

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS - CEJURPS
CURSO DE DIREITO**

FAMÍLIA SOCIOAFETIVA

PAMELLA MARA ROSA

Itajaí (SC), junho de 2008.

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS - CEJURPS
CURSO DE DIREITO**

FAMÍLIA SOCIOAFETIVA

PAMELLA MARA ROSA

Monografia submetida à Universidade
do Vale do Itajaí – UNIVALI, como
requisito parcial à obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Professora Mestre Queila Jaqueline Nunes Martins

Itajaí (SC), junho de 2008.

AGRADECIMENTO

Há pessoas que são de extrema importância em minha vida, que me deram forças e me apoiaram em todos os momentos. Há algumas pessoas que não se encontram mais ao nosso redor, mas que eu levo sempre em meu coração. Talvez aqui, eu comprove mais uma vez o próprio tema de meu trabalho científico, pois há um laço de afeto tão maior entre nós, que qualquer outro parece irrelevante. A estas pessoas eu devo minha existência e minha eterna gratidão pela dedicação e apoio prestados, pela compreensão dos meus limites e pelo que sou hoje. “In memoriam” a minha vó Cecília Ramos Rosa e à minha tia Maria Terezinha Rosa, pessoas que ficaram para sempre em meu coração, e ao meu tio Carlos Eliel Torres e ao meu pai Alberto Rosa Filho, que eu amo incondicionalmente.

Há, contudo, pessoas que não são ligadas a mim pelo sangue, mas que com certeza tenho como irmãos: cada qual com uma personalidade diferente, mas que no fundo unem uma só característica, afinidade, Adriana Piccoli Forneroli, Aline Vasty Machado e Priscila Duarte. Amigo é irmão do coração.

À minha professora Queila Jaqueline Nunes Martins, que me apoiou no tema para essa monografia e que soube com praticidade me mostrar o caminho.

Agradeço a uma força maior, que me guia, a quem me sinto no dever de agradecer quando algo prazeroso acontece, e a quem suplico ajuda quando não mais tenho vontade de persistir, DEUS.

DEDICATÓRIA

Este trabalho dedico exclusivamente ao meu pai
Alberto Rosa Filho e ao meu tio Carlos Eliel
Torres pelo apoio incondicional.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí (SC), junho de 2008.

Pamella Mara Rosa
Graduando

PÁGINA DE APROVAÇÃO

A presente monografia de conclusão do Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, elaborada pela graduanda Pamella sob o título Família Socioafeticva, foi submetida em 12/06/2008 à banca examinadora composta pelos seguintes professores: Queila Jaqueline Nunes Martins e Maria Inês Ardigó, e aprovada com a nota 10 (dez).

Itajaí (SC), junho de 2008.

Queila Jaqueline Nunes Martins
Orientadora e Presidente da Banca

Coordenação da Monografia

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ART	Artigo
CC	Código Civil de 2002 – Lei nº 10.406, de 10.01.2002.
CC/1916	Código Civil de 1916 – Lei nº 3.071, de 01.01.1916
CPC	Código de Processo Civil - Lei n. 5.869, de 11.01.1973.
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei n. 8.069, de 13.07.1990.

ROL DE CATEGORIAS

Afeto

É o elemento constitutivo dos vínculos familiares. A busca da felicidade, a supremacia do amor, a solidariedade social ensejam o reconhecimento do afeto como o modo mais plausível para a definição de família¹.

Direito de Família

Ramo do Direito Civil atinente às relações entre pessoas unidas pelo matrimônio, pela união estável ou pelo parentesco e aos ramos complementares do direito protetivo e assistencial, pois tanto a curatela como a tutela embora não se originem das relações familiares, por sua finalidade, possuem conexão com o Direito de Família².

Poder Familiar

Nos primórdios do direito, o poder familiar nada mais significava que o conjunto de prerrogativas conferidas ao pai sobre o filho. No direito Romano, ocupava aquele a posição de chefe absoluto sobre a pessoa de seus filhos, com tantos poderes a ponto de ser-lhe permitido a eliminação da vida do filho. Dizia que o pater tinha o direito sobre a vida e a morte do filho³.

¹ CALHEIRA, Luana Silva. **Os princípios do direito de família na Constituição Federal de 1988 e a importância aplicada do afeto: O afeto é juridicizado através dos princípios?.** *Boletim Jurídico*, Uberaba/MG, a. 5, nº 229.

² DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro**, p. 7.

³ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**, p.600.

SUMÁRIO

RESUMO	X
INTRODUÇÃO	1

CAPÍTULO 1

DIREITO DE FAMÍLIA

1.1 ORIGEM DO DIREITO DE FAMÍLIA	3
1.2 CONCEITO DO DIREITO DE FAMÍLIA	4
1.3 CONTEÚDO DO DIREITO DE FAMÍLIA	7
1.4 NATUREZA DO DIREITO DE FAMÍLIA	9
1.5 EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA.....	13
1.6 A FAMÍLIA ROMANA EM ESPECIAL.....	14
1.7 DIREITO DE FAMÍLIA MODERNO	18
1.8 DIREITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO.....	19

CAPÍTULO 2

UM NOVO DIREITO DE FAMÍLIA

2.1 DO DIREITO CANÔNICO AO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 1916.....	21
2.2 AS TRANSFORMAÇÕES LEGISLATIVAS NA FAMÍLIA.....	28
2.3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....	29
2.4 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICADOS À FAMÍLIA	31
2.4.1 O PRINCÍPIO DA <i>RATIO</i> DO MATRIMÔNIO E DA UNIÃO ESTÁVEL.....	35
2.4.2 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS CÔNJUGES E COMPANHEIROS.....	35
2.4.3 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS FILHOS	37
2.4.4 O PRINCÍPIO DA LIBERDADE NA FAMÍLIA.....	39

CAPÍTULO 3

FAMÍLIA SOCIOAFETIVA

3.1 OS TERMOS "SÓCIO-AFETIVA" E "SOCIOAFETIVA".....	42
---	----

3.2 CONCEITO DE FAMÍLIA QUANDO ANALISADA DIDATICAMENTE	41
3.2.1 SENTIDO AMPLÍSSIMO DE FAMÍLIA	43
3.2.2 SENTIDO LATO DE FAMÍLIA.....	44
3.2.3 SENTIDO RESTRITO DE FAMÍLIA	44
3.2.4 CRITÉRIOS DA FAMÍLIA	45
3.2.5 CARACTERES DA FAMÍLIA.....	46
3.3 A FAMÍLIA ANALISADA SOB O ENFOQUE DO AFETO	47
3.3.1 AFETIVIDADE.....	47
3.3.2 A FAMÍLIA SOCIOAFETIVA	49
3.3.3 O AFETO COMO FATOR DE DISSOLUÇÃO DOS CASAIS.....	55
3.3.4 O AFETO NA RELAÇÃO PATERNO-FILIAL	57
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	599
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS	611

RESUMO

A presente Monografia tem como objeto a família socioafetiva. O seu objetivo é demonstrar como nos dias de hoje o afeto é importante na formação das famílias. No primeiro capítulo se faz necessário uma abordagem concisa do próprio Direito de Família. No segundo capítulo aborda-se o progresso que a legislação vem sofrendo, como um reflexo das transformações que o instituto familiar percorreu ao longo dessas décadas, bem como os novos princípios atinentes ao Direito de Família atual. O objetivo do terceiro capítulo é demonstrar a importância do sentimento afetivo na convivência dos membros familiares. Para isso, fez-se necessário, de início numa configuração didática, para depois analisá-lo através de uma visão sócio-afetiva, proposta central deste trabalho científico. O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre o tema.

INTRODUÇÃO

A presente Monografia tem como objeto a família socioafetiva.

O seu objetivo é demonstrar como nos dias de hoje o afeto é importante na formação das famílias.

Para tanto, principia-se, no capítulo 1, com o Direito de Família, trazendo a origem do Direito de Família, o conceito do Direito de Família, o conteúdo do Direito de Família, a natureza do Direito de Família, a evolução do Direito de Família, a família romana em especial, o Direito de Família moderno e o Direito de Família contemporâneo.

No capítulo 2, estuda-se o novo Direito de Família, traçando uma evolução do Direito Canônico ao Código Civil Brasileiro de 1916, analisando as transformações legislativas na família, a constitucionalização dos direitos humanos, os princípios constitucionais aplicados à família, o princípio da *ratio* do matrimônio e da união estável, o princípio da igualdade entre os cônjuges e companheiros, o princípio da igualdade entre os filhos e o princípio da liberdade na família.

No capítulo 3, trata-se da família sócio-afetiva, trazendo o conceito de família quando analisada didaticamente, o sentido amplíssimo de família, o sentido lato de família, o sentido restrito de família, os critérios da família, caracteres da família, a família analisada sob o enfoque do afeto, a afetividade, a família sócio-afetiva, o afeto como fator de dissolução dos casais e o afeto na relação paterno-filial.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre o tema.

Para a presente monografia foram levantadas as seguintes hipóteses:

1. Deve o afeto ser considerado pelos legisladores, doutrinadores e julgadores, como um referencial na relação entre os membros familiares.

2. Deve-se considerar a questão afetiva como fator determinante para uma visão mais completa da composição do grupo familiar.

3. Face às duas primeiras hipóteses, cabe ao Direito ter sensibilidade para acompanhar e atender aos anseios vividos por essa sociedade.

4. Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação foi utilizado o Método Indutivo, na Fase de Tratamento de Dados o Método Indutivo e o Relatório dos Resultados expresso na presente Monografia é composto na base lógica Indutiva.

5. Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas, do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica.

CAPÍTULO 1

DIREITO DE FAMÍLIA

Para iniciar o presente trabalho científico, se faz necessário uma abordagem concisa do próprio Direito de Família.

1.1 ORIGEM DO DIREITO DE FAMÍLIA

A família, o berço da sociedade, foi um instituto que antecedeu a qualquer norma jurídica, até mesmo ao próprio Direito, que por sua vez, objetivou regradar as inúmeras relações entre os indivíduos, relações estas que são decorrentes de determinado momento histórico, cultural, moral e econômico da sociedade.

Luiz Edson Fachin, em sua obra *Elementos Críticos do Direito de Família*, assim dispõe:

A família como fato cultural, está antes do Direito e nas entrelinhas do sistema jurídico. Mais que fotos nas paredes, quadros de sentido, possibilidades de convivência. Na cultura, na história, prévia a códigos e posteriores a emoldurações. No universo jurídico, trata-se mais de um modelo de família e de seus direitos. Vê-la tão só na percepção jurídica do Direito de Família é olhar menos que a ponta de um “iceberg”. Antecede, sucede e transcende o jurídico, a família como fato e fenômeno⁴.

A origem do direito de família tem suma importância para o entendimento desta matéria. Contudo, raros são os autores que em suas obras trazem exposições acerca da matéria. Entretanto, traz-se o comentário de Kenji Ishida:

Em seu contexto histórico, a família, sofreu grandes modificações, em Roma era liderado pelo *pater família*, que era o detentor do poder da vida (*jus vitae necisque*) sobre os *alieni juris*, tendo ainda o poder da administração do poder familiar. Já com

⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*, p. 14.

influência do Cristianismo na Idade Média, a idéia de família no casamento religioso passou a englobar o marido, a mulher e os filhos e com a promulgação do novo texto constitucional de 1988, a família passou a ser a base da sociedade, segundo artigo 226, caput, da CF: a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado⁵.

Isso posto, tem-se que a família, ao longo do tempo, passou por diversas mudanças sociais que refletiram também no ordenamento jurídico, deixando assim de considerar a família apenas aquela constituída pelo pai, mãe e filhos, para aqueles novos modelos de família, já não tão tradicionais.

1.2 CONCEITO DO DIREITO DE FAMÍLIA

O Direito de Família é ramo do Direito Civil atinente às relações entre pessoas unidas pelo matrimônio, pela união estável ou pelo parentesco e aos ramos complementares do direito protetivo e assistencial, pois tanto a curatela como a tutela, embora não se originem das relações familiares, por sua finalidade, possuem conexão com o Direito de Família⁶.

Diversos são os autores que conceituam o Direito de Família. Dentre tais, José Sebastião de Oliveira traz a seguinte definição:

A família, como instituição social, é uma entidade do Estado, anterior à própria religião e também anterior ao direito que hoje a regulamenta, que resistiu todas as transformações que sofreu a humanidade, quer de ordem consuetudinária, econômica, social, científica ou cultural, através da história da civilização, sobrevivendo praticamente incólume desde os idos tempos, quando passou a existir na sua estrutura mais simples, certamente de forma involuntária e natural, seguindo, paulatinamente, na sua primordial função natural, que é conservação e perpetuação da espécie humana⁷.

⁵ ISHIDA, Valter Kenji. **Direito de família e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial**, p.01.

⁶ DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro**, p. 7.

⁷ OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**, p. 22.

Assim, para o autor, a família é uma instituição social e entidade anterior a qualquer coisa, até mesmo a religião.

O Direito de Família é totalmente ligado à própria vida, vez que as pessoas provêm de um organismo familiar e se conservam vinculadas durante sua existência⁸.

Nesse mesmo sentido, Carlos Roberto Gonçalves dispõe:

Já se disse, com razão, que a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social. Em qualquer aspecto em que é considerada, aparece a família como uma instituição necessária e sagrada, que vai merecer a mais ampla proteção do Estado. A Constituição Federal e o Código Civil a ela se reportam e estabelecem a sua estrutura, sem no entanto defini-la, uma vez que não há identidade de conceitos tanto no direito quanto na sociologia⁹.

Nota-se que para este autor, a família está totalmente ligada por vínculos de sangue e também pela afinidade e pela adoção.

Para Gomes, o Direito de Família é o conjunto de regras aplicáveis às relações entre pessoas ligadas pelo casamento, pelo parentesco, pela afinidade e pela adoção¹⁰.

A tutela e a curatela, por seu passado histórico e sua configuração, tornam-se institutos complementares. Na verdade, não há propriamente Direito de Família, mas direitos da família, uma vez que esta não possui subjetividade jurídica, nem exerce atividade como grupo unitário¹¹.

Estes direitos somente se positivam nas relações familiares, que correspondem aos membros da família. Alguns são recíprocos, como os dos cônjuges, outros são ao mesmo tempo poder e dever como ocorre no pátrio-poder, alguns tem caráter patrimonial, ainda encontram-se aqueles chamados

⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Direito de família, p. 01.

⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Direito de família, p. 01.

¹⁰ GOMES, Orlando. **Direito de família**, p. 3-4.

¹¹ GOMES, Orlando. **Direito de família**, p. 3-4.

direitos reais como o de usufruto do pai sobre os bens do filho menor, direitos de crédito, como o legitimado a reclamar alimentos, direitos obrigacionais, pois consistem em exigir de uma pessoa determinadas condutas, etc¹².

Sílvio de Salvo Venosa assim conceitua a família:

Desse modo, importa considerar a família em *conceito amplo*, como parentesco, ou seja, o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar. Nesse sentido, compreende os ascendentes, descendentes e colaterais de uma linhagem, incluindo-se os ascendentes, descendentes e colaterais do cônjuge, que se denominam parentes por afinidade ou afins. Nessa compreensão, inclui-se o cônjuge, que não é considerado parente. Em *conceito restrito*, família compreende somente o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o pátrio poder ou poder familiar¹³.

Tais direitos ligam-se por suas afinidades e caracteres exteriores, em condições de se coordenarem num sistema em que se agrupem logicamente, sem o inconveniente da adjunção de direitos profundamente diversos¹⁴.

Na visão de Rodrigues, o Direito de Família tem por objeto a exposição dos princípios de direito que regem as relações de família, do ponto de vista da influência dessas relações sobre as pessoas e os bens¹⁵.

As regras familiares afetam o indivíduo dentro daquele núcleo social, relativamente pequeno, em que ele nasce, cresce e se desenvolve, disciplinando suas relações de ordem pessoal e patrimonial. Tais medidas de interesse do indivíduo são, indiretamente, de interesse da sociedade, pois preservam a harmonia social e cooperam para a estabilidade da família¹⁶.

¹² GOMES, Orlando. **Direito de família**, p. 3-4.

¹³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: volume 6 - direito de família, p. 2.

¹⁴ GOMES, Orlando. **Direito de família**, p. 3-4.

¹⁵ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**, p. 3.

¹⁶ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**, p. 3.

No que tange à legitimidade, a família seria o grupo composto pelo marido, pela mulher e pelos filhos, estes fundados no casamento. A lei não pode desconhecer a existência da estrutura da família legítima ao lado da família natural. Assim dizer que não constituir juridicamente família é ignorar que a própria lei a atribuiu efeitos jurídicos como agregado social¹⁷.

Por fim, este entendimento traz que no Direito Contemporâneo a família apenas compreendia os pais e os filhos, afastando os demais parentes. O que não se podia admitir tendo em vista que afastava os deveres e direitos de outros parentes em relação à família.

1.3 CONTEÚDO DO DIREITO DE FAMÍLIA

O Direito de Família, em qualquer uma de suas divisões (direito matrimonial, convivencial, parental ou tutelar), não possui conteúdo econômico, a não ser indiretamente, no que se reporta ao regime de bens dos cônjuges e conviventes, à obrigação alimentar entre parentes, ao usufruto dos pais sobre os bens dos filhos menores, à administração dos bens dos incapazes e que aparentemente assumem a fisionomia de direito real ou obrigacional. Menciona Diniz:

Deveras, ensina-nos Manuel Cabral Machado, com muita propriedade: “a relação econômica, típica dos direitos patrimoniais, manifesta oposição de interesses, e a lei protege e acentua a bilateralidade para, no conflito, realizar a justiça comutativa e que quando a relação econômica se revela no seio da comunidade doméstica, o direito de família promove a anulação dos interesses individuais, pois, como doutrina Ruggiero, o ordenamento jurídico opera, nestes casos, fora da esfera corrente do teu e do meu, porque persegue finalidades transcendentais do fim individual e protege interesses superiores, como são os da família como organismo e não os particulares do indivíduo”¹⁸.

O casamento ainda é o centro de onde irradiam as normas básicas do Direito de Família, que constituem o **direito matrimonial** (arts. 1.511 a

¹⁷ GOMES, Orlando. **Direito de família**, p. 35.

¹⁸ DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro**, p. 4.

1.516, CC), abrangendo normas relativas à validade do casamento (como as que disciplinam a capacidade matrimonial (arts. 1.517 a 1.520, CC), os impedimentos matrimoniais (arts. 1.521 e 1.522, CC), as causas suspensivas (arts. 1.523 a 1.524, CC), o processo de habilitação matrimonial (arts. 1.525 a 1.532, CC), a celebração do casamento e sua prova (arts. 1.533 a 1.547, CC), nulidade e anulabilidade do casamento (arts. 1.548 a 1.564, CC), as relações pessoais entre os cônjuges, com a imposição de direitos e deveres recíprocos (arts. 1.565 a 1.570, CC), bem como as suas relações econômicas, que formam um autêntico instituto, ou seja, o regime de bens entre os cônjuges (arts. 1.639 a 1.688, CC), e a dissolução da sociedade conjugal e proteção da pessoa e dos bens dos filhos (Lei nº 6.515/77, arts. 1.571 a 1.590, 1.689 a 1.693, 1.711 a 1.722, do CC, e art. 226, § 6º, da CRFB/88)¹⁹.

Existem as relações fora do matrimônio que podem ser pessoais, patrimoniais e assistenciais, o **direito convivencial**, que foram ignoradas pelo CC/1916, que apenas as regulava de forma indireta (arts. 248, IV, 1.177 e 1.719, III), com o intuito de fortalecer a família legítima. O legislador de 1916 fez referência ao concubinato uma única vez (art. 363, I), onde permitia ao investigante da paternidade a vitória na demanda se provasse que ao tempo de sua concepção sua mãe estava concubina com o suposto pai. Contudo, a legislação e a jurisprudência se modificaram no sentido de proteger a família não fundada no matrimônio, conferindo efeitos ao concubinato ou ao companheirismo. O CC, seguindo este pensamento, distinguiu o concubinato da união estável, conforme mencionam os arts. 550, 1.618, parágrafo único, 1.622, 1.642, V, 1.694, 1.708, 1.711, 1.723 a 1.727, 1.790, 1.801, III e 1.844²⁰.

As relações de parentesco (arts. 1.591 a 1.595, CC) são regidas pelo **direito parental**, que possui normas sobre filiação (arts. 1.596 a 1.617, CC, e art. 227, § 4º, da CRFB/88), adoção (arts. 1.618 a 1.629, CC, arts. 39 a 52, 165, da Lei nº 8.069/90, e arts. 227, § 5º, da CRFB/88), poder familiar (arts. 1.630 a 1.638, CC, e arts. 155 a 163 da Lei nº 8.069/90) e alimentos (arts. 1.694 a 1.710 e Lei nº 5.478/68), regendo, portanto, as relações pessoais entre

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro**, p. 7.

²⁰ DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro**, p. 6.

parentes e suas normas econômicas, como dever de sustento dos pais, poder familiar quanto à pessoa e aos bens dos filhos e a obrigação de prestar alimentos²¹.

Os institutos de direito protetivo são disciplinados pelas normas de direito assistencial atinentes às relações que substituem as familiares, que são a guarda (arts. 33 a 35, da Lei nº 8.069/90), tutela (arts. 1.728 a 1.766, e arts. 36 a 38, 164 e 165, da Lei nº 8.069/90) e curatela (arts. 1.767 a 1.783, CC, e art. 142, parágrafo único, da Lei nº 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente) e as medidas específicas de proteção ao menor, estabelecidas pela Lei nº 8.069/90²².

1.4 NATUREZA DO DIREITO DE FAMÍLIA

A presente matéria é tema polêmico e controvertido, consistente em opiniões divergentes quanto ao Direito de Família pertencer ao ramo do Direito Privado ou do Direito Público. Nota-se que a família, célula básica da sociedade, representante do alicerce de toda a organização social, não poderia deixar de receber proteção especial por parte do Estado, o que ficou vislumbrado nos artigos pertinentes à família tratados pela CRFB/88²³.

Para Rodrigues, este interesse cada vez mais crescente do Estado pela família faz com que o ramo do Direito que normatiza as relações jurídicas que se constituem dentro dela, se situe mais próximo do Direito Público que do Direito Privado, uma vez que suas regras, em maioria, são de ordem pública, cogentes, insuscetíveis de serem derogadas pela convenção entre particulares, a importância social prevalece à individual, excepcionalmente no regime de bens, onde deixa o Código margem para a autonomia de vontades²⁴.

Assim, as normas familiares muitas vezes impõem-se como deveres, e não direitos, como o dever dos pais, do curador, do tutor, um

²¹ DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro**, p. 8.

²² DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro**, p. 8.

²³ Veja próximo capítulo que tratará da constitucionalização do direito de família.

²⁴ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**, p. 11-12.

verdadeiro *munus publicus*. O Estado pretende com tal intervenção, proteger e desenvolver a família, visando melhorar suas condições de funcionamento²⁵.

Aponta ainda o mesmo autor, que os direitos de família, encarados por um ângulo individual e como direitos subjetivos, dizem respeito a sua natureza personalíssima, onde os direitos são intransferíveis, intransmissíveis por herança e irrenunciáveis²⁶.

Eles ligam a pessoa em virtude de sua posição na relação familiar, não sendo permitido ao titular transmiti-los²⁷.

Por conseguinte, o marido não pode transmitir seu direito de contestar a paternidade do filho havido por sua mulher, ninguém pode ceder seu direito de pleitear alimentos, ou a demanda de seu reconhecimento como filiação havida fora do matrimônio, muito menos transferir ou renunciar sua condição de filho²⁸.

Na concepção de Gomes, na qual Diniz se escora²⁹, pelos sujeitos das relações que disciplina, pelo conteúdo destas, pelos fins do ordenamento jurídico e pelas formas de atuação, o Direito de Família é Direito Privado, e parte integrante do Direito Civil.

Tal autor expõe:

As relações-de-família travam-se, realmente, entre particulares. Os direitos e deveres que compreendem exprimem interesses que, embora tutelados pelo Estado e sujeitos à sua fiscalização e controle, são de ordem individual. À vista da importância que a organização da família tem para a comunidade, o Estado restringe a autonomia privada, limitando o poder de vontade dos indivíduos, mas com essa intervenção não sacrifica o propósito primeiro da disciplina, que é o de propiciar e fomentar o desenvolvimento da personalidade dos indivíduos. [...] O fato de incluir-se entre os deveres do Estado, nas Constituições contemporâneas, a

²⁵ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**, p. 11-12.

²⁶ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**, p. 13-14.

²⁷ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**, p. 13-14.

²⁸ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**, p. 13-14.

²⁹ DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro**, p. 28.

proteção da família não deve ser interpretada no sentido de que é instituto de direito público, ou que deva ser regulada pelos seus critérios técnicos jurídicos. [...] a tendência para eliminar o espírito do direito privado na disciplina das relações-de-família constitui temeridade, para a qual não devem concorrer os juristas [...]³⁰.

Defende ainda o autor acima, que reconhecendo o Direito de Família como parte do Direito Privado, leva-se à conclusão de que tal ramo não deva possuir autonomia, deslocando-se do corpo do CC, mesmo que verdadeira a assertiva de que suas normas obedeçam, na totalidade, a diretrizes diversas das que orientam as outras partes do CC³¹.

A estrutura de um Código se estratifica em função da natureza dos direitos que regula e não dos critérios adotados pelo legislador para tratá-los, decaindo desta forma também, a pretensão de separação doutrinária dos conceitos e princípios do Direito de Família³².

Há autores que posicionam o Direito de Família como um Direito Social, contudo, tal pensamento não resolve o problema, pois este direito abrange setores que não constituem Direito Público, restando a questão se o Direito de Família se localiza neles ou não. Além de que, todas as normas familiares não poderiam ser classificadas como sociais, pois diversas são de direito individual, destinadas a tutelar os interesses particulares dos indivíduos³³.

O Direito de Família ainda influencia as normas tanto do Direito Civil, como do Direito Público, tamanha sua importância.

Do primeiro, retiram-se normas do Direito das Obrigações (arts. 1.647, 544, 546, 550, 551, parágrafo único, 496 e 932, I e II, do CC); do Direito das Coisas, referentes à hipoteca legal (art. 1.489); do Direito de

³⁰ GOMES, Orlando. **Direito de família**, p. 7.

³¹ GOMES, Orlando. **Direito de família**, p. 7.

³² GOMES, Orlando. **Direito de família**, p. 7.

³³ GOMES, Orlando. **Direito de família**, p. 6.

Sucessões, nas normas concernentes à sucessão legítima encontram-se o aspecto patrimonial *post mortem* do direito de família³⁴.

Do Direito Público observa-se normas no âmbito constitucional, no que tange à família, à educação e à cultura (arts. 205 a 214, 226 a 230, da CRFB/88)³⁵.

No Direito Tributário, quando relativo às isenções aos cônjuges, prole e dependentes.

No Direito Administrativo, quando trata da remoção dos cargos públicos; no Direito Previdenciário, em suas normas alusivas às pensões alimentícias a que têm direitos viúvos, filhos e dependentes³⁶.

No Direito Processual, como na suspeição de Juiz e de Serventuários da Justiça, em razão do parentesco com as parte litigantes (arts. 135 a 138 do Código de Processo Civil – CPC, e arts. 254, 255 e 258, do Código de Processo Penal - CPP), entre outras normas³⁷.

No Direito Penal, nos crimes contra o casamento (arts. 235 a 240, do Código Penal - CP), o estado de filiação (arts. 241 a 243), a assistência familiar (arts. 244 a 247, do CP), o poder familiar, tutela e curatela (arts. 248 e 249, do CP)³⁸.

Não é o objetivo deste trabalho científico esgotar nem definir o tema referente à incorporação do Direito de Família ao ramo do Direito Privado ou do Direito Público, sabe-se apenas que após a constitucionalização das regras gerais familiares, o Estado passou a exercer uma maior interferência na matéria, no intuito de proteger e desenvolver a base da sociedade brasileira, como bem explicita o *caput*, do art. 226, da CRFB/88. Na verdade, como já ficou demonstrado, existem posições diversas sobre o assunto, cada qual com

³⁴ DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro**, p. 29.

³⁵ DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro**, p. 30.

³⁶ DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro**, p. 30.

³⁷ DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro**, p. 30.

³⁸ DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro**, p. 30.

argumentações fortes, em termos didáticos, o Direito de Família continua como espécie do Direito Privado.

1.5 EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA

Já o Código Civil de 1916 (CC/16)³⁹ regulava a família que seria constituída unicamente pelo matrimônio, trazia uma esteira de discriminação da visão da família, pois a limitava ao grupo originário do casamento. Também impedia a dissolução e trazia a discriminação quanto as pessoas unidas sem casamento e aos filhos frutos desta relação. As referências feitas aos vínculos extra-matrimônias e aos filhos ilegítimos eram punitivas e serviam exclusivamente para excluir direitos⁴⁰.

Maria Berenice Dias, acerca da evolução da família, discorre:

A evolução pela qual passou a família acabou forçando sucessivas alterações legislativas. A mais expressiva foi o Estatuto da Mulher Casada (L.4.121/62), que devolveu a plena capacidade à mulher casada e deferiu-lhe bens reservados que asseguravam a ela a propriedade exclusiva dos bens adquiridos com o fruto do seu trabalho⁴¹.

Com a Lei nº 6.515/77⁴², acabou a proibição do divórcio, não mais sendo a família uma instituição sacralizada, em que a mulher casada teve seus direitos no que concerne aos bens adquiridos com o seu trabalho.

A CFRB/88 precisou apenas de um dispositivo para derrubar séculos de preconceito, instaurou em seu artigo 5º, I, que assim dispõe:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos: I -

³⁹ BRASIL, Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Que instituiu o Código Civil Brasileiro.

⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**, p. 28.

⁴¹ DIAS, Maria Berenice, **Manual de direito das famílias**, p. 28.

⁴² BRASIL, Lei n. 6515/77, de 26 de dezembro de 1977. Lei do Divórcio.

homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta constituição.

Tal dispositivo, instaurou homem e mulher, e esgarçou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros.

Assim estendeu igual proteção não só ao homem e à mulher, constituindo a família pelo casamento, mas também a união estável entre homem e mulher e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, que passou a chamar família monoparental⁴³.

Não poderia deixar passar em branco o dispositivo legal incluído na CRFB/88, que assim dispõe:

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

(...)

§ 3º. Para efeito de 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.

Portanto, a partir da criação deste dispositivo, não há mais o que se falar em discriminação da família, apenas por não haver o casamento, pois passou a equiparar a união estável como se os companheiros casados fossem, dando também proteção aos filhos advindos como frutos desta relação.

1.6 A FAMÍLIA ROMANA EM ESPECIAL

É imprescindível neste trabalho científico que se faça menção à família romana, como berço da atual, e à qual diversos autores concorrem na importância de seus sustentáculos para o conceito da célula

⁴³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**, p. 29.

familiar ocidental e para o desenvolvimento do próprio Direito de Família, mesmo que discordem das diferentes teorias quanto à origem primitiva das relações humanas, mencionadas acima.

Segundo Gomes, a família romana baseava-se no *pater famílias*, o homem era o sacerdote, senhor e magistrado, que exercia seu poder sobre os filhos, a mulher, os escravos e os bens, a ponto de se lhe reconhecer o *jus vitae et necis* (direito de vida pela necessidade) ⁴⁴.

O vínculo conjugal com a esposa perdurava enquanto persistisse a *affectio maritalis*, e sobre os escravos desempenhava a *dominica potestas*. No direito romano, dividiam-se as pessoas quanto ao estado na família – *status familiae* – em *sui júris* e *alieni júris*⁴⁵.

No primeiro, encontrava-se o *pater famílias* e no segundo, as pessoas submetidas ao seu poder. Os filhos eram incapazes, não se emancipavam naquela época e a mulher jamais ascendia à posição de *pater famílias*, no máximo de *sui júris*. Monogâmica e exogâmica (se realizava através do casamento entre membros familiares de comunidades variadas), a família romana traduziu o patriarcado em sua forma mais plena⁴⁶.

Eram admitidas duas formas de parentesco: a agnação – *agnatio* – e a cognação – *cognatio*. A primeira, constituía-se nos descendentes masculinos submetidos ao *pater famílias*, a mulher *in manu*, os filhos adotados, todos aqueles que encontravam-se submetidos ao poder do chefe do grupo familiar⁴⁷.

Este parentesco possuía cunho civil, ao contrário da *cognatio*, que era natural, baseado na consangüinidade, vindo ao final a prevalecer. Eram cognados na linha reta descendente, o *filius* e a *filia*, o *nepos* e

⁴⁴ GOMES, Orlando. **Direito de família**, p. 39.

⁴⁵ GOMES, Orlando. **Direito de família**, p. 39.

⁴⁶ GOMES, Orlando. **Direito de família**, p. 39.

⁴⁷ GOMES, Orlando. **Direito de família**, p. 40.

a *neptis*, o *pronepos* e a *proneptis*, na linha reta ascendente, o *pater* e *mater*, o *avus* e a *avia*, o *proavus* e a *proavia*⁴⁸.

Admitiu ainda, o direito romano, o parentesco por afinidade – *affinitas*, que se estabelecia entre um dos cônjuges e os parentes do outro⁴⁹.

Na linha descendente eram afins o *gener* e a *nurus*; na ascendente, o *socre* e a *socrus*. Os vínculos de parentesco consangüíneo e afim também se davam na linha colateral entre *frates* e *sórores* e entre tios, sobrinhos e primos. A afinidade restringia-se ao segundo grau, sendo parente somente o *levir* (cunhado) e a *glos* (cunhada)⁵⁰.

A filiação era legítima ou ilegítima, conforme procedesse ou não de justas núpcias. Dividiam-se os filhos ilegítimos em naturais e espúrios, se provenientes do concubinato ou de pai desconhecido.

Sobre o matrimônio antigo entre os romanos, preceitua Gama, existiam os casamentos por compra ou troca, sob as modalidades da *coemptio*, venda simbólica da mulher ao noivo, seguindo a ritualística prevista, e da *confarreatio*, celebração do casamento de natureza religiosa e forma solene, com dez testemunhas, além do casamento por rapto e casamento pelo *usus* (usucapião aplicado à posse da mulher)⁵¹.

O Direito nesta fase já era tratado como ciência, desligado da religião, onde começaram a surgir algumas leis relacionadas à relação familiar. É o que menciona Magalhães:

A primeira legislação romana foi a Lei das XII Tábuas, que data de aproximadamente 452 a.C., em cuja Tábua Sexta, que tratava do direito da propriedade e da posse estava escrito: “A mulher que residiu durante um ano em casa de um homem, como se fora sua esposa, é adquirida por esse homem e cai sob o seu poder, salvo se se ausentar da casa por três noites. Era a aquisição a título de usucapião [...] surgiram outras leis relativas ao casamento, como a

⁴⁸ GOMES, Orlando. **Direito de família**, p. 40.

⁴⁹ GOMES, Orlando. **Direito de família**, p. 40.

⁵⁰ GOMES, Orlando. **Direito de família**, p. 40.

⁵¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito de família brasileiro**, p. 17.

Lex Canuleia 445 a.C., que permitiu o casamento entre patrícios e plebeus, a *Lex Maritandis Ordinibus*, de 18 a.C.; tratando sobre o casamento⁵².

O casamento não era indissolúvel, contudo, revestia-se de um caráter de perpetuidade, ou seja, a união deveria ser duradoura: *consortium omnis vitae*⁵³.

O regime de bens alterava-se em *in manu*, quando a mulher ingressava na família de seu marido com os seus bens e passava a ser considerada como filha, desvinculando-se de qualquer laço com a prole biológica, ou *sine manu*, quando ela permanecia sob o poder do pai e a este reverteria o seu patrimônio caso houvesse dissolução do matrimônio⁵⁴.

Entretanto, qualquer que fosse a forma adotada, o traço relevante da união conjugal romana era o *affectio maritalis*, que consistia na intenção de terem uma vida em comum, do desejo de estabelecerem uma sociedade conjugal, com a perfeita sintonia entre *corpus* e *animus*⁵⁵.

Assim, o casamento, ato importante e sagrado da família romana, poderia ser dissolvido apenas em determinados casos, como indica Gomes:

Dissolvia-se o casamento pela morte de um dos cônjuges, perda da liberdade de um deles – *capitis deminutio máxima* -, perda da cidadania – *capitis deminutio media* . Voluntariamente, pelo divórcio, simples acordo de vontades, e pelo *repudium*, ato unilateral do marido⁵⁶.

É através do matrimônio, principal instituto da família romana, do poder patriarcal, do patrimônio e da monogamia, que a *gens* torna-se uma unidade política e jurídica, uma imagem da que se vislumbra até os dias atuais, para o Ocidente.

⁵² MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. **Instituições de direito de família**, p. 26-27.

⁵³ MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. **Instituições de direito de família**, p. 29-30.

⁵⁴ MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. **Instituições de direito de família**, p. 29-30.

⁵⁵ MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. **Instituições de direito de família**, p. 29-30.

⁵⁶ GOMES, Orlando. **Direito de família**, p. 40.

Contudo, não é a mesma única fonte da família contemporânea. É mister que se referencie a intercessão do Direito Canônico, que fez do grupo familiar por muito tempo, também uma unidade religiosa.

1.7 DIREITO DE FAMÍLIA MODERNO

O surgimento do romance, oriundo do movimento filosófico e artístico conhecido por Romantismo, ocorrido no final do Século XVIII, alterou a vida emocional dos indivíduos desde sua deflagração até o Século XIX, afetando significativamente a família e a sociedade.

A família foi sendo substituída de uma organização autocrática para uma organização democrático-afetiva e, nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira, “o centro de sua constituição deslocou-se do princípio da autoridade para o da compreensão e do amor”⁵⁷.

Eliana Riberti Nazareth⁵⁸ narra que tal circunstância ecoou nas relações entre pais e filhos, quando pela primeira vez ocorreram preocupações com o bem-estar da criança, desenvolvendo-se o conceito de maternidade, com sua afetividade peculiar, em detrimento à autoridade patriarcal, transferindo-se às mulheres o cuidado com a prole e com o seu lar.

A preocupação com o bem-estar dos filhos substitui a preocupação com a transmissão da riqueza, e a concepção do sentimento de família se dissemina entre todas as classes sociais, surgindo assim a intimidade e privacidade, abrangendo todos os indivíduos na época, ao que os sociólogos chamam de triunfo da família⁵⁹.

O amor romântico é que institui a família moderna, esperando-se reciprocidade de sentimentos entre o casal, reforçando-se a vida privada, nuclear, em prejuízo das relações de vizinhança e com a família extensa, valorizando-se o espaço privilegiado do novo aspecto familiar, onde se realizam

⁵⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. p. 19

⁵⁸ NAZARETH, Eliana Riberti. **Guarda compartilhada e mediação familiar**, p. 91.

⁵⁹ NAZARETH, Eliana Riberti. **Guarda compartilhada e mediação familiar**, p. 91.

as experiências emocionais mais importantes, enfraquecendo as atividades sociais e em grupo⁶⁰.

Importante destacar que neste período a família recebeu forte influência dos direitos humanos deflagrados na Revolução Francesa, que foram determinantes para sua transformação.

Os laços emocionais e os mesmos interesses fundamentam e fortalecem o vínculo entre os membros que compõe o grupo familiar, definindo os espaços de cada um, onde as crianças apresentam identidade própria e a divisão de atribuições entre o homem e a mulher se torna evidente, bem como a autoridade agora passa a ser distribuída entre estes, substituindo a paternal⁶¹.

Este é o panorama da família na era Moderna, revestida que foi das significativas alterações, acima mencionadas, ocasionando o surgimento de nova estrutura familiar, que veio acompanhar a evolução social: a família contemporânea, a seguir referenciada.

1.8 DIREITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO

A conceituação social da família sofre modificações em conformidade com os momentos históricos, sendo relevantes os valores culturais, éticos, políticos, econômicos e religiosos que a estão regendo.

Tal instituto consiste, antes de tudo, numa realidade, num fato natural, numa criação da natureza, não sendo resultante de uma ficção produzida pelo homem.

Explica Guilherme Camon Nogueira Gama:

As famílias devem espelhar a própria formação democrática do convívio em sociedade; sob prisma político-ideológico, fundando-se em valores existenciais e psíquicos, próprios do ser humano, como os sentimentos de solidariedade, afeto, respeito, compreensão, carinho e aceitação, que afastam os valores

⁶⁰ NAZARETH, Eliana Riberti. **Guarda compartilhada e mediação familiar**, p. 91.

⁶¹ NAZARETH, Eliana Riberti. **Guarda compartilhada e mediação familiar**, p. 91.

autoritários, materialistas, patrimonialistas e individualistas que nortearam a família matrimonial⁶².

Acrescenta:

Qualquer abordagem contemporânea em matéria de família jurídica deve levar em conta tal mudança de eixo. Assim, as transformações jurídicas exigem a funcionalização de qualquer aspecto patrimonial nas relações familiares ao atendimento das necessidades existenciais dos integrantes da família, voltadas aos valores e princípios encampados pelo documento constitucional de 1988 que, nessa matéria, merece acentuado destaque⁶³.

Assim, se antes a família era vista de maneira desigual, hoje pode-se dizer que encontra-se num patamar de igualdade.

Portanto, poderá ser reconhecida de três espécies, quais sejam: casamento, união estável e famílias monoparentais, sendo que o Estado desempenha o mínimo possível o seu papel sendo como forma de proteção e nunca de forma evasiva.

Tal Direito de Família, por se tratar de algo íntimo, não poderá ser Direito Público em um Estado Democrático, uma vez que cabe apenas ao Estado tutelar e proteger sendo admitido a intervenção somente quando for essencial para a sua estrutura.

A família torna-se uma instituição jurídica, ao passo que, como instituição jurídica, torna-se um grupo de pessoas reconhecidas e regulamentadas pelo Direito, devendo respeitar normas e condutas sociais.

⁶² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Direito de família brasileiro**, p. 23.

⁶³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Direito de família brasileiro**, p. 23.

CAPÍTULO 2

UM NOVO DIREITO DE FAMÍLIA

Neste capítulo aborda-se o progresso que a legislação vem sofrendo, como um reflexo das transformações que o instituto familiar percorreu ao longo dessas décadas, bem como os novos princípios atinentes ao Direito de Família atual.

2.1 DO DIREITO CANÔNICO AO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 1916

Com o advento do Direito Canônico, o casamento tornou-se um ato sagrado, principal característica da coesão familiar, uma união matrimonializada, que perdurou na hegemonia da Igreja até a Reforma Luterana, cerca de doze séculos após a queda do Império Romano, e que culminou com a criação da Igreja Católica Romana, por volta de 50 d.C. Em 1453, o Império do Oriente desmorona, quando os turcos tomam sua sede, Constantinopla, permanecendo apenas o Império do Ocidente, com sede em Milão. Diante deste contexto a Igreja vem a exercer forte poder eclesiástico, tolerando o casamento romano, simplesmente porque este baseava-se em dois aspectos relevantes para a mesma, o consentimento dos nubentes e a *affectio maritalis*⁶⁴.

Para a Igreja, o matrimônio, elevado à instituição divina, apresentava natureza contratual, organizando-se sob o *debitum conjugale* e a indissolubilidade do vínculo, como exibe Fachin:

[...] Era possível anular o casamento, mas não dissolvê-lo. Na formalidade matrimonial, o casamento deixa de ser um simples acordo de vontades e passa a exigir, além do consentimento, solenidade; assim, também se disciplinam os impedimentos matrimoniais centrados no parentesco. O regime jurídico do

⁶⁴ MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. *Instituições de direito de família*, p. 30.

Código Civil é, por aí também, de origem canônica. E mais ainda: a incorporação da noção de culpa, somente agora é paulatinamente afastada do âmbito da perturbação objetiva das relações matrimoniais. Dali também a proibição do reconhecimento dos filhos espúrios (incestuosos e adúlteros). A lei da desigualdade e da formalidade. Um ato, não necessariamente uma comunhão⁶⁵.

Esta canonização do casamento tem início por volta do Século IX, quando a Igreja absorve a competência exclusiva para regulamentar toda matéria matrimonial, passando a exigir que a benção matrimonial fosse ministrada por sacerdotes e os Tribunais Eclesiásticos eram os únicos competentes para dirimir questões relativas ao matrimônio. Em 1563, o Concílio de Trento regula definitivamente toda matéria matrimonial, determina a intervenção obrigatória do sacerdote na celebração do casamento, é criado o registro paroquial, onde eram anotadas as cerimônias realizadas, com a presença de três testemunhas. Fica institucionalizado o sacramento do matrimônio⁶⁶.

Também sob a influência do Direito Canônico foi dada à mulher uma posição mais favorável na sociedade conjugal, resultado das concepções do cristianismo. Abrandou-se a condição dos bastardos, admitindo-se sua legitimação por subsequente matrimônio, se ao tempo da concepção não houvesse impedimento matrimonial entre os pais. Foi de procedência canônica, o instituto da separação de corpos, o desquite, pelo qual se dissolve a sociedade conjugal sem quebra do vínculo matrimonial⁶⁷.

Contudo, mesmo com o progresso legislativo dos países civilizados, que em passos curtos foram reconhecendo o matrimônio válido como um contrato livre entre os cônjuges, e que, durante a sua vigência as partes devem ter os mesmos direitos e deveres, na prática, tais condições delongaram a concretizar-se. É o que reitera Engels:

Quanto ao matrimônio, mesmo a legislação mais progressista dá-se por inteiramente satisfeita desde o instante em que os

⁶⁵ FACHIN, Edson Luiz. **Elementos críticos do direito de família**, p. 28-29.

⁶⁶ MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. **Instituições de direito de família**, p. 30-31.

⁶⁷ GOMES, Orlando. **Direito de família**, p. 40-41.

interessados fizeram inscrever formalmente em ata o seu livre consentimento. O que se passa fora dos bastidores do tribunal, na vida real, e como se expressa este consentimento, não são questões que cheguem a inquietar a lei ou o legislador. [...] Nos países onde a lei assegura aos filhos uma parte da herança da fortuna paterna, e onde, por conseguinte, eles não podem ser deserdados – na Alemanha, nos países que seguem o direito francês – os filhos necessitam do consentimento dos pais para contrair matrimônio. Nos países onde se pratica o direito inglês, de acordo com o qual o consentimento paterno não é uma condição legal para o casamento, os pais gozam de liberdade de testar, e podem, caso queiram deserdar os filhos⁶⁸.

Por ocasião do descobrimento do Brasil, o poder eclesiástico era tão expressivo, que praticamente se confundia com o Estado, existindo uma guerra velada entre ambos, na disputa pelo poder. Se Portugal era um país católico, sua colônia não poderia ser diferente, obedecendo desta forma, às leis portuguesas. Primeiro as Ordenações Afonsinas, de 1446, substituídas pelas Ordenações Manuelinas, de 1521, e finalmente, pelas Ordenações Filipinas, de 1603. Esta, a mais ressaltante, pois vigorou no país, em matéria civil, até o dia 31 de dezembro de 1916, uma vez que o Código Civil Brasileiro entrou em vigor em janeiro de 1917. Não apresentavam disposições sobre o casamento em si, apenas sobre a proibição deste sem a devida licença do Rei, às mulheres que recebiam por sucessão hereditária, bens da Coroa, ou que desta recebessem qualquer vantagem pecuniária. O outro impedimento era relativo aos julgadores temporais que não poderiam se casar com mulheres de sua jurisdição, evitando assim, prejuízos ao exercício da judicatura⁶⁹.

Até o ano de 1861, no Brasil-colônia, somente eram reconhecidos os matrimônios realizados diante da Igreja Católica Apostólica Romana, de maneira que qualquer pessoa que não professasse aquela religião era mantida à margem da sociedade. A partir do Decreto nº 1.144, de 11 de setembro de 1861, os casamentos de pessoas com fé diversa foram admitidos pelo Estado. É o início da laicização, ou seja, a não adoção de uma religião oficial do Estado, e a diminuição do poder canônico, culminando com o Decreto nº 181,

⁶⁸ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**, p. 79.

⁶⁹ MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. **Instituições de direito de família**, p. 32-33.

de 24 de janeiro de 1890, que massificou a falta de distinção religiosa para o matrimônio, o chamado casamento civil, e ao qual o Código Civil de 1916 repete em relação ao âmbito familiar, quase que integralmente. Este por sua vez, é também baseado na família patriarcal, institucionalizada pelo Código Civil Francês, como explica Fachin:

A interpretação tradicional no direito ocidental é uma das fontes romanas. A família que se inseria neste modelo é aquela que já havia superado o matriarcado, e que passa a ser unidade política, jurídica e religiosa. Atravessa a Idade Média e se projeta para o Código Civil Francês, que acaba adaptando este modelo, incorporando o individualismo e o voluntarismo jurídicos, repercutindo do Código Civil Brasileiro⁷⁰.

Esta composição unitária do núcleo familiar perdurou por muitos anos, sendo possível mencionar que ainda hoje, muitas famílias vivem com base nas características da prole patriarcal. No Brasil, foi através do período feudal que tais peculiaridades sofreram um abrandamento, como assegura Gomes:

A estrutura unitária da família fundada na autoridade do chefe perdurou, em princípio, até os tempos modernos. No sistema feudal, preponderou o elemento político no estrato mais alto da sociedade, apresentando-se a família, do ponto de vista econômico, como organismo compacto com interesses e despesas comuns, na dependência de uma vontade soberana. Conserva seu tríplice caráter religioso, econômico e político, mas sem a significação rígida que possuía no direito romano. Sua coesão assenta ainda na autoridade de um chefe, que não se exerce, entretanto, sob forma absoluta. Continua a ser uma unidade econômica, que satisfazia, praticamente, todas as necessidades de seus membros. Modifica-se o círculo familiar sob dupla tendência: a da importância atribuída ao casamento pelo cristianismo e a da limitação aos laços de sangue⁷¹.

Com a influência da Escola do Direito Natural, alterou-se a estrutura tradicional da família, seu cunho patriarcal e sua finalidade política foram

⁷⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**, p. 27.

⁷¹ GOMES, Orlando. **Direito de família**, p. 41.

combatidos, defendendo a conveniência de baseá-la em patamares igualitários e privá-la do caráter político. Negou-se o aspecto religioso do matrimônio e se pugnou pelo enfraquecimento da autoridade paterna. Tais princípios foram acolhidos pelo Código de Napoleão, peça legislativa importante para o Direito de Família, contudo, ainda era fundado na autoridade paterna e no poder marital, na incapacidade e submissão da mulher, na igualdade dos filhos legítimos e na inferioridade dos ilegítimos⁷².

Com base neste contexto, o Código Civil de 1916 foi construído, entre a transição do século XIX para o XX, tendo seus caracteres remontados ao Brasil-colônia e ao modelo familiar então existente. Numa sociedade basicamente rural, a família funcionava como unidade de produção, era extensa e contava com a autoridade paterna, em detrimento da independência da mulher e dos filhos, a vontade do pai tornava-se a de todo o grupo. Além do patriarcado, da hierarquia, da matrimonialização e da manutenção do vínculo conjugal, o aspecto patrimonial também se destacava, como afirma Carbonera:

A constituição e a proteção do patrimônio na esfera familiar têm sua importância revelada com a análise dos dispositivos legais do Código Civil Brasileiro, especialmente no que diz respeito às formas de regime de bens ou ainda, à necessidade de outorga para a alienação de bens imóveis cuja propriedade é de pessoa casada. Nesse modelo, a “categoria do ser é subordinada àquela do ter: quem possui é”⁷³.

Nesse estágio da família, o Estado pouco intervinha, é o chamado Estado liberal, uma vez que as relações familiares eram tidas como de interesse privado, não suscetíveis de controle nem mesmo pela Constituição Federal (pelo menos até a de 1934, que era considerada uma Constituição Social), o que este limitava-se a reger eram principalmente as questões entre os indivíduos que pudessem acarretar conseqüências ao patrimônio, como certifica Lôbo:

⁷² GOMES, Orlando. **Direito de família**, p. 41.

⁷³ FACHIN, Luiz Edson et al. **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**, p. 281-282.

A codificação civil liberal tinha como valor necessário da realização da pessoa a propriedade, em torno da qual gravitavam os demais interesses privados, juridicamente tutelados. O patrimônio, o domínio incontestável sobre os bens, inclusive em face do arbítrio dos mandatários do poder político, realizava a pessoa humana. [...] Até mesmo o mais pessoal dos direitos civis, o direito de família, é marcado pelo predomínio do conteúdo patrimonializante, nos códigos. No Código Civil Brasileiro de 1916, por exemplo, dos 290 artigos do Livro de Família, em 151 o interesse patrimonial passou à frente. [...] A desigualdade dos filhos não era inspirada na proteção de suas pessoas, mas do patrimônio familiar. A maior parte dos impedimentos matrimoniais não têm as pessoas, mas seus patrimônios, como valor adotado⁷⁴.

O patriarca que detinha o poder na relação conjugal e familiar desta época, o que num primeiro momento parece ecoar com grande injustiça, também era responsável por algo ainda mais proeminente, que transcendia a simples tutela do marido, ou seja, a própria instituição hierarquizada da família. Assim, nada mais fez o legislador civilista do que materializar juridicamente tal aspecto, como elucida Fachin:

A versão do Código não apanhou o projeto de organização do Estado saído da reação à formulação liberal, calcada na idéia segundo a qual o único dever do Estado era impedir que os outros indivíduos provocassem danos uns aos outros. [...] O Código, a rigor, numa angulação ideológica, não é deste século, pois este século, escreveu o professor Boaventura de SOUZA SANTOS, “nasceu em plena reação ao formalismo do direito napoleônico e da teoria política liberal. [...] A proposta do legislador do Código Civil era superficialmente assistencial assentada na família do século XIX, patriarcal, heterossexual, hierarquizada e matrimonializada. Uma família com a qual o Estado de antes se preocupava, mas pouco intervinha. Uma família com diversas missões, dentre elas a procriação, a formação de mão-de-obra, a transmissão do patrimônio e de uma primeira base de aprendizado⁷⁵.

⁷⁴LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, p. 103.

⁷⁵FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**, p. 33-34.

Este privatismo doméstico defendido pelo Código Civil de 1916 em sua plenitude, influiu na adoção de medidas expressivas do despotismo patriarcal comum à época, como as que legitimavam a predominância da vontade do pai no consentimento para o casamento dos filhos menores, atribuíram ao marido o governo exclusivo da família, outorgando-lhe direitos privativos, e comparando as mulheres aos relativamente incapazes, ao lado dos menores, dos pródigos e dos silvícolas. Ainda sobre a matéria, Gomes registra:

À época da promulgação do Código Civil, a família era um grupo da *ordem privada*, que se disciplinava pelos costumes sociais do tempo e do lugar onde se constituía. O legislador abstinha-se de editar regras para a disciplina da vida familiar, limitando-se como observa Donati a registrar uma situação social que atribuía ao marido e pai poderio praticamente irrestrito, de tal sorte que o Direito de Família constituía – como se disse com propriedade – a *zona do não direito*. [...] O Código Civil reservou um dos seus livros especiais, precisamente o primeiro, ao Direito de Família aceitando a orientação adota um século antes pelo Código de Napoleão e participando, tanto tempo depois, da concepção, hoje posta em dúvida, de que a família é uma instituição “essencialmente privada” e “individualista”. A inserção da família entre os institutos de Direito Privado, criou na sistemática do Código, desencontros e colisões [...] como a teoria das nulidades e dos vícios do consentimento [...]⁷⁶.

Desta forma, os princípios norteadores do Direito de Família brasileiro, consubstanciados no CC/1916, e que permaneceram durante quase um século (1890 a 1988) foram: a) o da qualificação como legítima da família apenas fundada no casamento, em obediência ao modelo civilista imposto; b) o da discriminação dos filhos, com desconsideração de qualquer filho espúrio da estrutura familiar; c) o da hierarquização e patriarcalismo na direção da família; d) o da preservação da paz familiar, ainda que em detrimento dos seus integrantes; e) o da indissolubilidade do vínculo matrimonial; e f) o da imoralidade do concubinato⁷⁷.

⁷⁶ GOMES, Orlando. **Direito de família**, p. 20-21.

⁷⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Direito de família brasileiro**, p. 20.

2.2 AS TRANSFORMAÇÕES LEGISLATIVAS NA FAMÍLIA

Muitas leis acompanharam a evolução legislativa pertinente ao núcleo familiar, tais como:

O Decreto-Lei nº 3.200, de 19.04.1941, que protege a família, permitindo o casamento entre parentes colaterais de terceiro grau, desde que não se verifique nenhum impedimento orgânico; a Lei nº 883, de 21.10.49, consente o reconhecimento de filhos adulterinos; o Decreto nº 9.071, de 03.09.1946, assegura o direito de visitas aos filhos no desquite litigioso; a Lei nº 379 admite o casamento religioso com efeitos civis, modificado pelo Decreto-Lei nº 3.200, e regulada afinal pela Lei nº 1.110, de 23.05.1950; a Lei nº 4.121, de 27.08.62, modifica profundamente a situação jurídica da mulher casada; as Súmulas 380 e 382, do Supremo Tribunal Federal, relacionadas à dissolução e a caracterização do concubinato; a Emenda Constitucional nº 9, de 28.06.1977, regula o término do casamento em certas circunstâncias, bem como a Lei nº 6.515, de 26.12.1977, que altera o regime de dissolução da sociedade conjugal e outras disposições do Código Civil de 1916, da Lei de Introdução ao Código Civil e da Lei nº 183⁷⁸.

Posteriormente, entraram em vigor a Lei nº 9.263, de 12.01.1996, no que tange ao planejamento familiar; as Leis nº 7.841, de 17.10.1989 e nº 8.408, de 13.02.1992, que introduziram modificações na Lei do Divórcio; a Lei nº 8.049, de 20.06.1990, que disciplinou a herança jacente e a sucessão legítima; a Lei nº 8.069, de 13.07.1990, que institui o Estatuto da Criança e do Adolescente; a Lei nº 8.560, de 29.12.1992, sobre a investigação de paternidade dos filhos concebidos fora do casamento; a Lei nº 8.648, de 20.04.1993, que regulou os alimentos aos pais idosos, carentes ou enfermos; a Lei nº 8.971, de 29.12.1994, que regrou alimentos e sucessão nas relações entre participantes da união estável, a Lei nº 9.278, de 10.05.96, que modificou e

⁷⁸ GOMES, Orlando. **Direito de família**, p. 11.

complementou tal regulamentação, introduzida no § 3º, artigo 226, da Constituição Federal de 1988⁷⁹.

2.3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A expressão “constitucionalismo” surge para corporificar o movimento ideológico e político advindo das revoluções e da necessidade de se colocar num documento escrito os compromissos formulados por elas.

Paulo Bonavides define Constituição do ponto de vista material como “o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais”⁸⁰.

Se o titular do poder constituinte⁸¹, é sempre o povo, é dele que se extraem os valores fundamentais que vão informar os comportamentos sociais, que refletirão na Constituição, sendo ilegítima a Constituição que não levar isso em conta, priorizando valores e aspirações de um indivíduo ou de um grupo em vez do povo a cuja Constituição vincula.

Para que os direitos humanos atingissem a eficácia almejada, houve necessidade de que um conjunto de meios e recursos jurídicos fosse criado, que passou a ser denominado de garantias constitucionais dos direitos fundamentais.

De acordo com Alexandre de Moraes:

Ressalte-se que o estabelecimento de constituições escritas está diretamente ligado à edição de declarações de direitos do homem. Com a finalidade de estabelecimento de limites ao poder político, ocorrendo a incorporação de direitos subjetivos do homem em

⁷⁹ GOMES, **Direito de família**, p. 12.

⁸⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, p. 80.

⁸¹ Poder constituinte considerado de modo instrumental, como o meio para estabelecer a Constituição, a forma de Estado, a organização e a estrutura da sociedade política. (*In*: BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 143).

normas formalmente básicas, subtraindo-se seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário⁸².

A constitucionalização dos direitos humanos e fundamentais⁸³ não se presta apenas a um enunciado formal de princípios, mas sim, à positivação de direitos, possibilitando a qualquer cidadão exigir sua proteção perante o Poder Judiciário⁸⁴.

Conforme ensina Ingo Wolfgang Sarlet⁸⁵, a história dos direitos fundamentais desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, que tem como essência e razão de existir o reconhecimento e a proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem, sendo, portanto, também a história da limitação do poder.

Maria Cristina Biazão Manzato⁸⁶ entende a Constituição como um sistema, um conjunto de normas inter-relacionadas, que formam o fundamento jurídico de uma sociedade. Portanto, deve ser um sistema aberto, entendendo-se isto como ser incompleto, pois deve evoluir e se modificar, com capacidade de absorver os valores que afloram da sociedade, que não é estática, está em constante transformação.

Prossegue informando que referido sistema normativo encontra equilíbrio nas normas que o compõem, as quais podem ser consideradas de duas espécies: “princípios, que agasalham valores estabelecidos na sociedade, e as regras, que possuem caráter preceptivo de determinadas condutas”⁸⁷.

⁸² MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**, p. 25.

⁸³ Direitos humanos e fundamentais referem-se ao conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana. (*In*: MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**, 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 36).

⁸⁴ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts.1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência**, p. 21.

⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 39.

⁸⁶ MANZATO, Maria Cristina Biazão. **A constituição como sistema de princípios e regras**, p. 150.

⁸⁷ MANZATO, Maria Cristina Biazão. **A constituição como sistema de princípios e regras**, p. 150.

Alexandre de Moraes⁸⁸ relaciona as características dos direitos humanos fundamentais, quais sejam: Imprescritibilidade - não se perdem pelo decurso do prazo; Inalienabilidade - impossível serem transferidas (gratuitamente ou onerosamente); Irrenunciabilidade - não podem ser objeto de renúncia; Inviolabilidade - impossibilidade de desrespeito por determinações infraconstitucionais ou por atos das autoridades públicas; Universalidade - abrange a todos sem distinção; Efetividade - o Poder Público deve atuar de forma a garantir a efetivação dos direitos e garantias, coercitivamente; Interdependência - apesar da autonomia das previsões constitucionais, se interligam, visando atingir sua finalidade; Complementaridade – não devem ser interpretados isoladamente, e sim conjuntamente.

Ainda, correlaciona os direitos fundamentais às garantias institucionais, de acordo com a distinção dada pela doutrina alemã, que entende que as garantias institucionais abrangem as garantias jurídico-públicas e as garantias jurídico-privadas⁸⁹.

Assim, as garantias institucionais, muitas vezes consagradas e protegidas por leis constitucionais, não seriam direitos atribuídos diretamente às pessoas, mas a instituições definidas, tais como a maternidade, a família, o funcionalismo público, por exemplo, que são protegidas diretamente como realidades sociais objetivas e somente de forma indireta se expandiriam para a proteção dos direitos individuais.

2.4 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICADOS À FAMÍLIA

Até aqui se procurou demonstrar o fenômeno da constitucionalização e sua principiologia, que repercute diretamente na família, pois é a origem dos cidadãos que formam a sociedade à qual se destina.

Nas palavras de Maria Berenice Dias:

⁸⁸ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts.1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência, p. 41.

⁸⁹ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts.1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência, p. 42.

É no direito das famílias onde mais se sente o reflexo dos princípios eleitos pela Constituição Federal, que consagrou como fundamentais valores sociais dominantes. Os princípios que regem o direito das famílias não podem distanciar-se da atual concepção da família dentro de sua feição desdobrada em múltiplas facetas. A Constituição consagra alguns princípios, transformando-os em direito positivo, primeiro passo para a sua aplicação⁹⁰.

As duas primeiras constituições brasileiras (Imperial⁹¹ e Republicana⁹²), não se preocuparam em amparar as instituições familiares.

Em seu texto, a Constituição Brasileira de 1824 nada trazia especificadamente sobre a família, resultado do liberalismo clássico e do não intervencionismo por parte do Império, onde aspectos sociológicos, econômicos, culturais e sociais não faziam parte dos dispositivos constitucionais, estes eram eminentemente políticos⁹³.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgado em 24 de fevereiro de 1891, durante um governo provisório chefiado pelo Marechal Deodoro da Fonseca, foi modelada em seus princípios fundamentais, pela Constituição norte-americana. Também não trouxe algum capítulo destinado à família, apenas limitou-se a afirmar que a República só reconhecia o casamento civil cuja celebração era gratuita. Assim, a segunda Constituição do Brasil também se caracterizava pelo liberalismo clássico, era defensora do individualismo como forma de realização pessoal⁹⁴.

Veio a Constituição de 1934⁹⁵, que seguindo a evolução do direito do século XX, segundo Antonio Carlos Volkmer⁹⁶, passou a considerar os direitos sociais, econômicos e culturais, que se fundam no princípio da igualdade, oportunizando que o poder público conceda tais garantias a todos os indivíduos

⁹⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p. 50.

⁹¹ BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**.

⁹² BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**.

⁹³ OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos constitucionais do direito de família**, p. 29-30.

⁹⁴ OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos constitucionais do direito de família**, p. 33-38.

⁹⁵ BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República Federativa do Brasil**.

⁹⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos direitos”**. p. 8.

(reflexo direto do processo de industrialização e dos graves impasses socioeconômicos existentes na sociedade ocidental desde a metade do século XIX), consagrando um capítulo inteiro destinado à família, determinando que esta ficaria sob a proteção do Estado, sendo sua base o ato jurídico do casamento indissolúvel.

As constituições brasileiras posteriores mantiveram a determinação de indissolubilidade do casamento, visando assim amparar o casamento, ato instituidor da família, perfil este somente modificado com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁹⁷ (CRFB/88), cujos direitos metaindividuais, coletivos e difusos, bem como os de solidariedade, dentre outros, passaram a ser tutelados, caracterizando-se tais “novos” direitos como sendo titulares de proteção, categorias ou grupos de pessoas como a família, povo e nação⁹⁸.

A Constituição vigente veio institucionalizar um regime político democrático no Brasil, introduzindo indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira, incluindo aí a família, priorizando o princípio da dignidade da pessoa humana como o seu norteador, sendo considerada como uma das Constituições mais avançadas concernentes à matéria.

Conforme nos ensina José Sebastião de Oliveira:

Na Constituição Federal, encontramos princípios específicos para o “setor” do Direito de Família, que podem ser subdivididos em duas classes: a primeira relativa à garantia dos membros da família no que pertine ao respeito de sua liberdade, livre de ingerências indevidas, seja de terceiros, seja do próprio Estado (direito à liberdade); a segunda como direitos dos membros da família em frente do próprio Estado, na busca de efetividade dos direitos que lhes são garantidos constitucionalmente (direito à educação, saúde, etc.)⁹⁹.

⁹⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.**

⁹⁸ WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos direitos”**. p. 9.

⁹⁹ OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**, p. 273.

Desta forma, encontram-se diversos princípios de Direito de Família nela contidos, sejam implícitos, como o caso do respeito, afetividade, igualdade entre os membros de todas as espécies de família, ou materialmente demonstrado no art. 226 da CRFB/88, *in verbis*:

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

§ 1º O casamento é civil e gratuita sua celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito de 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.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Diante do exposto, para tratar da afetividade nas formas familiares contemporâneas mencionadas na CRFB/88, precisamente no art. 226, que são o casamento civil (§ 1º), a união estável (§ 3º) e a família monoparental

(§ 4º), torna-se imperioso primeiramente explanar sobre os princípios constitucionais norteadores do Direito da Família.

2.4.1 O princípio da *ratio* do matrimônio e da união estável

Tal princípio a ser um dos mais importantes princípios do novo Direito de Família, uma vez que coloca como fundamento básico do matrimônio, da vida conjugal e do companheirismo, a afeição entre os cônjuges, para que perdure uma completa comunhão de vida.

Explica Gomes:

Não se confunde, entretanto, com a *affectio maritalis* dos romanos, nem com a sua causa ou função social. São os fins do casamento, considerado *in abstracto*, que a constituem. As leis não os discriminam, mas a causa é inferida da regulamentação do instituto, devendo ser baseado, segundo Tamburrino, nas disposições legais respeitantes aos direitos e obrigações comuns aos cônjuges, particularmente os relativos à fidelidade recíproca e à mútua assistência, à posição dos cônjuges, à constituição dos *consortium omne vitae* e à sua permanência, e, finalmente, sobre a dissolução da sociedade conjugal. A *ratio* é, porém, o suporte do casamento e a razão por que essas finalidades se cumprem. O que há de novo é a tendência para fazer da *affectio* a *ratio* única do casamento, e com tamanha força que a dissolução do vínculo matrimonial passou a ser admitida em algumas legislações como um efeito do desaparecimento de sua *ratio*, toda vez que tenha fracassado e não possa ser reconstituído¹⁰⁰.

A função social do casamento ou da união estável consiste na construção de um *consortium* fundado sobre o amor.

2.4.2 O princípio da igualdade entre os cônjuges e companheiros

O princípio da igualdade entre os cônjuges diz respeito aos seus direitos e deveres, verdadeira revolução para a família organizada sobre o

¹⁰⁰ GOMES, Orlando. **Direito de família**, p. 23.

sistema patriarcal. O poder do marido é suprido pela autoridade conjunta e indivisa, não mais se justificando a submissão legal da mulher¹⁰¹.

Esta equivalência de papéis teve início com o Estatuto da Mulher Casada, a Lei nº 4.121/62, que segundo Diniz:

(a) outorgava à mulher a condição de colaboradora do marido, que ainda mantinha a chefia na direção material e moral da família [...]; (b) estabelecia o exercício conjunto do pátrio poder; (c) conferia à mulher o direito de colaborar na administração do patrimônio comum; (d) autorizava a mulher a exercer a profissão que quisesse; (e) dava à mulher [...] autonomia econômica e franqueava-lhe constituir um patrimônio reservado, livremente administrado por ela, permitindo-lhe dispor [...] do produto de seu trabalho, podendo até defender a sua parte, no acervo comum, contra credores do marido; (f) permitia que a mulher escolhesse o domicílio conjugal de acordo com o marido; (g) determinava que a mulher não necessitava da autorização marital para praticar atos que o marido sem a sua outorga pudesse realizar; (h) dispunha que a mulher, qualquer que fosse o regime de bens, concorria para o sustento da família; (i) prescrevia que a mulher podia administrar os bens dos filhos [...]¹⁰².

Tal igualdade não apaga as diferenças entre os gêneros, que não devem ser ignoradas pelo direito e ultrapassa a fase da conquista da igualdade formal¹⁰³.

Menciona Oliveira:

Quanto aos interesses do grupo, prevalece o sistema de regência ancorado na gestão comum (co-gestão), tanto no tocante a questões pessoais como patrimoniais; a obrigação de manutenção do lar é de ambos os cônjuges; quanto aos interesses individuais de seus componentes, têm prosperado os regimes de afeição mútua, sob o aspecto pessoal e de autodeterminação de cada cônjuge, sob o aspecto patrimonial, conciliando-se seus direitos com os do núcleo; quanto às relações com os filhos, tem-se

¹⁰¹ DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro**, p. 18.

¹⁰² DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro**, p. 19.

¹⁰³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, p. 105.

desenvolvido regime fundado no respeito e na compreensão mútuos, transmutando-se o pátrio poder em conjunto de deveres para os pais (“pátrio dever”) [...] Enfim, evolui-se de uma estrutura petrificada e estratificada pela hierarquia a uma estrutura linear, sem ascendência de uns sobre os outros, sendo o amálgama deste contexto a afetividade, a liberdade de opinião no seio familiar e o reconhecimento do respeito recíproco¹⁰⁴.

Todavia, não foi somente pelo direito de igualdade entre os cônjuges e companheiros passar a ser defendido pela CRFB/88, que todas as diferenças e preconceitos foram banidos da sociedade brasileira.

2.4.3 O princípio da igualdade entre os filhos

O princípio da igualdade entre os filhos encontra-se previsto no § 6º, do art. 227, e nos arts. 1.596 a 1.629 do CC, onde se consagra pelo direito positivo a impossibilidade de distinção entre filhos legítimos, naturais e adotivos, quanto ao nome, poder familiar e sucessão; permite o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento; proíbe que se revele no assento do nascimento a ilegitimidade simples ou espuridade; e veda designações discriminatórias relativas à filiação¹⁰⁵.

A única diferença entre as categorias de filiação seria o ingresso, ou não, no mundo jurídico, por meio de reconhecimento, logo só se poderia falar em filho matrimonial ou não-matrimonial reconhecido e não reconhecido¹⁰⁶.

A CRFB/88 e a Lei 8560 de dezembro de 1992, mostrou às gerações presentes e futuras que os vínculos de sangue unem pais e filhos para o resto de suas vidas, todavia, respeito, carinho, afetividade e responsabilidade dos pais para com seus filhos não puderam ser compulsoriamente impostos.

Existem diversas categorias de paternidade, como a jurídica, a biológica e a sócio-afetiva, todavia, a socioafetiva, talvez mais importante que a

¹⁰⁴ OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos constitucionais do direito de família**, p. 116.

¹⁰⁵ DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro**, p. 20-21.

¹⁰⁶ DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro**, p. 20-21.

biológica, não foi objeto de legislação alguma em nosso país, ao contrário do sistema francês, como explica Oliveira:

Atualmente, para o Código Civil francês, a chamada “posse do estado” assume a condição de fator de atribuição da paternidade, superando em importância a prova biológica. Havendo o registro de nascimento mais a posse do estado de filiação, compreendida aqui a prova do tratamento dispensado pelo pai ao seu filho, com demonstração evidente de todas as qualidades inerentes a esse estado (cuidados alimentares, educacionais, de lazer, carinho, afeto etc), a paternidade se torna inatacável por qualquer outra prova. O genitor será reputado pai para todos os efeitos legais (arts. 311-12, 322, 344-9 do Código Civil francês)¹⁰⁷.

De nada vale um pai reconhecido biologicamente como tal, se lhe é estranha à demonstração de sentimentos para com seu filho.

2.2.4 O princípio da dignidade humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é garantido pelo inciso III, do art. 1º, da CRFB/88, como um dos fundamentos da organização social e política do país.

A palavra “dignidade” vem do latim “*dignitas*”, que significa honra, consideração, respeito, podendo assim definir dignidade da pessoa humana como sendo à base do direito justo e comum a todos¹⁰⁸.

Para Sarlet é:

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria

¹⁰⁷ OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos constitucionais do direito de família**, p. 256.

¹⁰⁸ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*, p. 458.

existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹⁰⁹

A dignidade humana destaca-se como o princípio mais valoroso estabelecido pela ordem jurídica brasileira, sendo redigido como um princípio fundamental constitucional contido na CRFB/88. Assim é de se elevar o ser humano ao centro de todo sistema jurídico, sendo que as normas são feitas para a pessoa e para a sua realização, devendo ter o mínimo de garantia para lhe proporcionar dignidade¹¹⁰.

Concretizar este princípio é um desafio imenso, ante a cultura secular resistente. No que respeita à dignidade da pessoa da criança, o artigo 227 da Constituição expressa essa viragem, configurando seu específico *bill of rights*, ao estabelecer que é dever da família assegurar-lhe “com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-la “a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. Não é um direito oponível somente ao Estado, à sociedade ou a estranhos, mas a cada membro da própria família. É uma espetacular de paradigmas (destaque no original)¹¹¹.

É sábio trazer que no direito de família, a dignidade da pessoa humana também é considerada um patamar superior.

2.4.4 O princípio da liberdade na família

O princípio da liberdade é fundado no livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de uma comunhão de vida familiar por meio do casamento ou da união estável, sem qualquer imposição ou restrição externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar (arts. 1.642 e 1.643, CC); ao livre

¹⁰⁹ SARLET, Info W. **Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais**: na constituição federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 60.

¹¹⁰ FARIAS, Cristiano Clovis de. *Direito civil*. Teoria geral, p. 92.

¹¹¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, p. 105.

planejamento familiar (art. 1.565, CC), intervindo o Estado em sua competência de propiciar recursos educacionais e científicos ao exercício desse direito; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeitadas suas dignidades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral¹¹².

¹¹²LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, p. 105.

CAPÍTULO 3

FAMÍLIA SOCIOAFETIVA

O objetivo do presente capítulo é o de se demonstrar a importância do sentimento afetivo na convivência dos membros familiares. Para isso, faz-se necessário, de início, aprofundar o conceito de família visto no primeiro capítulo, numa configuração didática, para depois analisá-lo através de uma visão socioafetiva, proposta central deste trabalho científico.

3.1 OS TERMOS “SÓCIO-AFETIVA” E “SÓCIO-AFETIVA”

Em interessante artigo intitulado “Inconstitucionalidade do processo de adoção judicial”, o Promotor de Justiça Belmiro Pedro Welter menciona que:

A doutrina (BARROS, Fabrício Silveira. O interesse superior da criança como paradigma da filiação sócio-afetiva. In: *O direito de família descobrindo novos caminhos*. Maria Cláudia Crespo Brauner (org.). Canoas: Ed. La Sale, 2001. p.249) e a jurisprudência (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Relator: Luís Felipe Brasil Santos. AI 599 296 654 - 7ª C. Cív. - Unânime – ago.1999) utilizam as expressões filiação *sócio-afetiva* (com acento e hífen) e *socioafetiva* (sem acento e sem hífen) para designar a filiação que não é biológica, mas, sim, afetiva. Gramaticalmente, o termo correto é sócio-afetiva (com acento e hífen). Contudo, entendo que a interpretação sincrônica recomenda o uso do termo filiação *socioafetiva* (sem acento e sem hífen), por várias razões: a primeira, o hífen causa uma ruptura gráfica, retirando a identidade do termo, estando ainda apegado à idéia de cisão cartesiana; a segunda, *socioafetivo* dá a entender unidade de filiação, isto é, igualdade entre filhos biológicos e sociológicos, cujo pensamento está-se enraizando no plenário jurídico e social não só brasileiro, mas em vários países;

a terceira, *socioafetivo* denota a existência de *um pai*, e não *o pai* (biológico), já que, para a filiação, modernamente, não importa tanto a biologia, mas, sim, a afetividade; a quarta, a grafia *socioafetivo* dá a idéia de sagrado, que pertence ao espírito, que não pertence unicamente à perfilhação biológica, a qual, aliás, também deve ser afetiva; a quinta, ao aplicar a grafia *socioafetivo* estar-se-á aplicando uma interpretação originária do contexto social; a sexta, a convenção da gramática, no caso do termo *sócio-afetivo*, causa cisão do social, do espírito, da alma, do sacro, pelo que, para se manter a unidade da perfilhação biológica e sociológica, que reclama o tratamento de *pai*, sem discriminação entre biológico ou sociológico, deve ser empregada apenas a expressão filiação *socioafetiva*.¹¹³

Considerando que a doutrina se divide em relação ao que seria o correto emprego do termo, sem maiores delongas (eis que não são objeto desta pesquisa), adotaremos o termo “socioafetiva”, pelas mesmas razões que o autor acima mencionado.

3.2 CONCEITO DE FAMÍLIA QUANDO ANALISADA DIDATICAMENTE

Em face de família se constituir na primeira e principal forma de agrupamento humano, preexistindo à própria organização jurídica da vida em sociedade, e sendo considerada a *celula mater* de uma nação, diferentes são os sentidos do termo família. Decorre das regras de Direito Natural, pelo efeito instintivo de preservação e perpetuação do ser humano, a sua formação, e, é por este motivo que a CRFB/88 define-a como a “base da sociedade”, digna de especial proteção do Estado¹¹⁴.

¹¹³ WELTER, Belmiro Pedro. *Inconstitucionalidade do Processo de Adoção Judicial*. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 30 de maio de 2008.

¹¹⁴ OLIVEIRA, Euclides de. *Direito de família*, p. 15.

Num enfoque social, consiste na base estrutural da sociedade, pois nela se assentam não só as colunas econômicas, como as raízes morais da organização social¹¹⁵. Como menciona Monteiro:

[...] Dentre todas as instituições, públicas ou privadas, a da família reveste-se da maior significação. Ela representa, sem contestação, o núcleo fundamental, a base mais sólida em que repousa toda a organização social. Cícero Apelidou-a de *seminarium republicae*. Efetivamente, onde e quando a família se mostrou forte, aí floresceu o Estado, onde e quando se revelou frágil, aí começou a decadência geral. Desse mesmo sentimento se impregna a encíclica *Cast Connubii*, ao afirmar que a salvação do Estado e a propriedade da vida temporal dos cidadãos não podem permanecer em segurança onde quer que vacile a base sobre a qual se apóiam e de onde procede a sociedade, isto é, o casamento e a família. Realmente, no seio desta originam-se e desenvolvem-se hábitos, inclinações e sentimentos que decidirão o dia da sorte do indivíduo. No colo da mãe, assevera Planiol, forma-se o que há de maior e de mais útil ao mundo, um homem honesto¹¹⁶.

No meio jurídico, encontram-se três acepções fundamentais para o conceito de família, a saber:

3.1.1 Sentido amplíssimo de família

Conforme Maria Helena Diniz, abrange todos os indivíduos ligados pelo vínculo de consangüinidade ou de afinidade, chega ao ponto de incluir estranhos, como no caso do art. 1.412, § 2º, do CC, em que as necessidades da família do usuário compreendem as das pessoas de seu serviço doméstico, e da Lei nº 8.112/90, o Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, que em seu art. 241, considera como família do funcionário, além do cônjuge e prole, qualquer pessoa que viva às suas expensas e constem de seu assentamento individual¹¹⁷.

¹¹⁵ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**, p. 5.

¹¹⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**, p. 1-2.

¹¹⁷ DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro**, p. 9-10.

Para Rodrigues, a família numa definição mais ampla, é aquela formada por todas as pessoas ligadas por vínculo consanguíneo, ou seja, as provindas de um tronco ancestral comum, correspondendo desta forma a todos os parentes de sangue¹¹⁸.

3.1.2 Sentido lato de família

Para Diniz, neste sentido, a família é formada pelos cônjuges, filhos e parentes da linha reta ou colateral, bem como os afins (parentes do outro cônjuge), como expõem os arts. 1.591 e seguintes, do CC, o Decreto-lei nº 3.200/41 e a Lei nº 883/49¹¹⁹.

Acrescenta Rodrigues descrevendo que também pode ser considerada, num sentido mais limitado, a família composta pelos consanguíneos em linha reta e os colaterais sucessíveis, até quarto grau¹²⁰.

3.1.3 Sentido restrito de família

Neste sentido, leciona Diniz, é a família o conjunto de pessoas unidas pelo matrimônio e pela filiação isto é, os cônjuges e a prole, bem como a comunidade composta por qualquer dos pais e seus descendentes, independente de permanecer o vínculo conjugal que a originou. Deste modo, inova a CRFB/88, ao retirar a expressão antiga de que somente seria família aquela fundada pelo casamento juntamente com o art. 1º, da Lei nº 9.278/96, e os arts. 1.511, 1.513, 1.723, do CC, que reconheceram como família a decorrente do matrimônio, e como entidades familiares às oriundas da união estável, e às monoparentais¹²¹.

O conceito de família também se altera de acordo com a área atuante da legislação, são os chamados critérios para a consideração da família.

¹¹⁸ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**, p. 4.

¹¹⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, p. 10.

¹²⁰ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**, p. 4.

¹²¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, p. 10-11.

3.1.4 Critérios da família

Diniz enumera em cinco, os chamados critérios para a consideração da família. Quais sejam:

I) critério sucessório: onde a família abrange os indivíduos chamados por lei a herdar um dos outros, compreendendo todos os parentes em linha reta, os denominados ascendentes e descendentes, os cônjuges, os companheiros e colaterais até 4º grau¹²²;

II) critério alimentar: entende-se por família, os ascendentes, descendentes e os irmãos¹²³;

III) critério da autoridade: restringe a família aos seus pais e filhos, uma vez que são as autoridades paterna e materna que se manifestam na criação e educação dos filhos¹²⁴;

IV) critério fiscal: em relação ao imposto de renda, a família consiste no marido, na mulher, nos filhos menores e maiores inválidos, ou que freqüentam a universidade até a idade de 24 anos, nas filhas enquanto solteiras e ao ascendente inválido, que vivam sob a dependência econômica do contribuinte, além dos filhos que morem fora do ambiente doméstico e que recebam pensão alimentícia por condenação judicial¹²⁵;

V) critério previdenciário: sendo a família abrangida pelo casal, filhos e filhas solteiras em qualquer condição até 18 anos de idade ou inválidos, incluindo a companheira do trabalhador¹²⁶.

Todavia, nenhum destes critérios deve ser considerado isoladamente, “entendendo-se como família o grupo fechado de pessoas,

¹²² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, p. 11.

¹²³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, p. 11.

¹²⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, p. 11.

¹²⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, p. 11.

¹²⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, p. 11.

composto de pais e filhos, e, para efeitos limitados, de outros parentes, unidos pela convivência e afeto, numa mesma economia e sobre a mesma direção"¹²⁷.

Por fim, antes de adentrar-se no tema principal do presente trabalho, importante se analisar os caracteres da família.

3.1.5 Caracteres da família

No que tange a caracteres, enumeram-se em seis, segundo Diniz, são:

I) Caráter biológico: onde o ser humano nasce, cresce e desenvolve-se numa família até constituir a sua própria, sujeitando-se a várias relações, como o poder familiar, prestação alimentar, entre outros¹²⁸.

II) O caráter econômico: onde o homem, com o auxílio mútuo e o conforto afetivo, se mune de elementos imprescindíveis para a sua realização profissional, material, intelectual e espiritual¹²⁹.

III) O caráter psicológico: onde se volta ao amor familiar, sentimento, que como o afeto, une os componentes do grupo, em busca do bem-estar comum¹³⁰.

IV) Caráter religioso: onde a família, como ser eminentemente ético e moral, influenciada pelo Direito Canônico e pelo Cristianismo, que mesmo com a laicização não perdeu tal característica¹³¹.

V) Caráter jurídico: onde a família possui sua estrutura orgânica regulada por normas jurídicas¹³².

VI) Caráter político: onde por ser a família a célula da sociedade, dela nasce o Estado¹³³.

¹²⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, p. 12.

¹²⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, p. 12-13.

¹²⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, p. 13.

¹³⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, p. 13.

¹³¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, p. 13.

¹³² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, p. 13-14.

Este último, como se viu no segundo capítulo, “tem especial proteção do Estado, que assegurará sua assistência na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos, por meio de lei ordinária, para coibir a violência no âmbito de suas relações [...] impondo sanções aos que transgridem as obrigações impostas ao convívio familiar”¹³⁴.

3.2 A FAMÍLIA ANÁLISADA SOB O ENFOQUE DO AFETO

Avançamos agora para uma visão mais social e humana do instituto da família, proposta central deste trabalho.

3.2.1 Afetividade

A afetividade compreende o bem estar do ser humano, em que são transmitidos os sentimentos de reciprocidade entre pessoas que se querem bem, que nasce com a convivência. É um elemento essencial para a formação da pessoa humana.

Os seres humanos estão destinados a viver em união, cada indivíduo possui o seu mundo interior, necessitando de carinho, atenção, valorização, companhia. Em todas as fases da vida é indispensável a afetividade para o desenvolvimento saudável do ser humano e adaptação ao meio social¹³⁵.

Um das maiores características da família atual é a afetividade, pois traduz o respeito de cada um por si e por todos os membros. Sentimentos naturais decorrem da convivência cotidiana pelo respeito, diálogo e compreensão, e não de uma legislação criada pelo Direito¹³⁶.

Neste sentido José Sebastião de Oliveira descreve:

A afetividade faz com que a vida em família seja sentida da maneira mais intensa e sincera possível, e isto só será possível

¹³³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, p. 13.

¹³⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, p. 13.

¹³⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil: Lei 10.406, de 10.01.2002**, p. 685-686.

¹³⁶ OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos constitucionais do direito de família**, p. 233.

caso seus integrantes vivam apenas para si mesmos: cada um é o “contribuinte” da felicidade de todos¹³⁷.

É na família que os laços de afetividade tornam-se mais fundamentais, pois sustenta os relacionamentos familiares contra os males externos.

Nota-se que quando a divisão de funções na família deixou de ser feita principalmente em razão do sexo e da idade para levar em consideração as aptidões individuais de cada integrante, seja o homem, a mulher ou os filhos, valorizou-se a pessoa e seus sentimentos¹³⁸.

Portanto, a formação de famílias deu ênfase ao valor sentimental, que ganhou dimensões significativas, preocupando-se com o indivíduo, independente do modo em que este construiu ou reconstruiu sua família.

Atualmente, a noção de afeto representa uma forma de visibilidade às relações familiares, visão esta contemporânea que pode ser localizada em algumas situações nas relações jurídicas atinentes ao Direito de Família: na formação e dissolução de casais e, principalmente, nas relações paterno-filiais¹³⁹.

Arnaldo Rizzardo, sobre o não reconhecimento da afetividade, dispõe:

Nesta concepção, impedir a plena realização da afetividade, ou não oportunizar a sua expansão, ou violentar ferindo, desprezando, menosprezando sentimentos que fazem parte da natureza humana, importa em amputar a pessoa na sua esfera espiritual e moral, cerceando a sua plena realização. Por isso, o direito não pode passar ao largo de certos estados pelos quais

¹³⁷ OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos constitucionais do direito de família**, p. 235.

¹³⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do direito contemporâneo**, p. 290-291.

¹³⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**, p. 298.

passa a pessoa, sem dar-lhe proteção, ou procurar ou reconstituir a ordem abalada ou afetada¹⁴⁰.

Portanto, o recebimento de afeto é indispensável para o ser humano, e o Direito precisa estar ao lado do prejudicado para tentar ajudá-lo a reparar o dano sofrido.

3.2.2 A família socioafetiva

A moderna concepção de família partiu de um aspecto desigual, patrimonial e formal, para o aspecto social e igualitário. Como conseqüência, a importância dos interesses individuais dos sujeitos da família, ou seja, a busca da felicidade como mola propulsora, provocou a valorização de elementos anteriormente secundários, dentre eles está a afetividade¹⁴¹.

Neste contexto, para Gama:

As famílias devem espelhar a própria formação democrática do convívio em sociedade; sob prisma político-ideológico, fundando-se em valores existenciais e psíquicos, próprios do ser humano, como os sentimentos de solidariedade, afeto, respeito, compreensão, carinho e aceitação, que afastam os valores autoritários, materialistas, patrimonialistas e individualistas que nortearam a família patrimonial. Qualquer abordagem contemporânea em matéria de família jurídica deve levar conta tal mudança de eixo. Assim, as transformações jurídicas exigem a funcionalização de qualquer aspecto patrimonial nas relações familiares ao atendimento das necessidades existenciais dos integrantes da família, voltadas aos valores e princípios encampados pelo documento constitucional de 1988 que, nessa matéria, merece acentuado destaque¹⁴².

Pode-se afirmar que a CRFB/88 proporcionou uma adequação legislativa baseada em novos contornos jurídicos da família contemporânea e nos desejos de seus membros em satisfazer seus interesses de

¹⁴⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil: Lei 10.406**, de 10.01.2002, p. 686.

¹⁴¹ FACHIN, Luiz Edson et al. **Repensando fundamentos do direito contemporâneo**, p. 290-291.

¹⁴² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Direito de família brasileiro**, p. 23.

realização afetiva e crescimento pessoal¹⁴³. É por este motivo que afirma Carbonera:

Assim, a família contemporânea é tomada como a “*comunidade de afeto e entre-ajuda*”, espaço onde as aptidões naturais podem ser potencializadas e sua continuidade só encontra respaldo na existência do afeto. É a família eudemonista, pois traduz o meio onde “acentuam-se as relações de sentimento entre os membros do grupo: valorizam-se as funções afetivas da família que se torna o refúgio privilegiado das pessoas contra a agitação da vidas nas grandes cidades e das pressões econômicas e sociais”. Este modelo foi denominado por Antunes VARELA de “existencialista, de base igualitária e funções indiferenciadas” (original com destaque)¹⁴⁴.

Nos dizeres de Gomes, “agrade ou não, o traço dominante da evolução da família é – na correta afirmação de Levy Bruhl – a sua tendência a se tornar um grupo cada vez menos organizado e hierarquizado e que cada vez mais se funda na afeição mútua”¹⁴⁵.

A sua tendência a se tornar um grupo cada vez menos organizado e hierarquizado e que cada vez mais se funda na afeição mútua refletiu no campo do Direito de Família, determinando a modificação de conceitos e a substituição de princípios fundamentais.

Gomes define a família, num sentido mais técnico, como “o grupo fechado de pessoas, composto dos genitores e filhos, e para limitados efeitos outros parentes, unificados pela convivência e comunhão de afetos, em uma só e mesma economia, sob a mesma direção”¹⁴⁶.

Para Fachin, a família configura-se numa aliança composta para representar harmonia e paradoxos, um elo entre o Direito e a sociedade, prossegue:

¹⁴³ FACHIN, Luiz Edson et al. **Repensando fundamentos do direito contemporâneo**, p. 290-291.

¹⁴⁴ FACHIN, Luiz Edson et al. **Repensando fundamentos do direito contemporâneo**, p. 291-192.

¹⁴⁵ GOMES, Orlando. **Direito de Família**, p. 21.

¹⁴⁶ GOMES, Orlando. **Direito de Família**, p. 35.

Sustenta-se uma concepção plural e aberta da família que, de algum modo, conforte, agasalhe e dê abrigo durante o trânsito da jornada de cada um e de todos coletivamente. Nela se ambiciona todo o desfrute possível sem perder a percepção poética da própria existência. Anda-se, pois, no equilíbrio da corda bamba do impossível. [...] Uma das propostas é edificar a família da amizade como vínculo. Propomos a família cidadã pela ternura e pelo afeto. Abrir espaço para o reconhecimento da inclusão na cidadania da amizade, que é, quem sabe, o que mais nos resta no tempo da intolerância¹⁴⁷.

A família se transformou, alterando o Direito de Família, deixando este de considerar o direito civilista positivado, e passou-se a tratar da família como resultado do próprio progresso da sociedade e da necessidade de novos valores acolhidos pela civilização contemporânea. Alude Gama:

A família, neste contexto, “é formação social, lugar-comunidade tendente à formação e ao desenvolvimento da personalidade de seus participantes; de maneira que exprime uma função instrumental para a melhor realização dos interesses afetivos e existenciais de seus componentes”. Não há mais lugar, no mundo atual, para o Direito de família aristocrático [...] sem qualquer conteúdo ético e humanista nas relações travadas entre os partícipes de tal organismo. [...] Houve uma completa reformulação do conceito de família, no mundo contemporâneo, não apenas no Brasil, mas no contexto do mundo globalizado. Em todos os cantos do planeta, o modelo tradicional de família vem perdendo terreno para o surgimento de uma nova família [...] “que continua sendo imprescindível como célula básica da sociedade, fundamental para a sobrevivência desta e do Estado, mas que se funda em valores e princípios diversos daqueles outrora alicerçadores da família tradicional” (original com destaque)¹⁴⁸.

A questão do afeto e do respeito aparece como interligação ao princípio da solidariedade familiar, indispensáveis para o estreitamento das relações entre os cônjuges e parentes¹⁴⁹.

¹⁴⁷ FACHIN, Luiz Edson. Família cidadã. **Del Rey Revista Jurídica**, p. 11.

¹⁴⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Direito de família brasileiro**, p. 6-7.

¹⁴⁹ LISBOA, Roberto Senise. **Manual elementar de direito civil**, p. 45-46.

Gama, acalado nas frases de Villela, descreve:

As relações de família, formais ou informais, indígenas ou exóticas, ontem como hoje, por muito complexas que se apresentem, nutrem-se, todas elas, de substâncias triviais e ilimitadamente disponíveis a quem delas queira tomar: afeto, perdão, solidariedade, paciência, devotamento, transigência, enfim, tudo aquilo que, de um modo ou de outro, possa ser reconduzido à arte e à virtude do viver em comum. A teoria e a prática das instituições de família dependem, em última análise, de nossa competência em dar e receber amor¹⁵⁰.

A solidariedade e a nuclearidade criam um clima afetivo privilegiado, baseado no respeito à liberdade e à igualdade nas relações familiares. Expõe Oliveira:

Ensina Sérgio Gischkow Pereira que o Direito é objeto cultural e que todo objeto cultural tem, como característica, ser valioso. O amor é um valor jurídico, e não será “logo no direito de família que deixará o valor jurídico do amor de merecer especial apreço. O significado, o sentido, a razão de ser, o valor de uma união entre duas ou mais pessoas é posto e subsiste em função da afeição que as vincula. Corolários desta asserção consistem em repetir o despotismo masculino; em vislumbrar na família um grupo fundado da mútua afeição, mais do que pela autoridade marital ou de quem quer que seja; em reduzir os fatores organizacionais e hierárquicos na estrutura familiar; em fomentar a liberdade e a igualdade nas interações familiares”¹⁵¹.

Afirma Silva que mesmo que o casamento seja repleto de formalidades impostas pelo Estado, uma áurea envolve o ato formal do matrimônio, que subjetivamente se colhe o *animus uxorius* dos noivos, envolvidos na felicidade, no carinho, amor, atração física, em detrimento aos aspectos materiais, nota-se:

Mesmo com a intervenção do Estado no ditame dos deveres comuns, o afeto se integra e sem ele não existiria o elemento

¹⁵⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Direito de família brasileiro**, p. 8-9.

¹⁵¹ OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais de direito de família**, p. 237-238.

fundamental da intenção volitiva para a convolação do matrimônio. Em suma, o casamento, analisado em suas nuances prévias, no momento exato de sua celebração e durante a sua vigência, possui evidência da necessidade permanente da interação afetiva, pois ela bem cultivada servirá como elemento incandescente e estimulador, envolvendo o carinho e o amor como elementos mantenedores de uma família saudável e estável para o bom desenvolvimento de uma nação¹⁵².

Modernamente, torna-se o casamento uma opção livre de barreiras e preconceitos, em que as pessoas buscam uma ligação baseada no sentimento recíproco de amor, respeito e confiança, sem considerar cor, raça, posição econômica ou religião. Assim, “sem dúvida, hoje, o modelo de família que prevalece é o eudemonista, ou seja, aquele pelo qual cada um busca na própria família, ou por meio dela, a sua própria realização, seu próprio bem-estar”¹⁵³.

Portanto, correto afirmar que poderão ser reconhecidos todos os tipos de família, uma vez que fundada no companheirismo, constituindo nova família por relações socioafetivas consolidadas. São os ensinamentos de Krügger:

Da análise doutrinária acima delineada, percebe-se que o aprisionamento do afeto dentro do casamento caiu por terra diante do reconhecimento de outras modalidades de uniões socioafetivas, como a família monoparental e a união estável. Sabemos que é a Justiça, ainda que conservadora, que aprecia os fatos sociais, e que o Poder Judiciário acaba agindo de acordo com o pensamento da sociedade. Dessa forma, a jurisprudência já vem emprestando juridicidade a esses fatos, albergando no conceito de família os vínculos que têm como afeto o componente principal. Nesse contexto, o novo Código Civil veio chancelar os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sugeridos pela sociedade, cujo processo é dinâmico, e poderá incorporar,

¹⁵² SILVA, Paulo Lins e. A interação do afeto nas relações de família. **Del Rey Revista Jurídica**, p. 18-19.

¹⁵³ GOBBO, Edenilza. A tutela constitucional das entidades familiares não fundadas no matrimônio. **Revista Consulex**, p. 45.

futuramente, institutos outros, ainda em discussão no meio social¹⁵⁴.

Diante de tal contexto, importante mencionar que o CC não previu o elemento da afetividade como requisito para a entidade familiar. Assim, nunca seria demais acrescentar que o afeto deveria ser considerado de forma expressa pelo Legislativo, no intuito de realçar sua importância para o Direito de Família. Defende Coltro:

Da mesma forma que o afeto é sinônimo de amizade, simpatia, amor, paixão, emoção ou inclinação [...] ele também está intrinsecamente ligado às expressões contidas [...] nos direitos e deveres dos conviventes, uma vez que tanto a intenção de constituir família quanto a convivência duradoura e o respeito e considerações mútuos [...] têm como ínsitos à moldura e conteúdo de cada um a manifestação do *afeto*, como “sentimento terno de adesão geral por uma pessoa”, ou seja, do próprio amor, sendo extremamente importante que a lei – [...] que têm a ver tanto com aquilo que se entende como necessário à caracterização da união de fato como com as conseqüências que dela podem advir – tenha dado ao *afeto* o valor jurídico que ele possui e já fora apregoado, ainda que aludindo ao amor, que dele é sinônimo [...]¹⁵⁵.

Deve considerar o Direito de Família, na sua aplicação, os intensos paradoxos das emoções dos indivíduos, sendo que o projeto parental instaura-se sob a construção e edificação afetiva. Alude Oliveira:

A grande tarefa desse novo tempo é a de transmutar os fundamentos axiológicos rigidamente normativos – que ontem norteavam o Direito de Família – em critérios interpretativos humanizados pela certeza de que o sentimento pertence à contextura do modelo familiar desejado. E que a família nuclear [...] distingue-se de todos os outros padrões familiares pelo sentido muito peculiar de solidariedade que une entre si os membros da unidade doméstica, ao mesmo tempo que os separa do resto da coletividade. Os membros [...] têm aguçado

¹⁵⁴ KRÜGER, Cátia Denise Gress. Uniões de afeto. **Revista Consulex**, p. 24-25.

¹⁵⁵ COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Um valor imprescindível. **Del Rey Revista Jurídica**, p. 16.

sentimento de viver num clima afetivo privilegiado que os protege contra qualquer intrusão, isolando-os atrás do muro da privacidade. O suporte emocional do indivíduo através da ambiência familiar não se exterioriza mais, nos dias que correm, apenas na tutela formal dos integrantes aglutinados, posto exigir doravante a afirmação da importância jurídica do afeto como expressão da dignidade da pessoa humana¹⁵⁶.

É para esse valioso universo de afeto que guardam mais riqueza de ordem subjetiva do que de subsistência material¹⁵⁷, que a ciência jurídica deve voltar-se valorando de uma forma igualitária essa nova visão das relações familiares. As características familiares modificaram-se profundamente, exauriu-se o caráter patrimonialista, religioso e patriarcal da família, para hoje se tornar possível uma ótica mais humana deste instituto fundamental. Não se vislumbra mais o Direito longe de outras ciências como a Sociologia, Antropologia, Filosofia, Economia e a Psicologia¹⁵⁸, a qual, esta última, encontra-se profundamente ligada à matéria deste trabalho científico.

3.2.3 O afeto como fator de dissolução dos casais

A afetividade é instrumento de manutenção ou esfacelamento do casamento, que, por vários séculos, teve sua indissolubilidade sustentada pela Igreja Católica, sendo que esta acabou não conseguindo mais explicar para uma sociedade desgastada por tantas uniões infelizes o motivo do dever de ostentar uma família meramente formal, que verdadeiramente já não existia. Leciona Oliveira:

Prova disso é que os tribunais têm constantemente negado partilha de bens entre cônjuges que se encontram separados de fato. Entendimento em contrário privilegia o caráter patrimonial do casamento, quando a tendência moderna é valorizar o caráter pessoal-afetivo que deve haver entre o casal. Da mesma forma, a jurisprudência é simpática à improcedência de ações de

¹⁵⁶ OLIVEIRA, Bertoldo Mateus Filho. Relacionamento interfamiliar. **Del Rey Revista Jurídica**, p. 32.

¹⁵⁷ MADALENO, Rolf. A multa afetiva. **Del Rey Revista Jurídica**, p. 33.

¹⁵⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A vitória da ética sobre a moral. **Del Rey Revista Jurídica**, p. 8.

separação judicial fundada em adultério, quando existia entre os cônjuges prolongada e firme separação de fato. Essas manifestações demonstram a prevalência dos aspectos amorosos-afetivos (que deve basificar as uniões) sobre os elementos acidentais, secundários como é o caso do matrimônio. Embora exista previsão legal expressa em sentido contrário aplicável ao casamento (art. 3º, Lei 6.515/77; arts. 230, 267, III e IV, CC), o jurista não pode trabalhar com normas ideais e que desprezam a realidade factual dos jurisdicionados¹⁵⁹.

Correto, diante deste contexto, afirmar que o elemento crucial na relação conjugal seja ela constituída por qualquer das espécies de família, é o afetivo. Não havendo afetividade, não existe razão para manutenção de uma estrutura falida e vazia de fundamento¹⁶⁰.

O casamento é compromisso, fidelidade, solidariedade, respeito mútuo, reciprocidade no afeto, sendo que a conduta desonrosa configura a transgressão de um dos deveres fundamentais da sociedade conjugal o que torna insuportável a vida em comum, o não atendimento da finalidade matrimonial pode ser resultado do desamor que pode levar à separação, se a vida a dois se torna intolerável¹⁶¹.

Hoje o vínculo patrimonial não é suficiente para manter a suportabilidade da vida em comum, posto que o próprio modelo jurídico se encarregou de oferecer maior relevância a um elemento, o afeto. Neste contexto, a transmissão do nome paterno, passou a ser muito mais uma demonstração de afeto do que de obrigação jurídica¹⁶².

Todavia, há de se reconhecer que, ainda hoje, existem casais que continuam vivendo sob o mesmo teto, não faltando com seus deveres materiais e paternos, mas entre eles o estado é de absoluta apatia, sem qualquer afeição conjugal. Isso, não pode mais se admitir, posto que, cessada a afetividade

¹⁵⁹ OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais de direito de família**, p. 240-241.

¹⁶⁰ OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais de direito de família**, p. 243.

¹⁶¹ Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação cível n. 40.651.Blumenau. Rel. Francisco Borges. Quarta Câmara Civil. DJESC. nº 8.962. p.17. j. 07/04/94.

¹⁶² FACHIN, Luiz Edson et al. **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**, p. 300.

deve qualquer um dos cônjuges requerer a separação judicial, observando que este fato não atribuirá a culpabilidade a qualquer dos cônjuges, somente se baseia no fim da vida em comum, no término do afeto, do carinho, das relações sexuais etc¹⁶³.

É necessário excluir do ordenamento jurídico brasileiro esta noção de culpa relacionada aos cônjuges como requisito para a dissolução de uma vida conjugal, quando muitas vezes, na verdade, independente de culpa, o afeto há muito não mais existe¹⁶⁴.

3.2.4 O Afeto na relação paterno-filial

Como se demonstrou, na família, base fundamental da sociedade, é visível a valoração do elemento socioafetivo, pois na integração pai-mãe-filho é fundamental o elemento afeto. A família só existirá quando vierem os filhos, pois antes do nascimento destes, o homem e a mulher são apenas um casal. É com a chegada do primogênito que o casal se transformará em família.

A constituição da prole pode ser realizada de várias formas, uma delas é a natural, onde a filiação consangüínea traz mais um membro para a família. Caso isto não possa ser feito, há vários métodos de fertilização artificial, na busca pela complementação e realização da família, bem como a adoção.

Explica Carbonera:

Certamente a adoção é um instituto jurídico apto a colocar fim a qualquer sombra de dúvida que pudesse existir acerca da importância do afeto nas relações de família, especialmente em razão de representar o estabelecimento de uma relação jurídica voluntária, com fins a formar uma família, isto é, uma comunidade onde o afeto e a valorização recíproca de seus componentes sejam elementos relevantes. Neste caso, os laços afetivos recebem a inequívoca tutela jurídica¹⁶⁵.

¹⁶³ MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. **Instituições de direito de família**, p. 198.

¹⁶⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A vitória da ética sobre a moral. **Del Rey Revista Jurídica**, p. 8.

¹⁶⁵ FACHIN, Luiz Edson et al. **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**, p. 303-306.

O pai socioafetivo é aquele que deu afeto, ou seja, o que cuidou, educou, exerceu as funções paternas. É esta a vitória do afeto sobre a moral que possibilita a visão de um Direito de Família mais contemporâneo. Deve se deixar claro que aqui não se quer excluir a vinculação biológica e sim incluir a socioafetiva, pois a essência da vida é dar e receber amor¹⁶⁶.

A paternidade socioafetiva fundamentasse na tendência de visualizar a família com instrumento de realização do ser humano¹⁶⁷. Expõe Almeida:

É fato que o elo biológico que une pais e filhos não é suficiente a construir uma verdadeira relação entre os mesmos. Basta verificar nas demandas de paternidade, que, muitas vezes, o filho conhece seu pai por meio de DNA, mas não é reconhecido por ele por meio do afeto. [...] É necessário construir o elo, cultural e afetivamente, de forma permanente, convivendo e tornando-se, cada qual, responsável pelo, dia após dia. Tais reflexões demonstram que se vive hoje, no Direito de Família contemporâneo, um momento em que há duas vozes soando alto: a voz do sangue (DNA) e a voz do coração (AFETO). Isto demonstra a existência de vários modelos de paternidade, não significando, contudo, a admissão de mais de um modelo deste elo a exclusão de que a paternidade seja, antes de tudo, biológica¹⁶⁸.

A paternidade afetiva reside num fato cultural, uma opção, ela não é um dado, e sim um construído, diferente da responsabilidade advinda da procriação. A verdade socioafetiva deve ser respeitada equilibradamente, é o que se chama de posse de estado do filho¹⁶⁹.

¹⁶⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A vitória da ética sobre a moral. **Del Rey Revista Jurídica**, p. 6.

¹⁶⁷ ALMEIDA, Maria Christina de. A paternidade socioafetiva e a formação da personalidade. **Del Rey Revista Jurídica**, p. 24.

¹⁶⁸ ALMEIDA, Maria Christina de. A paternidade socioafetiva e a formação da personalidade. **Del Rey Revista Jurídica**, p. 24.

¹⁶⁹ DELINSKI, Julie Cristine. **O novo direito da filiação**, p. 33-37.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para realizar o presente trabalho científico, no primeiro capítulo se fez necessário uma abordagem concisa do próprio Direito de Família.

No segundo capítulo abordou-se o progresso que a legislação vem sofrendo, como um reflexo das transformações que o instituto familiar percorreu ao longo dessas décadas, bem como os novos princípios atinentes ao Direito de Família atual.

O objetivo do terceiro capítulo foi o de se demonstrar a importância do sentimento afetivo na convivência dos membros familiares. Para isso, fez-se necessário, de início analisá-lo numa configuração didática, para depois analisá-lo através de uma visão socioafetiva, proposta central deste trabalho científico.

Feito isso, confirmou-se a primeira hipótese de pesquisa, ao ponto que o afeto deve ser considerado pelos legisladores, doutrinadores e julgadores, como um referencial na relação entre os membros familiares. Hoje não basta apenas a análise do ponto de vista biológico ou jurídico que envolve um núcleo familiar: é preciso analisar o afeto.

Deve-se considerar a questão afetiva como fator determinante para uma visão mais completa da composição do grupo familiar. A afetividade compreende o bem estar do ser humano, em que são transmitidos os sentimentos de reciprocidade entre pessoas que se querem bem, que nasce com a convivência. É um elemento essencial para a formação da pessoa humana. Os seres humanos estão destinados a viver em união, cada indivíduo possui o seu mundo interior, necessitando de carinho, atenção, valorização, companhia. Em todas as fases da vida é indispensável a afetividade para o desenvolvimento saudável do ser humano e adaptação ao meio social. Uma das maiores características da família atual é a afetividade, pois traduz o respeito de cada um por si e por todos os membros. Sentimentos naturais decorrem da convivência

cotidiana pelo respeito, diálogo e compreensão, e não de uma legislação criada pelo Direito. Portanto, confirma-se aqui a segunda hipótese de pesquisa.

Face às duas primeiras hipóteses, nota-se que o afeto revela-se como uma conquista para o Direito de Família. Assim cabe ao Direito ter sensibilidade para acompanhar e atender aos anseios vividos por essa sociedade através dos Poderes Legislativo e Judiciário. Confirmando assim a terceira hipótese de pesquisa.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALMEIDA, Maria Christina. A paternidade socioafetiva e formação da personalidade. **Del Rey Revista Jurídica**, Belo Horizonte.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 331 p. (atualizada até a Emenda Constitucional n. 31, de 14/12/2000).

BRASIL, **Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução ao código Civil Brasileiro (LICC). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>.

BRASIL, **Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Publicado no Diário Oficial da União de 5 de janeiro de 1916.

BRASIL, **Lei n. 379, de 19 de janeiro de 1937**. Regula o casamento religioso para os efeitos civis. Disponível em: javascriptshowPagina('netacgi/nph-brs.exe?sect1=NJURLE).

BRASIL, **Lei n. 883, de 21 de outubro de 1949**. Dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos. Disponível em: javascriptshowPagina('netacgi/nph-brs.exe?sect1=NJURLE).

BRASIL, **Lei n. 1.110, de 23 de maio de 1950**. Regula o reconhecimento dos efeitos civis ao casamento religioso. Disponível em: javascriptshowPagina('netacgi/nph-brs.exe?sect1=NJURLE).

BRASIL, Lei n. 5.478, de 25 de julho de 1968. **Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5478.htm> .

BRASIL, **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Organizado por Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos e Lívia Céspedes. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL, **Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977**. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm>.

BRASIL, **lei n. 7.841, de 17 de outubro de 1989**. Revoga o art. 358 da Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916 – código Civil e altera dispositivos da Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7841.htm>.

BRASIL, **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/8069cons.htm>.

BRASIL, **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Publicado no Diário Oficial da União de 11 de janeiro de 2002.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Um valor imprescindível. **Del Rey Revista Jurídica**, Belo Horizonte.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. 3 ed. São Paulo: Edipro, 2001.

DELINSKI, Julie Cristine. **O novo direito da filiação**. São Paulo: Dialética, 1997. 175 p.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: RT, 3ª edição, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro**. vol. 5. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 560 p.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. 8 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1982. 215 p.

FACHIN, Edson Luiz. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. Família cidadã. **Del Rey Revista Jurídica**, Belo Horizonte, MG, p. 11.

_____. et al. **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. 313 p.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito civil – teoria geral**, 2005.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito de família brasileiro**. São Paulo: Joarez de Oliveira, 2001.

GOBBO, Edenilza. A tutela constitucional das entidades familiares não fundadas no matrimônio. **Consulex – Revista Jurídica**, Brasília, DF, ano V, n. 97, p. 45, jan. 2001.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 474.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Volume VI, direito de família. 3º Ed. Editora Saraiva.

KRÜGER, Cátia Denise Gress. Uniões de afeto. **Consulex – Revista Jurídica**, Brasília, DF, ano VI, n. 136, p. 24-25, set. 2002.

ISHIDA, Valter Kenji. **Direito de família e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial**, de acordo com o novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2003.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual elementar de direito civil.** vol. 5. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, a. 36, n. 141, p. 103, jan/mar. 1999.

MADALENO, Rolf. A multa afetiva. **Del Rey Revista Jurídica**, Belo Horizonte, MG, p. 33.

_____. **Novas perspectivas no direito de família.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 2000. 184 p.

MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. **Instituições de direito de família.** São Paulo: Direito, 2000.

MANZATO, Maria Cristina Biazão. **A constituição como sistema de princípios e regras.** Revista de direito constitucional e internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 52, ano 13, jul./set. 2005, p.149-181.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil.** vol. 2. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. 926 p.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais:** teoria geral, comentários aos arts.1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002. 322 p.

NAZARETH, Eliana Riberti. **Guarda compartilhada e mediação familiar.** In: Guarda compartilhada. Aspectos jurídicos e psicológicos. Org. APASE. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005, 144 p.

OLIVEIRA, Bertoldo Mateus Filho. Relacionamento interfamiliar. **Del Rey Revista Jurídica**, Belo Horizonte, MG.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. União estável. **Del Rey Revista Jurídica**, Belo Horizonte, MG.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito de família**. vol. 5. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A vitória da ética sobre a moral. **Del Rey Revista Jurídica**, Belo Horizonte, MG.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**: Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. RJ: Forense, 2007.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. vol 6. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988**. 5^o edição, ver. Atual – Porto Alegre, Livraria do Advogado, Ed. 2007.

SILVA, Paulo Lins e. A interação do afeto nas relações de família. **Del Rey Revista Jurídica**, Belo Horizonte, MG.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: **Direito de família**, 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

WELTER, Belmiro Pedro. *Inconstitucionalidade do Processo de Adoção Judicial*. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 30 de maio de 2008.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos direitos”**. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2003.