que referidos artigos buscam proteger a mulher casada, cujo marido tenha participado de um concubinato impuro, ou seja, tenha sido vítima de um adultério.

Porém, devemos observar também como o direito brasileiro tratava aqueles que mantinham uma união livre, sem formalizar com o casamento, que com o tempo passou a se diferenciar do concubinato.

Um fator importante para tal diferenciação talvez tenha sido a Emenda Constitucional 9, de 1977, que permitiu a possibilidade de um novo casamento. Assim, aqueles que incorriam na hipótese de concubinato impuro, passaram a se enquadrar na hipótese de concubinato puro.

O concubinato puro, por sua vez, também passou por uma evolução na maneira como é percebido, reconhecendo-se a companheira como “aquela com quem o varão, separado de fato da esposa, ou mesmo de direito, mantém convivência *more uxorio*”.⁴⁵

Abre-se espaço para uma breve explicação do termo “*more uxório*”.

De tal expressão temos a ideia de uma situação com aparência de casamento, remetendo o termo “*uxor*” à esposa, e “*more*” remetendo à ideia de maneira, costume⁴⁶. Logo, uma convivência à maneira de marido e mulher.

Por fim, vale ressaltar que se identificaria uma união como companheirismo observando-se certos, quesitos e atos, como a habitualidade na vida em comum, a partir da livre vontade e consentimento, sendo ainda potencializados pela habitação em comum e pela geração de prole.⁴⁷

2.1.2 – O tratamento em relação aos filhos

Mais um ponto relevante abordado pelas legislações passadas que merece atenção é a questão relativa aos filhos e ao tratamento que estes recebiam em relação a serem frutos de uniões legítimas (casamento) ou ilegítimas (concubinato), assim como na forma que são integrados na família (adoção).

⁴⁵ WALD, Arnaldo. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 4 ed. rev., ampl, e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.p 44

⁴⁶ PEDROTTI, Irineu Antonio. *Concubinato união estável*. 5 ed. atual e ampl. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2011. p 8

⁴⁷ *Ibidem*. p 7

Assim, os filhos frutos de união pelo casamento, serão de maneira lógica, tidos como legítimos. Assim, por exclusão, os filhos com origem fora do casamento serão classificados como ilegítimos.

Dentro da classificação dos filhos ilegítimos temos uma nova diferenciação, dividindo-os entre filhos “naturais” e os “espúrios”.

Os naturais eram aqueles que nasciam da união livre de um homem e uma mulher sem impedimentos para as casarem, e os espúrios originados de pais impedidos contraírem matrimônio (impedimentos decorrentes de parentesco ou casamento anterior), assim os filhos espúrios são ainda divididos em “adulterinos” ou “incestuosos”⁴⁸.

Nesse ponto, é possível observar a primeira diferenciação que o Código Civil de 1916 faz entre os filhos, sendo que “só era permitido o reconhecimento do filho natural, sendo vedada para os incestuosos e adulterinos”⁴⁹. É o que se extrai da leitura dos artigos 355 e 358 do Código Civil de 1916.

Outra diferença se dá quanto a equiparação com os filhos legítimos, pois “apenas os legitimados pelo casamento dos pais, após a sua concepção ou nascimento, fossem em todo equiparados aos legítimos”⁵⁰.

Chega-se a essa conclusão através da leitura em conjunto dos artigos 352 e 353 do Código Civil de 1916, que dizem que os filhos legitimados serão equiparados aos filhos legítimos, mas que a legitimação resulta somente do casamento dos pais.

Por fim, chega-se à diferenciação que o Código Civil de 1916 faz em relação aos filhos adotados e os legítimos.

Primeiramente, necessário uma breve conceituação da adoção. Segundo Arnaldo Wald, a adoção “é um ato jurídico bilateral que gera laços de paternidade e filiação entre pessoas para as quais tal relação inexistente naturalmente”⁵¹.

É possível extrair conceito parecido através da obra de Carlos Roberto Gonçalves, que nos ensina que a “adoção é um ato jurídico solene pelo qual alguém recebe em sua família, na qualidade de filho, pessoa a ela estranha”⁵².

⁴⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 6: direito de família*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.p 29

⁴⁹ PEDROTTI, Irineu Antonio. *Concubinato união estável*. 5 ed. atual e ampl. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2011. p 109

⁵⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.* p 29

⁵¹ WALD, Arnaldo. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 4 ed. rev., ampl, e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.p 164

⁵² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.* p 384

Após conceituarmos a adoção, importante entender quais os efeitos dela perante a família, na vigência do Código Civil de 1916.

Primeiramente destaca-se que somente os maiores de cinquenta anos, sem prole legítima poderiam adotar, conforme o artigo 368, do referido Código.

Verifica-se assim a função que o Código estabelece para a adoção, a de “proporcionar a continuidade da família, dando aos casais estéreis os filhos que a natureza lhes negara”.⁵³

Em segundo lugar, observamos o alcance da adoção dentro do seio familiar, uma vez que o artigo 376 do Código estabelece que o parentesco resultante da adoção limita-se ao adotante e ao adotado (salvos nos casos de impedimentos matrimoniais).

Ainda, o artigo 377 dita que a adoção produzirá efeitos, mesmo que sobrevenham filhos ao adotante, salvo se provado que o filho estava concebido na época da adoção.

Assim, indaga-se, se a adoção produz efeito de parentesco somente entre o adotante e o adotado, qual seria o vínculo que o adotado teria com o filho superveniente, fora os impedimentos matrimoniais.

Por fim, verifica-se grande desigualdade entre o filho legítimo e o adotado quando se trata da sucessão, uma vez que o filho adotivo será equiparado ao legítimo quando não existirem filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos.⁵⁴

Gritante discriminação se extrai a partir da leitura do artigo 1.605 do Código Civil de 1916, bem como de seus dois parágrafos.

2.2 - A família e a Constituição Federal de 1988

O texto constitucional de 1988 inovou no que se refere à figura da família no ordenamento jurídico nacional. Se antes o casamento era o único pressuposto para a formação da família (a chamada família matrimonial), como previsto no Código Civil de 1916 e nas constituições anteriores, com a Constituição de 1988 duas novas figuras aparecem: a união estável e a família monoparental.

O novo texto constitucional foi redigido de maneira mais inclusiva, se pautando nos princípios da dignidade da pessoa humana, prevalência dos direitos humanos e do tratamento igualitário à todos perante a lei, sem distinções de qualquer natureza (importa dizer no

⁵³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 6: direito de família*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p 387

⁵⁴ WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 4 ed. rev., ampl, e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.p 169

tratamento igualitário entre o marido e a mulher dentro do casamento e da não distinção dos filhos havidos ou não do casamento), conforme pode-se abstrair dos artigos 1º, inciso III, artigo 4º, inciso II e do *caput* do artigo 5º.

2.2.1 - A ausência do casamento para a formação da família

A Constituição Federal de 1988 deu um passo importante no reconhecimento do companheirismo, aproximando-o do casamento, além de o distanciar do concubinato impuro.

Na redação de seu artigo 226, que trata sobre a família, nossa atual Constituição não trata mais o casamento como fato gerador da família. Observa-se, entretanto, que o texto constitucional não retirou o papel de importância que a família tem em nossa sociedade.

Mais importante, foi o reconhecimento que o parágrafo terceiro do referido artigo deu para o companheirismo, reconhecendo-a como entidade familiar.

A partir de então, o concubinato puro recebeu uma nova denominação, passando a ser chamado de união estável, “ganhando novo *status* dentro do nosso ordenamento jurídico”.⁵⁵

Cabe a ressalva, entretanto, que tal equiparação não foi total, “tanto é assim que o dispositivo constitucional determina que a lei deverá facilitar a conversão das uniões estáveis em casamento”.⁵⁶

Com a instituição da união estável pela Constituição, faltavam leis para maior aprofundamento da matéria. Nesse contexto foram promulgadas as leis 8.971, de 1994, e 9.278, de 1996.

A lei 8.971/94 apresentou conceitos interessantes para a união estável, fixando, em seu artigo 1º um lapso temporal de cinco anos para a efetivação da união como estável, abrindo ainda a possibilidade de direito do companheiro ou companheira à alimentos enquanto não constituir nova união, desde que comprove a necessidade.

Mais importante ainda, foi o artigo 2º da lei 8.971/94, que incluiu o convivente sobrevivente como sucessor do convivente falecido, respeitadas certas peculiaridades, sendo que o convivente sobrevivente somente herdaria a totalidade de bens na inexistência de descendentes ou ascendentes.

⁵⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 6: direito de família*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.p 619

⁵⁶ WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro – volume IV: o novo direito de família*. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.p 213

A lei 9.278/96 pouco inovou a matéria da união estável, tendo como principal diferença em relação a lei anterior a ausência de um lapso temporal para a caracterização como entidade familiar, apresentando ainda requisitos como a convivência duradoura, pública e contínua, conforme dita seu artigo 1º.

A lei 9.278/94 estabeleceu certos deveres e direitos entre os conviventes, que muito se assemelham aos direitos e deveres do casamento, como o respeito e consideração mútuos, assistência moral e material recíproca e a guarda, sustento e educação dos filhos comuns.

Por fim, em seu artigo 5º, a lei 9.278 estabeleceu o regime de partilha entre os conviventes, que, novamente espelhando-se no instituto do casamento, assemelha-se ao do regime da comunhão parcial de bens.

Nova regulamentação sobre a união estável voltaria a ocorrer com a promulgação do Código Civil de 2002.

2.2.2 - Igualdade dos filhos

Outra diferenciação que a Constituição de 1988 tratou de combater foi a relacionada aos filhos, como já apresentada no item 2.1.2.

No parágrafo 6º, do artigo 227, a Constituição estabeleceu que os filhos havidos ou não do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibindo-se quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

O Estatuto da Criança e do Adolescente vai de encontro com a previsão constitucional, no que diz respeito ao filho adotado, atribuindo os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, que do filho natural, extinguindo-se os vínculos com pais e parentes de sua antiga, exceto os impedimentos patrimoniais.

Observa-se assim, o fim da discriminação entre filhos legítimos, ilegítimos e adotados, tendo todos as mesmas proteções perante a leis, e o mesmo tratamento dentro do seio familiar que o acolhe.

2.3 - A Família e o Código Civil de 2002

Na esteira do que foi definido pela Constituição de 1988 e nas leis 8.971/94 e 9.278, o Código Civil de 2002, em seus artigos 1.723 ao 1.727, amplia a regulamentação da união

estável, entretanto, como será observado, manteve certas omissões legais também presentes nas legislações citadas.

Destacamos que o Código Civil, em seu artigo 1.593 define mais de uma espécie de parentesco, bem como diferentes formas de sua criação, abrindo espaço para interpretações mais amplas sobre quem formaria a família de um indivíduo.

2.3.1 – Os sentidos da “família”

Buscar uma significação para a “família” é uma tarefa difícil, afinal, “não há identidade de conceitos tanto no direito como na sociologia”.⁵⁷

Podemos, porém, chegar a alguns conceitos que buscam delimitar e conceituar quem formaria uma família, tais conceitos seriam os sentidos que encontramos para a família hoje, qual seriam o sentido amplíssimo, sentido “*lato*” e sentido restrito, conforme apresentados por Maria Helena Diniz.⁵⁸

No “sentido amplíssimo”, teríamos, como o próprio nome já diz, o sentido mais amplo apresentado para a família, alcançando “todos os indivíduos que estiverem ligados pelo vínculo de consanguinidade ou de afinidade, chegando a incluir estranhos, como no caso do art. 1.412, §2º, do Código Civil”⁵⁹. Ao aceitar como família as pessoas vinculadas pela afinidade, podemos nos distanciar do casamento e do vínculo de filiação para acharmos uma família, assim, pessoas com um forte sentimento de identificação, respeito, admiração, que buscam o bem mútuo, poderiam formar uma família, sem maiores formalidades legais.

No “sentido lato”, teríamos que a família, “além dos cônjuges ou companheiros, e de seus filhos, abrange os parentes da linha reta ou colateral, bem como os afins”⁶⁰, em outras palavras, tal sentido alcança “as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção”⁶¹. Temos aqui, um conceito de família que se aplica as pessoas ligadas por vínculos de parentesco, conforme se verifica tanto no artigo 25, e seu parágrafo único, do Estatuto da Criança e do

⁵⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 6: direito de família*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.p 17

⁵⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 5: direito de família*. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p 23.

⁵⁹ *Ibidem*. p 24

⁶⁰ *Idem*

⁶¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *op. cit.* p 17

Adolescente, bem como os artigos 1.591 ao 1.595 do Código Civil de 2002. Temos que o importante aqui é o vínculo de parentesco existente entre seus membros.

Por fim, no “sentido restrito”, temos um conjunto mais fechado, alcançando “o conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio e da filiação, ou seja, unicamente os cônjuges e a prole”⁶², sem excluir a união estável, que a Constituição de 1988 elevou a categoria de entidade familiar.

Desse conceito temos que a família se restringe ao lar conjugal, ou, em decorrência do término do casamento pelo divórcio, ao lar de cada um dos pais e sua prole, ou mesmo a formada por apenas um dos pais e seus descendentes⁶³, abrindo-se assim espaço para a família monoparental (será objeto de estudo mais a frente), trazida pela Constituição de 1988, em seu artigo 226, parágrafo 4, e também pelo artigo 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

2.3.2 – A união estável

O Código Civil de 2002 possui, em alguns aspectos, um sentido de complementação à Constituição de 1988, como no caso da união estável, já prevista no art. 226, parágrafo 3º do texto constitucional, como também nas leis 8.971/94 e 9.278/96 (já abordadas no item 2.21).

Em seu artigo 1.723, o Código Civil apresenta o mesmo conceito de união estável já trazido pela lei 9.278, não inovando nesse sentido. Seu parágrafo 1º, entretanto faz uma observação útil, ao informar que a união estável não se constituirá mediante os impedimentos do artigo 1.521, exceto no caso de incidência do inciso VI (pessoa casada), desde que já se encontre separada de fato ou judicialmente.

Ainda nesse sentido, o Código Civil de 2002 manteve a existência do concubinato, em seu artigo 1.727, caracterizando-o como relações não eventuais entre homem e mulher impedidos de se casar, assim, a figura do concubinato sobrevive no direito atual, de maneira vedada.

Por fim, o Código Civil, em seu artigo 1.725, oficializou o regime de comunhão parcial, na falta de um contrato entre os conviventes, como o oficial para a união estável.

É possível observar que tanto a Constituição Federal como o Código Civil conceituam a união estável como a união entre o homem e a mulher, não regulando a união entre casais do mesmo sexo (os casais homoafetivos).

⁶² DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 5: direito de família*. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p 24.

⁶³ *Ibidem*. p 25

Entretanto, não se observa uma proibição clara para com as uniões desse tipo, o que levou a ser reconhecido no ordenamento nacional a união estável entre casais homoafetivos e, posteriormente, a possibilidade do casamento por estes casais, conforme será abordado mais a frente, no item 3.1.2.

CAPÍTULO 3 – A FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

3.1 – Ampliação do conceito

Fato incontroverso, que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, ampliou o conceito de família no direito brasileiro, excluindo o casamento como fato determinante para a formação familiar e, em seus parágrafos terceiro e quarto, admitindo duas novas entidades familiares: a união estável e a família formada por qualquer um dos pais e seus filhos, a família monoparental.

Porém, existe um modelo de família já enraizado na mente da sociedade, comumente tratado como “família tradicional”, modelo este formado por “um homem e uma mulher unidos pelo casamento e cercado de filhos”.⁶⁴

Dizemos que este modelo está enraizado na sociedade, pois, “embora não seja predominantemente em termos estatísticos, este tipo de agregado está no centro das representações mais comuns de família”.⁶⁵

Pode se encaixar a união estável neste modelo de “família tradicional”, por ser uma figura análoga ao casamento, já que o próprio texto constitucional nos diz que a lei deverá facilitar a sua conversão em casamento. Sendo ainda que os conviventes serão acompanhados por sua eventual prole.

Essa fantasia do modelo de família que deve ser seguido não alcança a família monoparental, que aos olhos da sociedade estará incompleta, sendo a figura ausente um dos pais. Assim, a família monoparental foge do senso comum, merecendo atenção própria por parte da sociedade.

Não é essa, porém, a única família não tradicional que merece atenção. Ao pontuar, em seu artigo quinto, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, a Constituição abre caminho para um grupo há muito deixado de lado na sociedade, as pessoas homossexuais, sendo que suas uniões merecem o mesmo tratamento dado aos casais heterossexuais.

⁶⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p 38.

⁶⁵ WALL, Karin, CUNHA, Vanessa, ATALAIA, Susana, *Família*. In CARDOSO, José Luís, MAGALHÃES, Pedro, PAIS, José Machado (orgs). *Portugal Social de A a Z: temas em aberto*. Ed. 2013. Lisboa: IMPRESA Publishing, 2013. Disponível em < <http://hdl.handle.net/10451/22801>> Acesso em 22/10/2019. p 70.

Ainda, sendo a família pautada nos lações de filiação e parentesco, não se “pode deixar de ver como família a universalidade de filhos que não contam com a presença dos pais”⁶⁶, ora, irmãos que buscam o apoio e suporte um do outro, após perderem os pais, podem e devem ser considerados como a família que o são.

O que se busca identificar, é que o fator gerador de uma família deixou de ser a celebração do casamento, a diferença de sexo do casal ou a relação sexual entre os integrantes, mas sim um fator mais interno, que guia a imensa maioria das relações humanas, o vínculo afetivo, que une as pessoas em um comprometimento mútuo.⁶⁷

3.1.1 - A família monoparental

A própria Constituição nos apresenta o conceito da família monoparental, em seu artigo 226, parágrafo quarto, como sendo a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Completando o conceito apresentado pela Constituição, a “família é definida como monoparental quando a pessoa considerada (homem ou mulher) encontra-se sem cônjuge, ou companheiro, e vive com uma ou várias crianças”⁶⁸, restando, assim, “a presença de somente um dos pais na titularidade do vínculo familiar”.⁶⁹

Tal situação pode ocorrer por diversos motivos, entre os quais o divórcio, a viuvez, resultante da morte de um dos parceiros, ou o simples fato do genitor ser um pai ou mãe solteiros ou um só pai adotante.⁷⁰

Passaremos a analisar tais hipóteses como “causas” originárias para a família monoparental.

A primeira grande causa da formação da família monoparental é divórcio, que causa a separação da família e, por consequência, a criação de dois núcleos distintos: a família materna e a família paterna.

⁶⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p 39

⁶⁷ *Ibidem*. p 40

⁶⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p 22

⁶⁹ DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.* p 193

⁷⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Op. cit.* p 29

Com a separação do casal há questões pertinentes aos filhos que devem ser resolvidas, muitas vezes por meio do judiciário, como o caso da guarda, regime de visitas e pensão alimentícia.⁷¹

A questão da guarda dos filhos é de suma importância na família monoparental, pois determinará de que maneira será exercido o poder familiar.

Como regra, disposta no Código Civil, em seu artigo 1.583, a guarda será compartilhada ou unilateral, sendo que a unilateral será atribuída a somente um dos genitores (respeitado o direito de visitas), enquanto na compartilhada haverá o exercício conjunto do poder familiar, conforme o parágrafo primeiro do referido artigo.

Assim, cada um dos genitores, acompanhado do filho construirá uma família monoparental, que terá que se adequar a uma nova realidade.

Na questão da guarda, podemos notar um fator interessante, uma vez que existe uma “velha tendência de os filhos pequenos serem confiados às mães, na regulação do exercício do poder paternal”.⁷²

Outra consequência direta do divórcio do casal é a possibilidade da criação de uma nova família por um dos genitores, constituída a partir de uma nova união e eventual prole (irmãos unilaterais), a qual o menor estará inserido.

Tal configuração pode ser chamada de “família reconstituída”⁷³. Entretanto, não nos parece ser essa a denominação mais adequada, uma vez que, mesmo formada por um casal e o filho de um deles, ainda se percebe a característica da família monoparental, uma vez que poder familiar permanece com os pais, e uma nova união de um deles não criará qualquer vínculo do filho com o novo cônjuge⁷⁴ (excetuando-se uma possível vinculação socioafetiva, que será tratada em item apartado). É o que se extrai da leitura do artigo 1.636 do Código Civil.

A família monoparental originada pela morte de um dos cônjuges ou companheiro em muito se assemelha com a constituída pelo divórcio, vez que ambas decorrem de uma causa de dissolução da união ou do casamento, havendo ainda a possibilidade nova união pelo cônjuge ou companheiro sobrevivente.

⁷¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p 25

⁷² PEDROSO, João, BRANCO Patrícia. *Mudam-se os tempos, muda-se a família. As mutações do acesso ao direito e à justiça de família e das crianças em Portugal*. Revista Crítica de Ciências Sociais. 82 v. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 2008. Disponível em: < <http://hdl.handle.net/10316/33798> > Acesso em 24 de out. 2019. p 58-59

⁷³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p 194

⁷⁴ *Idem*.

Por fim, temos como causa para a família monoparental a situação de pais e mães solteiros, decorrentes de diferentes situações, desde mães que são obrigadas a criar os filhos sozinhos, tendo o genitor abandonado ou não reconhecido o filho como seu, até solteiros que pretendem adotar um filho sozinho.

A primeira situação é mais preocupante, uma vez que “a monoparentalidade, em qualquer país onde se manifesta, vem sempre acompanhada de uma inevitável situação econômica desfavorável, senão pobreza”⁷⁵, isso se dá uma vez que “a mulher arca sozinha com as despesas da família”.⁷⁶

A Constituição Federal reconhece esse problema ao incluir, no texto de seu artigo 226, e seus parágrafos, que a família terá especial proteção do Estado.⁷⁷

Esse problema não é exclusivo do Brasil, sendo observado também em Portugal.⁷⁸

Outra face do surgimento da família monoparental se dá nos casos de adoção por solteiros, plenamente aceita pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, atentando-se os artigos 25 e 42.

O artigo 25 do referido estatuto é categórico ao reconhecer a existência da família monoparental, afirmando que como família natural se entende a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes. O artigo 42, por sua vez observa que podem adotar os maiores de dezoito anos, independentemente do estado civil. Não há, assim, vedação da adoção por pessoas solteiras, bem como por uma única pessoa.

Deve-se, deste modo, ao tratar de adoção por apenas uma pessoa atentar-se ao interessa da criança⁷⁹, já que, nas palavras de Maria Berenice Dias, para a criança “é preferível que tenha um pai e uma mãe do que ninguém para chamar de pai ou mãe”.⁸⁰

⁷⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p 288

⁷⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p 193

⁷⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Op. cit.* p 288

⁷⁸ ATALAIA, Susana, WALL, Karin, CUNHA, Vanessa, MARINHO, Sofia Pappámikai, RAMOS, Vasco. *Como evoluíram as famílias em Portugal*. INE, 2013, Disponível em <http://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_destaques&DESTAQUESdest_boui=206614582&DESTAQUESmodo=2&xlang=pt> Acesso em 22/10/2019. p 20

⁷⁹ DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.* p 195

⁸⁰ *Idem*

3.1.2 - A família homoafetiva

A família homoafetiva merece especial atenção, uma vez que a Constituição Federal prevê, de maneira expressa, como família somente as uniões (casamento e união estável), entre um homem e uma mulher, muito embora não haja diferenças entre a convivência homossexual e a heterossexual.⁸¹

Necessária, antes de se adentrar na matéria, algumas conceituações importantes, como o que é a homossexualidade e a diferença entre o transexual e o homossexual.

Como ensina Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, “a homossexualidade caracteriza-se pelo sentimento de amor romântico por uma pessoa do mesmo sexo”⁸²

Quanto a diferença quanto ao transexual e ao homossexual, temos que a pessoa transexual é aquela que sofre dissociação entre seu sexo físico e seu sexo psicológico⁸³, o homossexual não sofre este tipo de problema, havendo um consenso de ideias entre seu sexo psicológico e biológico, sendo simplesmente uma pessoa que sente afeto e atração por pessoas do seu mesmo sexo.⁸⁴

Feita a breve conceituação, deve se apresentar as duas correntes existentes quanto o reconhecimento da união homoafetiva.

A primeira corrente, mais conservadora, afirma que tais uniões devem ser tratadas como uma sociedade de fato, e não como família (como aceita juridicamente), assim a competência para resolver questões relativas à uniões homoafetivas seria das Varas Cíveis.⁸⁵

A segunda corrente, liberal, defende que as uniões homoafetivas sejam reconhecidas como entidade familiar⁸⁶. Corrente essa, que baseada nos direitos humanos, igualdade e à proteção da dignidade humana, como apontado por Sílvio de Salvo Venosa⁸⁷, é a que deve prosperar, como de fato já vem prosperando, após diversas evoluções no entendimento jurisprudencial brasileiro.

⁸¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p 45

⁸² VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. 1 ed. São Paulo: Editora Método, 2008. p 76

⁸³ *Ibidem*. p 78

⁸⁴ *Idem*.

⁸⁵ TARTUCE, Flávio, *União homoafetiva. Comentários ao julgamento da Apelação nº 643.179-4/0, do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 17 de junho de 2009*. In NETO, Caetano Lagrasta, TARTUCE, Flávio, SIMÃO, José Fernando (Orgs). *Direito de Família: novas tendências e julgamentos emblemáticos*. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p.212

⁸⁶ *Ibidem*. p.214

⁸⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 482

De início, há de se pontuar um certo “vazio legal” sobre o assunto no direito nacional, uma vez que “a legislação brasileira em nada proíbe, mas também não regula especificamente essa problemática social”.⁸⁸

Já observamos que o artigo 226 da Constituição, elencou a família (que terá especial proteção do estado) como a união formada pelo casamento, e a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar (que gozará da mesma proteção).

Referido artigo, entretanto, “não esgota as formas de convívio merecedoras de tutela”⁸⁹, de maneira que “o rol familiar constante do artigo 226 da Constituição Federal é exemplificativo (*numerus apertus*) e não taxativo (*numerus clausus*)”.⁹⁰

Explica-se, não foi apresentado, pelo artigo 226, quaisquer restrições ou exclusões às uniões que ali não fossem previstas, e ora, “se esse fosse o intuito da Constituição o constituinte teria elaborado um dispositivo que declarasse expressamente tal restrição”.⁹¹

Para defender tal interpretação, pode se socorrer na própria Constituição, que em seu artigo 5º, inciso II, determina que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei. Assim, não havendo proibição expressa, não há que se dizer que não são permitidas as uniões homoafetivas. Em outras palavras, “aquilo que não é expressamente proibido tem-se por permitido”.⁹²

Nesse ponto, destaca-se ainda, três aspectos que a carta magna nacional busca proteger, a dignidade da pessoa humana, a prevalência dos direitos humanos e o tratamento igualitário à todos perante as leis, sem distinções de qualquer natureza, conforme se extrai dos artigos 1º, inciso III, artigo 4º, inciso II e do *caput* do artigo 5º.

Percebe-se assim o teor inclusivo do texto constitucional.⁹³

Nesse sentido, apontamos dois importantes avanços do direito brasileiro em relação à união homoafetiva.

Primeiro o reconhecimento da possibilidade da união estável por casais do mesmo sexo, após o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Ação Direta de

⁸⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p 483

⁸⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p 183

⁹⁰ TARTUCE, Flávio, **União homoafetiva. Comentários ao julgamento da Apelação nº 643.179-4/0, do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 17 de junho de 2009.** In NETO, Caetano Lagrasta, TARTUCE, Flávio, SIMÃO, José Fernando (Orgs). *Direito de Família: novas tendências e julgamentos emblemáticos*. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p.223

⁹¹ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. 1 ed. São Paulo: Editora Método, 2008. p 212

⁹² *Ibidem*. p 182

⁹³ TARTUCE, Flávio. *Op. cit.* p.223

Inconstitucionalidade 42777 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, ambas ações pautadas nos preceitos constitucionais mencionados acima.

E por fim, o casamento dos casais homoafetivos, sendo reconhecido tal direito após a publicação da resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça, de 14 de maio de 2013, que dispõe, em seu artigo 1º, que é “vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo”.

Ora, sendo as uniões homoafetivas fundadas no mesmo sentimento de afeto, respeito mútuo e amor que as uniões heteroafetivas, não há qualquer razão para a mesma ser proibida e não ser protegida pelo direito de família.⁹⁴

Por fim, sendo as uniões homoafetivas reconhecidas, abre-se espaço sobre a possibilidade de adoção por casais homossexuais.

Assim como nas uniões homoafetivas, não há que se falar em proibição quanto a adoção por casais do mesmo sexo, uma vez que “inexiste obstáculo legal à adoção homossexual”.⁹⁵

Não há no artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente qualquer proibição quanto à adoção por casais, ou solteiros, homossexuais, verificando-se assim, a incidência do artigo 5º, inciso II, no que diz respeito de as proibições serem expressamente previstas em lei.

E, assim, como no caso de adoção de pessoas solteiras (já analisada no item 3.1.1 – a família monoparental), deve-se atentar ao melhor interesse da criança, instituto que busca, na realidade, em primeiro lugar “o conforto, o carinho e a afetividade em prol do menor e apenas secundariamente o interesse dos adotantes”⁹⁶, não havendo nada nesse sentido que desabone a adoção por casais homossexuais.

3.1.3 - A Família anaparental

Verificamos que a família é formada pelo casamento (não importando o sexo dos cônjuges), e pela união estável, e sua eventual prole e por qualquer dos pais e seus descendentes.

⁹⁴ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. 1 ed. São Paulo: Editora Método, 2008. p 224

⁹⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p 438

⁹⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 486

Percebe-se a existência de uma figura comum em todos esses gêneros familiares, a figura dos pais (ou pai/mãe no caso da família monoparental), mas como proceder quando se retira tal fator da equação?

Os irmãos que perderam seus pais deixarão de serem vistos como uma família?

A resposta é simples: não. Inexistindo as figuras paternas, não sendo o convívio de interesse sexual (como o seria entre cônjuges, mas não entre pessoas ligadas pelo parentesco), o vínculo familiar que surgirá será o da família anaparental.⁹⁷

O parentesco pode ser definido como um fator que “vincula as pessoas entre si, quando descendem umas das outras, por vínculo de sangue ou por adoção”.⁹⁸

Aprofundando mais, temos que “o parentesco existe na linha reta, entre ascendentes e descendentes, e na linha transversal ou colateral, em que os parentes não descendem uns dos outros, mas cujos vínculos decorrem de um tronco comum, limitando-se na linha colateral ao parentesco até o 4º grau”.⁹⁹

Existindo tal vínculo, por obvio entre irmãos, alcançando os netos e avós, tios e sobrinhos e, por fim, primos, existirá um sentimento de afeto entre todos, um dos pressupostos para a existência de uma união.

Existindo uma comunhão de esforços por um objetivo comum, será possível perceber a grande similaridade com as entidades familiares protegidas pela lei, não sendo, portanto, cabível excluí-las da mesma proteção.¹⁰⁰

3.1.4 – A família socioafetiva

Não menos importante, verifica-se a existência da família socioafetiva, baseada, como o próprio nome já diz, nos vínculos de afeto existentes entre seus membros. Enquanto muitos pais biológicos não se fazem presentes na vida de seus filhos, há pessoas que demonstram o amor e o afeto necessários para o desenvolvimento humano.

⁹⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p 194

⁹⁸ MADALENO, Rolf. *Repensando o direito de família*. Ed. 2007. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p 135

⁹⁹ *Ibidem*. p 135-136

¹⁰⁰ DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.* p 47

Christino Cassettari é preciso ao conceituar a família socioafetiva “como o vínculo de parentesco civil entre pessoas que não possuem entre si um vínculo biológico, mas que vivem como se parentes fossem, em decorrência do forte vínculo afetivo existente entre elas”.¹⁰¹

Nesse sentido, poderemos verificar que “a família pode extravasar o ‘parentesco’, ao incluir uma diversidade de lações de afinidade baseados na amizade, nos afetos ou na vizinhança”.¹⁰²

Se por um lado a vinculação biológica é chamada de “verdade biológica”, a realidade de quem demonstra o afeto necessário, cuidando da pessoa e estando ao seu lado é chamada de “posse de estado de filho”.¹⁰³

Tal estado e demonstração de afeto pode ser verificada de diversas maneiras ao longo da vida humana, mas já no registro de nascimento de uma criança é possível verificar tal vontade.

O Código Civil, em seu artigo 1.603, determina que se prova a filiação no termo de nascimento registrada em registro Civil.

Percebe-se a existência explícita do princípio da paternidade/maternidade socioafetiva, uma vez que se confere o status de filho pelo registro de nascimento, não pela filiação biológica.¹⁰⁴

Aquele que desejar ser tratado como pai ou mãe será aquele também que constará no assentamento civil. Rolf Madaleno ensina que “a filiação socioafetiva é a real paternidade do afeto e da solidariedade: são gestos de amor que registram a colidência de interesse entre o filho registral e seu pai de afeto”.¹⁰⁵

Podemos fazer uma analogia da “posse de estado de filho” com a união estável. Explica-se, enquanto na união estável os companheiros vivem como se casados fossem, de maneira pública, duradoura e contínua, na “posse de estado de filho”, o pai socioafetivo e o filho vivem como se assim o fosse, de maneira pública, duradoura e contínua, exteriorizando sua real intenção e vontade.

¹⁰¹ CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597010602/cfi/6/10!/4/24@0:0.456>> Acesso em 17 de out. 2019. p 12.

¹⁰² WALL, Karin, CUNHA, Vanessa, ATALAIA, Susana, Família. In CARDOSO, José Luís, MAGALHÃES, Pedro, PAIS, José Machado (orgs). *Portugal Social de A a Z: temas em aberto*. Ed. 2013. Lisboa: IMPRESA Publishing, 2013. Disponível em < <http://hdl.handle.net/10451/22801>> Acesso em 22/10/2019. p 70-71.

¹⁰³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p 326.

¹⁰⁴ MADALENO, Rolf. *Repensando o direito de família*. Ed. 2007. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p 161.

¹⁰⁵ *Idem*.

O Código Civil, em seu artigo 1.593, traz outro indício da existência e possibilidade da existência da família socioafetiva, ao apresentar as espécies de parentesco, definindo-as como natural ou civil, esclarecendo ainda que podem resultar da consanguinidade ou de outra origem”¹⁰⁶.

Através da leitura do referido artigo, percebe-se que “o parentesco biológico não é a única forma admitida em nosso ordenamento”¹⁰⁷

Qual seria essa outra origem que não o afeto e sua demonstração no dia a dia. Já foi demonstrado que um dos princípios basilares da família é a existência do afeto, do amor mútuo entre seus membros. Assim, porque não ser o afeto o responsável pela criação de um laço familiar entre aqueles que não possuem qualquer outro vínculo, senão a existência desse amor presente em suas ações que buscam o bem comum daquele por quem se nutre tamanho carinho e admiração.

¹⁰⁶ CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597010602/cfi/6/10!/4/24@0:0.456>> Acesso em 17 de out. 2019. p 12.

¹⁰⁷ *Idem*

CONCLUSÕES

Como visto, a família, ao longo dos séculos passou por diversas transformações.

Inicialmente, servindo para organizar os grupos sociais de sociedades primitivas, que evoluíram e atribuíram novas significações à família, bem como formalizaram a maneira de sua criação.

Criada inicialmente pelo casamento, a família encontra grande significação no direito romano, possuindo um caráter fortemente patrimonial e patriarcal, centrando sua fonte de organização e controle no *pater*, que de uma maneira geral, era proprietário dos membros da família e, sendo assim, era o chefe da família.

Esse poder patriarcal romano evoluiu ao longo de séculos, até encontrar sua melhor figura no poder familiar, exercido pelos pais até seus filhos se tornarem maiores de idade e independentes.

Houve também a importante mudança na maneira como o poder familiar é exercido, deixando de ter um caráter patriarcal, sendo um poder absoluto do pai e chefe da família, para ser um poder exercido por ambos os pais, de maneira equilibrada. Um importante avanço trazido pela Constituição Federal de 1988.

Percebemos que a família não possui um caráter econômico tão presente, como o era na sociedade romana, mas sim que é baseada, em primeiro lugar, por vínculos de afeto, amor e respeito mútuo entre seus integrantes. Não estando presentes esses princípios basilares, não há que se falar na manutenção da existência de um casamento por exemplo.

Nesse sentido, o casamento antes indissolúvel, passa a ser contestado. Ex-cônjuges que não possuíam mais uma vida matrimonial, tinham, de certa forma, suas liberdades restringidas, uma vez que, separados de fato, não poderiam seguir com suas vidas, dada a impossibilidade de dissolverem seu vínculo matrimonial anterior e estando impedidos de formalizarem novas uniões, o que criou certas situações discriminatórias, como a figura do concubinato e da diferenciação dos filhos havidos no casamento e dos havidos de uniões definidas como impuras.

Motivo pelo qual o direito evoluiu para atender um anseio social, que fosse a possibilidade da dissolução do casamento, decorrendo daí a criação do divórcio, e permitindo que as pessoas pudessem convolar novas núpcias, deixando de lado a ideia do concubinato, além de, graças a Constituição de 1988, serem vedadas quaisquer designações discriminatórias

em relação aos filhos e à origem de sua filiação, protegendo, assim, os filhos adotados e os havidos fora do casamento.

Outras evoluções marcantes, decorrentes da Constituição de 1988, ocorreram, como o reconhecimento de novas entidades familiares, primeiro na figura da união estável e da família monoparental e, em seguida, pelo reconhecimento de uniões homoafetivas e famílias socioafetivas, demonstrando que o direito de fato busca se enquadrar nos anseios e mudanças da sociedade (nem sempre na celeridade que se deseja).

A família no direito brasileiro hoje busca efetivamente a proteção de seus integrantes e dá suma importância ao afeto que deve existir entre eles, reconhecendo ser esse um fator determinante para as relações interpessoais familiares.

Por fim, tendo a sociedade evoluído para buscar novas formas de familiares, de encontrar novas maneiras de alcançar a felicidade e realização conjunta, o direito e seus operadores devem se manter atentos para novas formas, e inclui-las em sua proteção o mais rápido possível, para que não ocorra mais discriminações como já ocorreram no passado com os conviventes em união estável e os casais homoafetivos. Afinal, nas palavras de Flávio Tartuce, “as leis e os juristas devem acompanhar a evolução da sociedade e não vice-versa, sob pena de criação de uma ditadura dos juristas, algo condenável como qualquer ditadura”.¹⁰⁸

¹⁰⁸ TARTUCE, Flávio, **União homoafetiva. Comentários ao julgamento da Apelação nº 643.179-4/0, do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 17 de junho de 2009**. In NETO, Caetano Lagrasta, TARTUCE, Flávio, SIMÃO, José Fernando (Orgs). *Direito de Família: novas tendências e julgamentos emblemáticos*. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p.223

Bibliografia

ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes, **Direito e instituições sociais**. In FERREIRA, Lier Pires; GUANABARA, Ricardo; JORGE, Vladimyr Lombardo (Orgs). *Curso de Sociologia Jurídica*. Ed. 2011. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

ATALAIA, Susana., WALL, Karin, CUNHA, Vanessa., MARINHO, Sofia Pappámikai, RAMOS, Vasco, GUERREIRO, M. D., CAETANO, A., VASCONCELOS, P., NUNES, C. *Como evoluíram as famílias em Portugal*. INE, 2013, Disponível em <http://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_destaquas&DESTAQUESdest_boui=206614582&DESTAQUESmodo=2&xlang=pt> Acesso em 22 de out. 2019.

CAHALI, Yussef Said. *Separações Conjugais e Divórcio*. 12 ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597010602/cfi/6/10!/4/24@0:0.456>> Acesso em 17 de out. 2019.

CASTRO, Ana Maria de, DIAS, Edmundo Fernandes (Orgs). *Introdução ao pensamento sociológico: Émile Durkheim, Max Weber, Karl Marx e Talcott Persons*. 18 ed. São Paulo: Centauro, 2005.

COMEL, Denise Damo. *Do Poder Familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 5: direito de família*. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ESPINOLA, Eduardo. *A Família no Direito Civil Brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Conquista, 1957.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 6: direito de família*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LUIZ, Antônio Filardi. *Curso de Direito Romano*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MADALENO, Rolf. *Repensando o direito de família*. Ed. 2007. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

Michaelis Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. Disponível em <<http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/fam%C3%ADlia/>> Acesso em 15 de out. 2019.

NETO, Caetano Lagrasta, TARTUCE, Flávio, SIMÃO, José Fernando (Orgs). *Direito de Família: novas tendências e julgamentos emblemáticos*. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NETO, José Antonio de Paula Santos. *Do Pátrio Poder*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

NICOLAU, Gustavo Rene. *União estável e casamento: diferenças práticas*. ed. 2011. São Paulo: Atlas, 2011.

PEDROTTI, Irineu Antonio. *Concubinato união estável*. 5 ed. atual. e ampl. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2001.

PEDROSO, João, BRANCO Patrícia. **Mudam-se os tempos, muda-se a família. As mutações do acesso ao direito e à justiça de família e das crianças em Portugal**. Revista Crítica de Ciências Sociais. 82 v. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 2008. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10316/33798>> Acesso em 24 de out. 2019.

SACCO, Rodolfo; tradução Carlo Alberto Dastoli. *Antropologia Jurídica contribuição para uma macro-história do direito*. 1 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. 1 ed. São Paulo: Editora Método, 2008

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 4 ed. rev., ampl. e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro – volume IV: o novo direito de família*. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

WALL, Karin, CUNHA, Vanessa, ATALAIA, Susana, **Família**. In CARDOSO, José Luís, MAGALHÃES, Pedro, PAIS, José Machado (orgs). *Portugal Social de A a Z: temas em aberto*. Ed. 2013. Lisboa: IMPRESA Publishing, 2013. Disponível em <<http://hdl.handle.net/10451/22801>> Acesso em 22 de out. 2019.