

AS RELAÇÕES FAMILIARES CONTEMPORÂNEAS: UMA ANÁLISE À LUZ DAS TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO DE FAMÍLIA

THE CONTEMPORARY FAMILY RELATIONS: AN ANALYSIS IN THE LIGHT OF FAMILY LAW CHANGES

Matheus Ferreira Bezerra

Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).

Professor da Universidade do Estado da Bahia (UNEB).

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2629-6543>

E-mail: matheusferreirabezerra@gmail.com

Resumo: O presente trabalho, partindo-se de uma contextualização evolutiva, busca analisar a família brasileira à luz das relações jurídicas desenvolvidas entre os seus integrantes, nas suas diversas formas de constituição reconhecidas pelo direito brasileiro, propondo-se, assim, uma mudança de tratamento, a fim de que a família, geralmente vista sob a ótica dos institutos jurídicos, passe a ser analisada pela ótica destas relações interpessoais desenvolvidas, ou seja, prestigiando o ser humano, a fim de que o direito de família possua um tratamento mais condizente com os acontecimentos sociais e com os valores assegurados pela Constituição brasileira, principalmente, em respeito aos princípios da dignidade humana, da afetividade, do convívio familiar e da pluralidade familiar.

Palavras-chave: Evolução do direito. Família. Afetividade. Convivência familiar. Pluralismo.

Abstract: This paper, starting from an evolutionary context, seeks to analyze the Brazilian family in the light of legal relationships developed between its members, in its various forms composition recognized by Brazilian law, proposing thus a change of treatment, to the family, generally seen from the perspective of legal institutions, pass to be analyzed from the perspective of these developed interpersonal relations, that is, honoring humans, so that family law has a more consistent treatment with social events and the values guaranteed by the Brazilian Constitution, especially in respect to the principles of human dignity, of affection, of family life and family diversity.

Keywords: Evolution of law. Family. Affectivity. Family life. Pluralism.

Sumário: **1** Introdução – **2** As transformações do direito de família – **3** A reconstrução dos pilares do direito de família – **4** As relações familiares contemporâneas: por uma tutela diferenciada – **5** Conclusões – Referências

1 Introdução

A família é um grupo social de grande importância para a ciência jurídica, devido ao fato de o seu processo de desenvolvimento estar intimamente ligado aos aspectos econômicos e sociais ao longo do tempo e do espaço.

Nesse contexto, a família brasileira passou por inúmeras transformações ao longo da história do Brasil, desde o momento da colonização, com a junção das perspectivas locais, dos povos indígenas, que habitavam o território, com os valores europeus trazidos inicialmente pelos portugueses com o início da ocupação territorial portuguesa e, posteriormente, com os grandes movimentos migratórios, até o momento atual.

Neste processo de transformação, verifica-se uma mudança ainda não concluída do colonialismo brasileiro, sedimentada por valores ruralistas, sexistas, religiosos e segregatórios, para uma sociedade capitalista, guiada pelo dinheiro, pela força produtiva do trabalho, e não mais pelo *status* social e pela posse de terras, no qual inúmeros grupos minoritários, historicamente excluídos de direitos, como mulheres, negros, indígenas, gays, trabalhadores de classes menos abastadas, passaram a ter representação econômica, seja a partir da percepção de dinheiro pelo trabalho, seja pelo enquadramento na condição de consumidor, o que implicou alterações estruturais na sociedade, principalmente, nos últimos anos.

Somando-se aos aspectos econômico-sociais, que pressionaram uma transformação no tratamento destinado a estes grupos, ao aspecto jurídico que, abandonando o liberalismo e o positivismo clássico, estritamente ligado à lei, assumiu a inserção de valores sociais e humanos ao conteúdo jurídico, para permitir o direcionamento da norma jurídica aos padrões de justiça em detrimento à legalidade, muitas vezes em conflito na aplicação ao caso concreto, bem como uma maior preocupação do Estado com a família.

Nesse sentido, tanto o Estado passou a intervir mais nas relações familiares, especificamente, como o direito se transformou para considerar o valor humano, a partir da sua dignidade, como o centro da normatividade jurídica, o que fez com que o ordenamento jurídico brasileiro sofresse uma verdadeira ruptura das suas bases, sobretudo, no direito de família, que concentrava a sua proteção à família, enquanto grupo, esquecendo-se, muitas vezes, da proteção a ser dada aos membros como pessoas.

Por conseguinte, as transformações sociais e jurídicas, nos últimos anos, evidenciaram um grande afastamento entre o comportamento social e a norma jurídica, que proporcionou um enorme hiato entre a realidade das composições familiares de fato e a proteção jurídica conferida pela lei, o que permitiu o aparecimento de inúmeros conflitos judiciais, uma vez que a nova concepção de família, trazida pelos anseios sociais, ainda não havia sido assimilada no meio jurídico.

Apenas para argumentar, ressalte-se que entre o real (fato) e o formal (norma), muitas situações jurídicas permaneceram desamparadas, por muitos anos, existindo num verdadeiro *limbo*, como as relações fora do casamento, as uniões estáveis, os concubinatos, as filiações extraconjugais, as relações homoafetivas, a chefia do grupo familiar, o divórcio e o desquite, a alienação parental, que demonstraram a grande turbulência existente no direito de família dos séculos XX e XXI, quando todos estes temas vieram à tona, ainda existindo discussões inacabadas sobre eles.

Ademais, ressalte-se que atualmente muito se discute sobre a família, dita a base da sociedade, bem como sobre o seu papel para a promoção do ser humano, na qual o homem passa a ocupar o centro da norma jurídica.

Neste contexto, o presente trabalho busca uma abordagem sobre as transformações sofridas pelo direito de família nos últimos anos, partindo-se de transformações gerais para as específicas, ligadas a este ramo do direito civil.

2 As transformações do direito de família

A família contemporânea sofreu profundas transformações em relação ao modelo existente até o início do século XX no Brasil, quando ainda era um país eminentemente rural, com fortes resquícios da escravidão e dominado por uma forte influência ideológica da Igreja católica.

Esta noção de família direcionada a tutelar, principalmente, os donos de terras, fazendeiros, senhores de engenho, alguns habitantes da zona urbana, estava assentada na ideia de família, como célula única, cujo núcleo seria o casamento direcionado pelo homem e voltado para proteger os interesses deste mesmo homem, muitas vezes, em detrimento ao direito dos demais membros do grupo familiar.

Por conta disso, o casamento era tão importante para a sociedade, uma vez que o direito permitia uma espécie de *caput diminutio* da mulher, uma vez que esta, quando casada, perdia a sua capacidade, uma barreira para que os filhos e irmãos foram reconhecidos como sujeitos de direitos e que grupos familiares que existiam como família, pudessem alcançar este *status* jurídico sem o matrimônio. Desse modo, observa-se que, por muitos anos, o direito de família esteve mais preocupado com a forma propriamente que com o conteúdo da família, direcionando mais a sua proteção ao casamento que às relações familiares.

Nesse sentido, o direito de família brasileiro, conforme projetado pelo Código Civil de 1916, esteve mais ligado às raízes pretéritas dos institutos que direcionado a contemplar os novos rumos que a sociedade e o direito experimentaria nos

anos seguintes. Porém, com o passar dos anos e com o manifesto distanciamento entre o direito positivado e a sua aplicação prática, pois aquela família idealizada pelo direito oitocentista não correspondia aos anseios da população em geral, haja vista a existência de muitas pessoas desprovidas de direitos, principalmente porque não se encontravam inseridas no casamento, tido como a forma de proteção da entidade familiar.

Contudo, este posicionamento contrastante com a realidade social efervescente do século XX, que impôs modificações sociais, econômicas e ideológicas ao direito, começou a ruir e, por consequência, abalar as estruturas deste paradigma de concepção familiar, como observa o magistério de Paulo Lôbo:

Ao longo do século XX, até a Constituição de 1988, houve a progressiva redução do “*quantum* despótico” do direito de família brasileiro, ou das desigualdades que ele consagrava. A família patriarcal perdeu gradativamente sua consistência, na medida em que feneciam os sustentáculos, a saber, o poder marital, o pátrio poder, a desigualdade entre os filhos, a exclusividade do matrimônio como requisito de legitimidade. No campo legislativo, três grandes diplomas legais transformaram este paradigma: a) a Lei 883/49, que permitiu o reconhecimento dos filhos ilegítimos e conferiu-lhes direitos até então vedados; b) a Lei n 4.121/62, conhecida como o Estatuto da Mulher Casada, que retirou a mulher casada da condição de subalternidade e discriminação em face do marido, particularmente da odiosa condição de relativamente incapaz; c) a Lei n 6.515/77, conhecida como Lei do Divórcio, que assegurou aos casais separados a possibilidade de reconstruírem suas vidas, casando-se com outros parceiros, rompendo de uma vez a resistente reação da Igreja, além de ampliar o grau de igualdade de direitos de filhos matrimoniais e extramatrimoniais.¹

Nesse sentido, além das mencionadas alterações legislativas, após a entrada em vigor do Código Civil de 1916, o direito privado brasileiro passou por profundas transformações, motivadas pelas alterações sociais, políticas e econômicas da sociedade, que impulsionaram uma revisão das posições liberais e positivistas até então adotadas.²

¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 39.

² Nesse sentido, leciona Gustavo Tepedino: “Esta era de estabilidade e segurança, retratada pelo Código Civil Brasileiro, entra em declínio na Europa já na segunda metade do século XIX, com reflexos na política legislativa brasileira a partir dos anos 20. Os movimentos sociais e o processo de industrialização crescentes do século XIX, aliados às vicissitudes do fornecimento de mercadorias e à agitação popular, intensificadas pela eclosão da Primeira Grande Guerra, atingiram profundamente o direito civil europeu, e também, na sua esteira, o ordenamento jurídico brasileiro, quando se tornou inevitável a necessidade de

Por conseguinte, o direito de família sofreu profundamente os impactos das mudanças sociais do século XX, tanto sob o ponto de vista geral, com alterações no direito privado que o influenciaram, juntamente com os demais ramos privatísticos, com os movimentos de publicização, repersonalização e constitucionalização, quanto sob o ponto de vista específico, com as alterações dos seus institutos, influenciados pelos novos rumos dados ao direito.

2.1 As transformações gerais do direito privado

Sob os aspectos gerais, pode-se dizer que existem alterações promovidas no direito privado que influenciaram seus diversos ramos, com movimentos que promoveram uma revisão do conteúdo e da utilidade de cada instituto jurídico, a fim de consagrá-los com os valores sociais, que trouxeram três importantes movimentos, a publicização, a repersonalização e a constitucionalização.

Desse modo, num primeiro momento, com o fenômeno da publicização, o direito privado brasileiro trouxe à tona uma maior importância dos institutos jurídicos para o Estado, que, afastando-se modelo liberal, passou a regular algumas relações sociais, representando uma profunda migração de temas antes acobertados como exclusivos do direito privado para o direito público. Nesse sentido, este movimento representou grandes transformações na estrutura legislativa infraconstitucional,³ que além de passar por uma maior disciplina (regulação), também permitiram uma maior intervenção estatal nas relações privadas.

Noutro plano, a repersonalização do direito privado representou outro grande fator de transformação, posto que o indivíduo abstrato, concebido pelo liberalismo jurídico, passou a ser visto como pessoa para ser posicionado acima do patrimônio da tábua de valores do direito,⁴ a fim de se permitir que o homem

intervenção estatal cada vez mais acentuada na economia” (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2001. p. 4).

³ Explicando a publicização do direito privado, e diferenciando-a do processo de constitucionalização, segue a lição de Paulo Lôbo: “[...] a publicização deve ser entendida como o processo de intervenção legislativa infraconstitucional, ao passo que a constitucionalização tem por fito submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos. Enquanto o primeiro fenômeno é de discutível pertinência, o segundo é imprescindível para a compreensão do moderno direito civil” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do direito civil*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999. p. 101).

⁴ Sobre a repersonalização do direito civil, explica Roxana Cardoso Brasileiro Borges: “A grande tônica do direito civil até então, antes da inserção do valor da pessoa humana, eram as relações patrimoniais. Mesmo as disposições sobre o direito de família sempre foram muito mais voltados para as relações econômicas do que para as relações pessoais ou existenciais. A essa alteração se tem chamado de despatrimonialização do direito civil, principalmente no direito de família. E o Código Civil, que, devido ao liberalismo econômico e ao individualismo jurídico, sempre se voltou mais para os bens do que para as pessoas, acabou

fosse posicionado acima dos interesses patrimoniais tradicionalmente regulados pelos ramos privatistas.

Por fim, no processo de constitucionalização do direito privado, os institutos jurídicos passaram a ser interpretados a partir da norma constitucional, e não da norma civil, como se fez anteriormente. Desse modo, os valores constitucionais, os ideais, os princípios e os fundamentos trazidos pela Carta Magna passaram a direcionar os estudos em direito civil, uma vez que, com a Constituição Federal de 1988, alguns princípios por ele tratados foram consolidados.

Doravante, mostrou-se necessária uma nova leitura das normas jurídicas, a partir de novos valores estruturantes da ciência jurídica, trazidos tanto com as transformações sociais, políticas e econômicas do século XX, como pelo anseio popular de uma construção, no Brasil, de uma sociedade livre, justa e solidária, como ficou estabelecido na Constituição Federal de 1988.

Apenas para argumentar, trata-se de um momento em que a ciência jurídica, transcendendo positivismo clássico, preconiza que a norma seja acrescida de valores, capazes de direcionar uma aplicação mais justa, que não aquela limitada aos ditames estritamente previstos em lei, a partir, principalmente, da construção do princípio da dignidade humana, que, aos poucos foram derrubadas pelo direito.

Além dessas transformações que representaram uma maior intervenção do Estado, uma valorização do ser humano em relação aos interesses patrimoniais e a compreensão do direito privado a partir das regras e dos princípios constitucionais, outras mudanças, mais específicas ao direito de família mostraram-se importantes para a compreensão deste ramo à luz de um novo modelo de disciplina jurídica.

2.2 As transformações específicas do direito de família

Sob o ponto de vista mais específico do direito de família, as suas relações internas foram fortemente influenciadas pelos movimentos do direito privado e sobre a própria mudança da concepção de seus institutos jurídicos.

sofrendo diversos deslocamentos axiológicos” (BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 82). No plano específico dos direitos de família, Paulo Lôbo assim analisa: “A família ao converter-se em espaço de realização de afetividade humana e da dignidade cada um de seus membros, marca o deslocamento da função econômica-política-religiosa-procracional para essa nova função. Essas linhas de tendência enquadram-se no fenômeno jurídico-social denominado repersonalização das relações civis, que valoriza o interesse da pessoa humana mais do que as relações patrimoniais” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 307, 10 maio 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5201>. Acesso em: 21 ago. 2013).

A abordagem do direito de família contemporâneo tem sofrido constantes mudanças de paradigma, evidenciando crises nos seus conceitos, sobretudo, porque a ciência jurídica ainda não firmou as bases do seu conhecimento com solidez capaz de permitir um desenvolvimento condizente com a nova dinâmica das relações familiares.

Nesse sentido, num primeiro momento, observa-se que o direito de família somente considera estas relações familiares a partir de uma análise objetiva que compreende os laços familiares pela consanguinidade, em sentido amplo, ou pelo casamento em sentido estrito.⁵

Porém, num segundo momento, abandona-se o aspecto objetivo para contemplar valores existenciais e interpessoais que definem as relações familiares contemporâneas, de modo que o conceito de família passou por uma crise⁶ nos últimos anos, como indaga e explica Rodrigo da Cunha Pereira:

Nossa velha e constante indagação persiste: o que é e o que garante a existência de família? Certamente não é o vínculo jurídico nem mesmo laços biológicos de filiação são garantidores. Essas relações não são necessariamente naturais. Elas são da ordem da cultura, não da natureza. Se assim fosse não seria possível o milenar instituto da adoção, por exemplo [...].⁷

Nesse sentido, partindo-se do conceito de que o direito é fato, valor e norma, vale salientar que a noção de família sofreu profundas transformações em relação ao modelo existente até o início do século XX no Brasil, quando ainda era um país eminentemente rural, com fortes resquícios da escravidão e dominado por uma forte influência ideológica da Igreja católica, posto que uma vez que se mudaram os fatos sociais e os valores, exigiu-se também uma mudança de norma.

Doravante, esta noção de família direcionada a tutelar, principalmente, os donos de terras, fazendeiros, senhores de engenho, alguns habitantes da zona urbana, estava assentada na ideia de família, enquanto célula única, cujo núcleo seria o casamento direcionado pelo homem e voltado para proteger os interesses

⁵ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 6.

⁶ Segundo Caio Mário da Silva Pereira, explicando a distinção entre a crise na família e a crise no conceito de família, assim leciona: “Homens de pensamento, com muita freqüência, aludem à crise da família, proclamando e lamentando a sua degradação. Mais aparente que real, pois o que se observa é a mutação dos conceitos básicos, estruturando o organismo familiar à moda do tempo, que forçosamente há de diferir da conceptualística das idades passadas” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. V. p. 7).

⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 58, p. 195-201, maio/ago. 2006. p. 198.

deste mesmo homem, muitas vezes, em detrimento ao direito dos demais membros do grupo familiar, de modo que o direito de família brasileiro, conforme projetado pelo Código Civil de 1916, esteve mais ligado às raízes pretéritas dos institutos que direcionado à contemplar os novos rumos que a sociedade e o direito experimentaríamos nos anos seguintes.⁸

Nesse sentido, Caio Mário da Silva Pereira⁹ chega a afirmar que as legislações anteriores tinham a preocupação tão mais focada aos institutos jurídicos, posto que faziam alusão ao casamento, à filiação, ao regime de bens sem sequer fazer menção à palavra família, o que demonstra qual o enfoque dado aos relacionamentos familiares.

Por conseguinte, o direito de família se transformou para abrigar uma nova concepção de família existente na atualidade, que não condiz mais com aquela projetada pelo Código Civil de 1916, passando, assim, por uma verdadeira desconstrução dos seus institutos para contemplar um novo modelo.

2.3 A desconstrução dos pilares do direito de família brasileiro do século XX

Como analisado anteriormente, as transformações sociais impuseram mudanças na estrutura da família que repercutiram no direito de família brasileiro, que passou por uma verdadeira desconstrução dos conceitos que lhe davam a sustentação necessária para a proteção jurídica estabelecida pela via lógico-institucional do positivismo que marcou, principalmente, o Código Civil de 1916.

De fato, a positivação do direito civil brasileiro anterior estava marcada pela visão individualista, patrimonialista e normativista que, no direito de família, estabelecia como dogmas estruturantes o casamento como uma instituição, a biologização das relações de paternidade e o patrimonialismo das relações familiares.

2.3.1 A desconstrução do “sagrado” casamento

Em primeiro lugar, pode-se afirmar que o casamento sempre foi considerado pelo direito de família brasileiro como o instituto jurídico de maior importância,

⁸ Neste sentido, Orlando Gomes ensina que o Código Civil brasileiro (1916) consagrou um posicionamento mais retrógrado, seguindo as tradições lusitanas, que o Código Civil português de (1867), uma vez que a classe politicamente dominante no Brasil representava uma resistência a mudanças (GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006).

⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. V.

uma vez que a própria compreensão de existência de uma família reconhecida pelo ordenamento decorria da constituição válida do casamento.

Neste sentido, o casamento era visto como o único meio hábil para a constituição de uma família, defendida como uma instituição, a ser “protegida” pelo Estado, algumas vezes, contra a própria vontade dos cônjuges, o que somente veio a mudar a partir de três fatos históricos para o direito de família brasileiro: 1º) a separação do Estado e da Igreja (católica); 2º) o reconhecimento de direitos a partir da sociedade de fato e 3º) a permissão do divórcio.

O primeiro destes elementos, a separação do Estado e da Igreja, possibilitou a criação do casamento civil, o que, embora naquele momento não tenha representado um verdadeiro afastamento da ideia de casamento como instituição, como defendido por alguns doutrinadores, e não como contrato, ao menos, retirou da liderança religiosa o poder de declarar a constituição da família, permitindo tanto a sua democratização, para aqueles que não professavam uma religião, ou a religião autorizada à celebração do casamento religioso, quanto transferiu a subordinação do indivíduo casado ao Estado, constituído por normas, e não mais à Igreja, constituída de dogmas, trazendo a possibilidade de mutação.

O segundo, o reconhecimento de direitos a partir das sociedades de fato, representou a perda de uma exclusividade do casamento para a formação da família e abriu a oportunidade para o reconhecimento de situações de fato no direito brasileiro, dotadas de repercussão jurídica, como a edição da Súmula nº 380¹⁰ do Supremo Tribunal Federal que, utilizando a teoria da sociedade de fato, abandonou os rigorismos do Código Civil de 1916 e reconheceu a divisão patrimonial em 1964, o que representou grande avanço para a sociedade da época que, mesmo não reconhecendo a existência de uma família naquele momento, por entender que o casamento era mais importante que as relações de fato evidenciadas, permitiu a divisão patrimonial entre os companheiros.

Todavia, ao substituir a abordagem da família-instituição pela da família-relação, permite-se que o direito de família transcenda definitivamente a concepção de que os institutos jurídicos tenham mais força que as próprias relações existenciais em que as pessoas se encontram imersas no ambiente familiar, o que representou um abandono da compreensão de família “legítima” e, mais tarde, uma ampliação das formas de constituição da família.

¹⁰ De acordo com a Súmula nº 380 do STF: “comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 380. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. Aprovação em 03/04/1964. *DJ*, 8 maio 1964. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 20 jun. 2015).

Este olhar da família como relação jurídica e não mais como uma instituição faz com que se possa entender a realidade fática do ambiente familiar, à luz do que se apresenta como uma entidade familiar, em arrimo aos valores constitucionais, pautada, principalmente, nos princípios da dignidade humana, da afetividade e da convivência familiar, a ponto de se estender a compreensão de família, a fim de abrigar as formas plurais pelas quais ela se manifesta na sociedade brasileira.

O terceiro, a permissão do divórcio, por sua vez, acabou com a ideia de casamento como um vínculo indissolúvel, ainda que com limitações à possibilidade desta dissolução, fazendo com que a vontade dos cônjuges passasse a ser respeitada para a continuidade do matrimônio e os vínculos familiares se sobrepujassem ao casamento. Esta mudança representou a superação de um paradigma, posto que os adeptos da teoria institucionalista, com base na ideologia da Igreja católica, não entendiam o casamento como um contrato justamente por não se permitir o seu distrato.¹¹

Nesse momento, verifica-se a superação da visão institucionalista do casamento, que posiciona a família-instituição acima dos interesses dos seus integrantes, pela visão contratualista, que considera o casamento um contrato, permitindo que a vontade humana fosse respeitada, não só na sua celebração, mas também no seu encerramento.

Desse modo, estes três momentos, reafirmaram a importância do ser humano perante o casamento, que consagraram um novo rumo para o seu tratamento pelo direito às relações horizontais, que se mostraram tão profundas quanto as modificações nas relações verticais, como a filiação.

2.3.2 A desconstrução da “biologização” da família

Outro aspecto relevante para o direito de família no século XX foi a “desbiologização” da filiação, com o reconhecimento da existência de vínculos do parentesco, mesmo quando não estejam presentes os vínculos biológicos.

Num primeiro momento, a importância dos aspectos genéticos não se mostrou tão prevalente, pois o reconhecimento da filiação defendia a “causa jurídica legítima”, ou seja, a existência do casamento para que os filhos fossem considerados “legítimos” pelo direito brasileiro. Estes eram abrigados pela relação jurídica capaz de permitir o vínculo jurídico com seus pais, o que não ocorria com os filhos “naturais” ou “extramatrimoniais”, que possuíam a vinculação biológica, mas não a jurídica.

¹¹ WALD, Arnold. *O novo direito de família*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

Com a mudança desse posicionamento que implicou uma maior relevância do aspecto biológico sobre o jurídico (casamento), inaugurou-se um novo momento no direito brasileiro, de modo que o pai passou a ser determinado independentemente da causa jurídica e sim pela causa biológica.

Esta transformação ocorreu de forma lenta, para combater a forte rejeição sofrida pelos filhos ditos “ilegítimos”, que eram considerados como marcados pelo pecado de seus pais, com o reconhecimento franqueado dos naturais pelo Projeto Beviláqua, além de permitir a investigação de paternidade, reforçado posteriormente com a igualdade conferida entre os filhos naturais pela Carta Constitucional de 1937 e pelo Decreto-Lei nº 4.737/1943, que facilitou o reconhecimento dos filhos “adulterinos”, havidos fora do casamento.¹²

Todavia, ao longo dos anos, a ideia de paternidade como um dever (responsabilidade) e não somente como um direito promoveu uma transformação qualitativa das relações de filiação, de modo a se consagrar não apenas o vínculo biológico-formal entre pais e filhos, mas também a realidade de fato decorrente da afetividade (vínculo afetivo-material).

Assim, o estabelecimento de uma origem genética passou a representar o conteúdo do direito da personalidade, não definindo mais a paternidade de alguém, pois o estado da filiação decorre de uma comunhão afetiva independentemente da existência de laços consanguíneos.¹³

Não obstante as mudanças no casamento e na filiação, outro aspecto é de grande relevância na transformação do direito de família que é a “despatrimonialização” das relações familiares.

2.3.3 A desconstrução do “patrimonialismo” das relações de família

Além das duas mudanças supramencionadas, outro aspecto de relevância é o processo de “despatrimonialização” das relações familiares, que permitiu o reconhecimento do direito de família como meio de consagrar a dignidade humana, afastando-se a ideia de família com parte do seu patrimônio.

Ao contrário dos outros dois aspectos que se encontram já em fase de consolidação no direito brasileiro, não se discutindo mais a natureza da união estável ou da filiação socioafetiva, mas os seus desdobramentos sociais, como a união

¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. V.

¹³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

entre pessoas do mesmo sexo ou a união paralela, ou a multiparentalidade, a “despatrimonialização” do direito de família ainda está em fase inicial.

Com efeito, o estudo da família atual ainda guarda resquícios de outrora, quando a família era tida como uma extensão da propriedade do seu chefe e os institutos desta seara visavam apenas resguardar o *pater familiae* em face dos demais indivíduos que possuíam papel secundário e, na maioria das vezes, de subserviência, o que se reflete ainda com a utilização de expressões típicas de direitos reais, como a “posse” do estado de casados ou da filiação ou mesmo num comportamento social que evidencia o sentimento de posse sobre o outro a ponto de desencadear a violência no ambiente familiar ou mesmo de crédito, quando se fala em “débito conjugal”.

Neste sentido, a transformação da “família patrimonial” para uma “família existencial” representa uma prospecção e não uma constatação, mas tem as suas bases assentadas nos questionamentos contemporâneos sobre os direitos humanos no ambiente familiar, que devem conduzir o direito de família a trazer uma temática existencialista sobre seus institutos, ressaltando o “ser” no espaço familiar.

Desse modo, uma vez que os antigos pilares do direito de família brasileiro foram preteridos, a ciência jurídica se encarregou de encontrar novas bases de sustentação para a reconstrução do direito de família e para a compreensão da família, a fim de que o direito pudesse atender à realidade social.

3 A reconstrução dos pilares do direito de família

Uma vez que os institutos jurídicos fundamentais para o direito de família sofreram profundas transformações nos últimos anos, perdendo as características que lhes davam sustentação no sistema anterior, uma nova forma de análise se fez necessária para contemplar os anseios contemporâneos da sociedade.

Desse modo, a superação da crise do modelo formalista-normativista da família existente preteritamente passa, primeiro, pela construção de um modelo caracterizado por regras, princípios e valores, segundo, por um modelo que não encontre uma resposta pronta, definida *a priori*, e terceiro, por um modelo que coloque o aspecto subjetivo, composto pelo ser humano, em que o sujeito e as suas relações sejam colocados à frente do objeto analisado (o casamento ou o parentesco).

3.1 A tutela pós-positivista: um sistema de regras e princípios

A partir destas transformações, o direito civil modificou o próprio direcionamento a ser dado pelo direito de família, trazendo à tona uma releitura dos seus

institutos jurídicos, que culminaram com uma verdadeira ruptura da proposta anterior, a fim de se construir uma nova concepção de família, que passou a ser conjugada com os direitos fundamentais.

Assim, a superação do positivismo jurídico também representou significativos reflexos no direito de família, que deixou de ser concebido como um modelo apriorístico, a partir de uma norma jurídico-positiva abstrata para ser compreendido como um modelo a ser entendido no caso concreto, a partir dos princípios e dos valores concebidos pela sociedade, como analisa Ricardo Maurício Freire Soares:

O papel do intérprete e aplicador do direito seria, portanto, o de reconstruir racionalmente a ordem jurídica vigente, identificando os princípios fundamentais que lhe dão sentido. Rompe-se, assim, com a dicotomia hermenêutica clássica que compõe a descoberta (cognição passiva) e a invenção (vontade ativa) na busca dos significados jurídicos. O hermeneuta, diante de um caso concreto, não estaria, assim, criando direito novo, mas racionalizando o material normativo existente. O de que se trata é de buscar identificar os princípios que podem dar coerência e justificar a ordem jurídica, bem como as instituições políticas vigentes. Cabe ao intérprete orientar-se pelo substrato ético-social, promovendo, historicamente, a reconstrução do direito, com base nas referências axiológicas indicados pelos princípios jurídicos.¹⁴

Com a derrocada deste modelo, o direito civil foi reformulado em 2002, com uma nova proposta, na qual a comunidade jurídica tem uma participação mais ativa no sentido das normas, através da adoção de uma linguagem mais aberta e voltada para o futuro, diferentemente do sentido exegético atribuído ao Código Civil de 1916.¹⁵

Assim, uma nova proposta de família passou a ser vista na análise da sociedade, considerando os fatos, e não somente o aspecto formal, e os valores envolvidos nesta relação, que não cabiam mais nos textos jurídicos expressos.

Nesse sentido, o Código Civil de 2002 traz uma nova metodologia ao sistema jurídico civil, abrindo-se espaço para a construção de cláusulas gerais, para facilitar as inovações jurídicas e as constantes adaptações impostas pelas

¹⁴ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁵ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O culturalismo de Miguel Reale e sua expressão no Novo Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

transformações sociais, a partir do trabalho da jurisprudência, diferentemente do que ocorre quando a normatividade é feita de forma pontual.¹⁶

3.2 O subjetivismo do direito de família

A Constituição Federal de 1988 trouxe importante contribuição ao direito de família, como um sistema aberto e dinâmico, ao defender a dignidade humana, como seu fundamento e os direitos fundamentais, como à liberdade e à igualdade, bem como ao reconhecer a pluralidade familiar, a convivência e a paternidade responsável, para subsidiar o intérprete perante as novas composições sociais de família.

Destarte, o direito de família deixou de se preocupar com a proteção do instituto do casamento, como forma de se proteger a família, enquanto instituto, e passou a se preocupar cada vez mais com as pessoas que compõem esta família, donde se entende que o indivíduo, visto agora como um ser humano, passou a ocupar um lugar de maior destaque.

Neste sentido, a família passou a ser espaço de promoção dos direitos dos seus integrantes, como uma forma de realização do próprio ser humano, adequando-a às novas realidades, como leciona Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

[...] A nova família não se encontra, no entanto, em crise, identificando-se nos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social como referências seguras, e se baseia nas noções de tutela da pessoa humana na dimensão existencial e socioafetiva. Trata-se da concepção eudemonista da família, que potencializa, desse modo, os liames de afeição entre os integrantes, com nítida valorização das funções afetivas da família, tornando-se o refúgio privilegiado das pessoas humanas contra os problemas encontrados nas grandes cidades e decorrentes das pressões econômicas e sociais. A família passa a ser encarada como comunidade de afeto e entreadjudada, servindo para o desenvolvimento da pessoa humana, especialmente no âmbito dos interesses afetivos e existenciais.¹⁷

¹⁶ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005.

¹⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 29.

Logo, pouco a pouco, a visão que restringia a noção de família ao aspecto formal foi perdendo espaço para a família de fato, constituída por laços afetivos, ou seja, num ambiente que permite que a afetividade e a realização individual sejam atingidas, mais pautada na relação natural e espontânea da família.¹⁸

A partir de então, os institutos jurídicos de direito de família passaram a ser relidos e repensados, rompendo-se com a proposta anterior de tutela jurídica, a fim de se construir uma nova concepção de família, que passou a ser conjugada com os direitos fundamentais, de modo que não há mais que se falar em proteção da família, pela família, mas em prol do ser humano.¹⁹

Trata-se, pois, no dizer de Maria Celina Bodin de Moraes,²⁰ da construção de um modelo de família democrática, consolidada por igualdade, respeito mútuo, autonomia, tomada de decisões com comunicação, resguardo da violência e integração social, que não se compara ao modelo anterior de tutela, em que esta estava mais focada nos institutos jurídicos, posto que se mencionava o casamento, a filiação, o regime de bens, mas não se mencionava a palavra *família*.²¹

Doravante, a colocação do homem no centro da normatividade jurídica, no direito de família, representou um maior destaque ao aspecto subjetivo da relação familiar do que o modelo de trabalho feito pelo instituto, por um molde predefinido, a fim de que a relação passasse a ser entendida sob um ponto de vista mais humano, dotada de elementos fáticos essenciais para a sua caracterização, como a convivência ou o afeto.

3.3 Os princípios da convivência e da afetividade

Além de posicionar o homem no centro da norma jurídica do direito de família, afastando-se a objetividade verificada em outros momentos, este ramo jurídico também se incumbiu de buscar um maior aprofundamento das relações estabelecidas entre os sujeitos, o que permitiu uma compreensão mais humana das relações familiares.

Com efeito, o direito de família passou a ser mais humano, de modo que a família moderna deve “suprimir algumas travas, algumas armaduras para que a vida individual seja menos opressiva, para que se realizem as reais finalidades da família:

¹⁸ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

¹⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito familiar*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. v. 6.

²⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. A nova família, de novo – Estruturas e função das famílias contemporâneas. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 587-628, maio/ago. 2013.

²¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. V.

de afeição e solidariedade [...]”.²² Outrossim, o processo de constitucionalização permitiu se abrir a estrutura normativa do direito de família, que passou a ser regido por regras e princípios, possibilitando uma abordagem mais condizente com os valores sociais, a partir de um condicionamento recíproco entre a Constituição e a realidade político-social, assegurando a sua força normativa.²³

Doravante, o direito de família passou a dar maior importância às relações de fato, para a identificação da família, o que consagrou, principalmente, os princípios da convivência familiar e da afetividade, como mecanismos de reconhecimento da existência de uma relação familiar, diferenciando-a dos outros tipos existentes na sociedade. O primeiro deles, a convivência, é entendido como a relação duradoura estabelecida no grupo familiar num determinado espaço, enquanto que o princípio da afetividade consiste em se estabelecer repercussões jurídicas à afetividade das relações humanas.

Neste contexto, num primeiro momento, sobre o princípio da afetividade, pode-se depreender de sua compreensão a capacidade de atender à realidade socioafetiva, mais abrangente que aquelas constituídas pelos vínculos formais (casamento e consanguinidade), como ensina Heloisa Helena Barbosa:

Para que se identifiquem os efeitos da socioafetividade é necessário determinar sua natureza jurídica e estabelecer seu conceito. A socioafetividade é um fato, onde se constata dois aspectos (sócio + afetivo). Gerado pela afetividade, o vínculo se externa na vida social, à semelhança de outras relações fundadas no afeto, mediante (pelo menos) *reputatio*, *nominatio* e *tractatus*, que são seus requisitos e que permanecem, mesmo quando findo o afeto, porque construídos na convivência em sociedade. Presentes esses requisitos, a socioafetividade é um dos critérios para o reconhecimento do vínculo de parentesco de *outra origem*, a que se refere o art. 1.593 do Código Civil.²⁴

Não obstante a importância da afetividade, a convivência familiar também apresenta espaço importante para a identificação da família, que deixou de ser uma “[...] unidade de caráter econômico, social e religioso, para se afirmar

²² MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

²³ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Os princípios constitucionais e sua aplicação nas relações jurídicas de família. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JR., Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de. *Famílias no direito contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo*. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 29-46.

²⁴ BARBOSA, Heloisa Helena. Efeitos Jurídicos do parentesco socioafetivo. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, ano XI, n. 9, p. 25-34, abr./maio 2009. p. 33.

fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo [...]”,²⁵ donde, segundo Fabíola Santos Albuquerque, pode-se entender que:

[...] o direito à convivência familiar e comunitária é essencial para promover a realização e o desenvolvimento de cada um dos membros integrantes daquele núcleo familiar e desta maneira manter acesso, em especial, o vínculo da afetividade permanecendo ou não, o vínculo jurídico que os une. Esta concepção traz subjacente o sentido de que a unidade da família não se confunde nem com a convivência, nem tampouco com a ruptura dos genitores. É um elo que se perpetua, independentemente de qualquer motivo.²⁶

Na verdade, são dois princípios de suma importância para a compreensão de uma relação familiar na atualidade, cujos conteúdos se complementam, de modo a entender a existência da afetividade, diante de uma convivência e de uma convivência diante de uma afetividade.

Assim, a relação familiar tanto está caracterizada por uma convivência, capaz de entender que desta surge uma relação afetiva, como se percebe pelo namoro que se transforma em casamento, ou no filho “de criação” que acaba sendo “adotado” informalmente por uma família, como por uma relação afetiva que se transforma em convivência, como de um filho que, reconhecido após alguns anos do seu nascimento, passa a conviver com seu pai.

Desse modo, o cerne do liame existente entre duas pessoas, sob a perspectiva familiar, retrata uma ligação afetiva e/ou convivência que, posteriormente, devem desembocar na reunião dos dois elementos. Aliado a estes, deve-se entender que as relações familiares não devem ser vistas a partir de um molde, mas numa perspectiva aberta, à luz do princípio da pluralidade familiar que afasta a visão institucionalista do direito de família.

3.4 O princípio da pluralidade da composição familiar

O direito de família da atualidade, dentro de uma sociedade democrática e pluralista que marca o Brasil contemporâneo, não consegue esgotar todas as

²⁵ VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, v. 27, n. 21, p. 400-418, maio 1979.

²⁶ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Do direito à convivência familiar e comunitária. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. *Dimensões jurídicas da personalidade na ordem constitucional brasileira*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 216.

possibilidades de composição das relações familiares em modelos estabelecidos, ainda que entendidos como os “padrões” de uma dada sociedade, em normas jurídicas.

Com efeito, para a melhor tutela da família na atualidade, deve-se buscar uma abordagem diferenciada das relações humanas que permitam a sua compreensão sob a perspectiva plural e dinâmica, como defende Maria Berenice Dias:

É necessário ter uma visão pluralista da família, abrigando os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar o elemento que permite enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação. O desafio dos dias de hoje é achar o toque identificador das estruturas interpessoais que autorize nominá-las como família. Esse referencial emocional que leva a subtrair um relacionamento do direito obrigacional – cujo núcleo é a vontade – para inseri-lo no direito das famílias, que tem como elemento estruturante o sentimento do amor que funde as almas e confunde patrimônios, gera responsabilidades e comprometimentos mútuos. Esse é o divisor entre o direito obrigacional e o familiar: os negócios tem substrato exclusivamente a vontade, enquanto o traço diferenciador do direito da família é o afeto. A família é um grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade após o desaparecimento da família patriarcal, que desempenhava funções procriativas, econômicas, religiosas e políticas.²⁷

Sendo assim, observa-se que o direito de família pautado nos institutos não consagra o dinamismo das relações familiares existenciais da atualidade, devendo ser alvo de uma nova proposta de estudo e normatização que, segundo Helena Mota,²⁸ deve ser pensada sob a perspectiva teleológica, posto que as normas são passíveis de produção e revogação constante.

A partir da consideração das situações de fato pelo direito de família, muitas relações preteritamente ignoradas passaram a ser reconhecidas, aceitas e ainda apresentar repercussões jurídicas, como o reconhecimento da sociedade de fato ao concubinato, o reconhecimento da união estável, o reconhecimento de direitos

²⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 43.

²⁸ MOTA, Helena. O problema normativo da família: breve reflexão a propósito das medidas de protecção à união de facto adaptadas pela Lei nº 135/99, de 28 de Agosto. In: FACULDADE DE DIREITO DO PORTO. *Estudos em comemoração dos cinco anos (1995-200) da Faculdade de Direito do Porto*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

aos pares homoafetivos, o reconhecimento da paternidade socioafetiva, a consolidação do divórcio e do instituto da adoção, que não se adequavam à tutela da família dada pelos institutos jurídicos vigentes.

Desse modo, a nova perspectiva do direito de família se encontra pautada na intervenção mínima do Estado, com o fito de constituir um sistema aberto e inclusivo, capaz de contemplar outras formas de composição familiar.²⁹

Por conseguinte, a nova concepção de família se encontra pautada numa realidade fática e aberta que não se encontra restrita a uma previsão legal, pautada nos princípios jurídicos da afetividade e da convivência familiar, que serão os elementos centrais para a configuração de relações familiares.

4 As relações familiares contemporâneas: por uma tutela diferenciada

A tutela da família na atualidade representa, em primeiro lugar, a compreensão da estrutura científica em que se encontram as relações familiares, que já não podem ser identificadas apenas a partir de um título formal previamente constituído como a certidão de casamento ou a certidão de nascimento, mas analisadas em sua feição material.

Neste sentido, uma relação entre duas pessoas será entendida como familiar, a partir do momento em que, ainda que formalmente não possa ser identificada como uma família, materialmente possa se identificar a presença dos princípios da convivência familiar e a existência de afetividade.

4.1 O dilema da tutela da relação familiar na atualidade

O reconhecimento das relações familiares de fato poderia ser feito, como foi, à luz dos princípios jurídicos e do ideal de justiça aplicado ao caso em tela, mas não seria possível adequar os institutos, como concebidos pelo direito de família vigente, a uma transformação, isto porque estes institutos se encontravam sedimentados em bases formais e não materiais, incapazes de estender os seus conteúdos para as novas famílias existentes.

²⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010.

Desse modo, o direito de família na atualidade traz à tona um dilema normativo sob a forma de abordagem da relação familiar, como analisa Helena Mota:

Alargar o objecto do Direito da Família e o próprio elenco das relações jurídicas familiares implica regular juridicamente a família. Para uns, o Direito de Família deveria ser reduzido a um mínimo, possivelmente só intervindo nos aspectos patrimoniais. Para outros, a Família desempenha funções sociais relevantes e assume-se como a célula base da sociedade e a instituição a defender. O Direito deveria, por isso normatizá-la.

Esse problema normativo da família tange directamente com a aceitação das “novas famílias” ou com o reconhecimento das funções sociais levadas cabo por quem viva em condições semelhantes aos cônjuges mas não ligado pelo vínculo matrimonial e por isso, não titular de uma relação jurídica familiar.³⁰

Sendo assim, ressalte-se que a normatização da família compreende o dilema sobre a tentativa de disciplina através da tipificação, como feito no direito civil anterior ou a sua abertura para se contemplar um número muito maior de entidades familiares não resumidas às relações estabelecidas por lei.

Por oportuno, registre-se que este dilema é vivido no Brasil, como a tramitação de dois projetos de lei, um de nº 6.583/13, na Câmara dos Deputados, denominado de Estatuto da Família, que tenta definir o que vem a ser entidade familiar, em manifesto retrocesso social,³¹ e outro, de nº 470/13, em tramitação no Senado, denominado de Estatuto das Famílias, que traz um conteúdo mais aberto, condizente com a pluralidade familiar.

Neste sentido, inicialmente, pode-se dizer que o direito brasileiro traz uma proposta de delimitação do que pode ser considerado como uma família, primeiro porque tanto elencou como entidades familiares as oriundas do casamento, da união estável e da monoparentalidade, como por entender que o casal, tido como o núcleo da entidade familiar, somente poderia ser aquele composto de “homem e mulher” (art. 226 da Constituição Federal), mas que deve ser conjugado com

³⁰ MOTA, Helena. O problema normativo da família: breve reflexão a propósito das medidas de protecção à união de facto adaptadas pela Lei nº 135/99, de 28 de Agosto. In: FACULDADE DE DIREITO DO PORTO. *Estudos em comemoração dos cinco anos (1995-200) da Faculdade de Direito do Porto*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 538-539.

³¹ Apenas para argumentar, ressalte-se que o art. 2º do referido projeto de lei assim dispõe: “Para os fins desta Lei, define-se entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

outros princípios e normas constitucionais, como entenderam os tribunais superiores brasileiros.

Assim sendo, a consagração dos princípios constitucionais relativos à família, como a convivência, a afetividade e a pluralidade, impõe um conceito aberto para a constituição familiar, a fim de que o direito civil não represente uma limitação inconstitucional à composição do núcleo familiar.

Destarte, a necessidade de se transcender de um sistema fechado para um sistema aberto impõe que uma conceituação de família deveria funcionar como uma cláusula geral que se constitui num meio hábil para o ingresso dos valores e dos princípios inerentes ao ordenamento jurídico, através das máximas de conduta e dos conteúdos interdisciplinares.³²

Sendo assim, a construção de novos institutos jurídicos, para normatizar a família, recai no mesmo equívoco vivido pelo direito de família previsto no Código Civil de 1916, por não permitir a própria evolução do direito, de acordo com as mudanças sociais, como recentemente ocorreu com a união estável, trazida pela Constituição Federal de 1988 que, por exemplo, não previa a união entre pessoas do mesmo sexo, o que foi alvo de inúmeros conflitos judiciais e que culminou com o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, o estudo propedêutico do direito de família, pautado nos institutos jurídicos, deve ser modificado, a fim de se considerar, em primeiro lugar, as relações humanas existenciais, dando maior ênfase ao ser humano no ambiente familiar, que consiste no processo natural de consolidação da repersonalização do direito de família, que traz à tona a inversão valorativa do “ser” em detrimento do “ter” das relações familiares, invertendo, assim, a lógica da codificação oitocentista.³³

Portanto, a partir do estudo dos princípios jurídicos do direito de família, em especial os da afetividade e o do convívio familiar, que traçam os contornos da família contemporânea, mostra-se necessário entender os aspectos desta família, a partir das relações interpessoais, a fim de se perquirir tanto a sua existência quanto a sua vinculação jurídica capazes de consagrar a sua efetividade.

Doravante, a construção de um sistema aberto, que estaria mais adequado ao direito de família atual, contemplando o existencialismo, deve se propor a uma norma jurídica que entenda sobre a existência de uma cláusula geral de direito de família, a fim de se consagrar as relações familiares.

³² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

³³ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Os princípios constitucionais e sua aplicação nas relações jurídicas de família. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JR., Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de. *Famílias no direito contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo*. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 29-46.

4.2 O conteúdo da relação jurídica familiar

Na construção doutrinária da ciência jurídica civil, as noções de obrigações, família e propriedade não se confundem, pois possuem naturezas e objetos diferentes, de sorte que, enquanto a família cuida de relações existenciais, as obrigações cuidam de relações pessoais de crédito e as reais, de posse e propriedade.

Amiúde, buscando uma abordagem sobre as diferenças entre estes três ramos do direito civil, Carlos Roberto Gonçalves ensina que:

Os direitos de família, como foi dito, são os que nascem do fato de uma pessoa pertencer a uma determinada família, na qualidade de cônjuge, pai, filho etc. Contrapõe-se aos direitos patrimoniais, por não terem valor pecuniário. Distinguem-se, nesse aspecto, dos direitos obrigacionais, pois caracterizam-se pelo *fim ético e social*. Embora sejam também direitos *relativos*, não visam uma certa atividade do devedor, mas envolvem inteira pessoa do sujeito passivo. A infração aos direitos obrigacionais resolve-se em perdas e danos, enquanto a violação dos direitos de família tem sanções bem diversas: suspensão ou extinção do poder de família, dissolução da sociedade conjugal, perda de direito a alimentos etc.³⁴

Nesse sentido, embora seja feita uma comparação entre os três objetos dos ramos do direito civil, tradicionalmente, a doutrina, preterindo a compreensão da relação familiar, preocupa-se muito mais com a dicotomia existente entre relações obrigacionais e reais, que abordam os direitos pessoais (de crédito) e reais (de propriedade). De fato, esta visão dualista faz com que a grande parte da doutrina traga estas distinções no início do estudo dos direitos das obrigações ou nos direitos reais, como se elas fossem as únicas, esquecendo-se de se pensar o que vem a ser uma relação familiar.

Com efeito, esta divisão por muitos anos serviu ao direito civil, haja vista que a sua preocupação central estava direcionada ao patrimônio e não à pessoa, de modo que uma separação entre o crédito e a posse/propriedade já atenderia aos escopos deste ramo jurídico. Atualmente, porém, esta bipartição se mostra aquém das necessidades atuais da ciência jurídica, em especial do direito de família, que passou a se centrar na pessoa, afastando-se assim dos outros ramos jurídico-privados.

³⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. VI. p. 2-3.

Desse modo, diante de um novo horizonte estabelecido pelo direito civil, percebe-se que as relações familiares possuem natureza, objeto e finalidade diferentes do direito pessoal de crédito e do direito real, pois buscam entender a família, que corresponde ao fenômeno em que as pessoas se agregam pela vontade ou não, sem ter com fim o aspecto patrimonial, mas sim a convivência caracterizada pela afetividade, como ensina Paulo Lôbo: “[...] Na relação familiar não há fim econômico cujas dimensões são sempre derivadas (por exemplo, dever de alimentos ou regime matrimonial de bens), nem seus integrantes são sócios ou associados”.³⁵

Com efeito, as relações obrigacionais não correspondem completamente às relações familiares, primeiro, porque estas estão caracterizadas pelo conteúdo afetivo do vínculo jurídico, segundo, porque, enquanto nas obrigações o aspecto econômico é o principal e os demais deveres acessórios, na família, a convivência e a afetividade são os principais e o econômico, o secundário.

Neste diapasão, em que pese a proximidade de alguns elementos nas relações obrigacionais e familiares hoje, com o contratualismo do casamento, ou o tratamento de situações existenciais por contrato, ou função social e deveres de lealdade nas relações obrigacionais, as duas relações são essencialmente diferentes, de modo que, ainda que existam pontos de semelhança, o tratamento a ser dado por duas pessoas que se casem por interesses econômicos não será o mesmo que dois irmãos que se unam para o desenvolvimento de uma atividade empresarial, posto que existe uma fronteira entre as duas situações que colocam um caso na seara da família e o outro, na das obrigações.

4.3 As relações familiares contemporâneas: por um tratamento jurídico diferenciado

As relações familiares atualmente devem ser vistas como categorias autônomas do direito, que não devem ser confundidas com o tratamento estabelecido pelo direito das obrigações, tampouco pelo direito das coisas.

Nesse sentido, pode-se entender que o vínculo jurídico que qualifica a relação afetiva pode ser compreendido como um elemento diferencial da relação obrigacional, mas essencial para se estabelecer na relação familiar um liame próprio que lhe de feição própria e solidez. Desse modo, faz-se necessária a realização de uma

³⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Socioafetividade no direito de família: a persistente trajetória de um conceito fundamental. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, ano X, n. 5, p. 5-22, ago./set. 2008. p. 9.

abordagem sobre uma relação jurídica própria, com características mais ligadas à natureza familiar que aos outros ramos do direito civil, como propõe Pietro Perlingieri:

[...] No âmbito da família, portanto, as relações não são de fato, mas tem relevância jurídica, às vezes as partes podem também não se valer desta juridicidade. Tais relações deveriam ser ulteriormente aprofundadas: não somente as obrigações no interior da família, mas também as obrigações de comportamento, de lealdade, etc. Seria necessário estudá-las sob o perfil seja da exigibilidade seja da coercibilidade, em maneira diversa daquela na qual normalmente tais problemáticas foram estudadas referentemente às obrigações. Não se trata somente de obrigações genéricas, mas de obrigações com conteúdo específico, ou melhor, que assumem conteúdo específico segundo as circunstâncias concretas, o ambiente, a cultura, a mentalidade dos sujeitos interessados.³⁶

Nesse sentido, a proposta de um estudo das relações familiares como categoria própria condiz justamente com a busca pela explicação do fenômeno social da família no direito brasileiro contemporâneo, que tanto o diferencia do tratamento dado preteritamente pelo próprio direito de família, a partir do estudo de institutos como o casamento, quanto da abordagem conferida pelos outros ramos do direito civil às relações jurídicas desta categoria (crédito/propriedade).

Destarte, este é, pois, um paradigma importante para o direito de família da atualidade, a fim de que seja superada a concepção tradicional de família que ainda se encontra arraigada na ciência jurídica a uma concepção apriorística, que busca contemplar algo que se encaixe em um molde predefinido, criando uma defasagem entre a realidade dos fatos e a realidade defendida pela sua normatização, mesmo porque, a família não deve ser encarada sob o ponto de vista da inalterabilidade conceitual, mas adequada a cada momento histórico, de modo que, hoje, com a ampliação de sua dimensão, assume um caráter plural, aberto e multifacetado.³⁷

Sendo assim, o estudo das relações familiares em comparação às demais relações reconhecidas pelo direito civil pode representar uma nova abordagem pelo direito de família, com uma proposta metodológica de ensino e hermenêutica diferente, com a perspectiva existencialista-material-subjetiva, considerando

³⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2002. p. 253.

³⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito familiar*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. v. 6.

o “ser” como sujeito, diante de outro “ser”, mais condizente com uma proposta dinâmica e tópica da justiça, e não patrimonialista-formal-objetiva, considerando o “ser” diante do “ter”.

Em contrapartida, a compreensão deste vínculo jurídico, em si mesmo, como uma relação familiar, contrapondo-se a obrigacional e a real, é fundamental para o direito de família da atualidade, por permitir a compreensão das relações humanas no caso concreto, a partir dos princípios e valores constitucionais, a fim de se proteger a família e as pessoas que a compõem, evitando-se equiparações, como ocorreu com a aplicação da teoria da sociedade de fato, para atender a uma demanda social, a sua compreensão e a sua eficácia.

Desse modo, a proteção necessária a ser dada à família atualmente compreende o próprio reconhecimento de uma relação familiar autônoma, na qual se trata as bases da proteção de uma relação que permite a convivência entre as pessoas, com os seus desdobramentos econômicos e assistenciais.

Amiúde, registre-se que estas relações familiares devem ser estudadas nas suas manifestações, internas, ou seja, nas relações estabelecidas entre os sujeitos de direito integrantes de uma família, a partir da sua composição e do seu regramento, sendo, assim, divididas em relações horizontais e relações verticais.

As relações familiares horizontais são aquelas que possuem natureza contratual, compostas por pessoas que se unem para a formação de uma família ou por vontade, como ocorre no casamento e na união estável, ou pela caracterização de um fato social, uma conduta que, embora não implique a manifestação expressa de vontade, demonstrando o desejo de constituir a família, como ocorre com a união estável, em que o seu nascedouro não decorreu de uma manifestação de vontade, mas de um comportamento de dois centros distintos de interesse, cujos atos se mostram coordenados com uma finalidade determinada.³⁸

Nestas, a família é constituída de forma consensual (convencional), na qual se criam deveres e direitos para ambas as partes, e desfeita de acordo com a manifestação de vontade de pelo menos um dos consortes, em relação à qual o outro não poderá se opor, funcionando como uma sujeição, o que significa dizer que surge como uma obrigação e se desfaz como um direito potestativo, no qual o Estado se afasta da interferência na relação privada,³⁹ em defesa da liberdade humana de um dos seus membros que não poderá ser obrigado a conviver com outro contra a sua vontade.

³⁸ SILVA, Juliana Pedreira. *Contrato sem negócio jurídico: crítica das relações contratuais de fato*. São Paulo: Atlas, 2011.

³⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010.

Por outro lado, as relações familiares verticais, de natureza legal, em geral, são aquelas constituídas por lei (legal), em que as pessoas são consideradas parentes umas das outras, como ocorre na filiação e nos demais graus de parentesco admitidos pelo direito brasileiro, de acordo com os requisitos estabelecidos.

Nestas, o elemento vontade é considerado, quando, por exemplo, existe uma declaração de reconhecimento de paternidade. Contudo, estas relações não são regidas pela autonomia privada e sim pela lei, pela ideia da socioafetividade, existente no caso concreto, que se permite entender por parentesco mesmo contra a vontade das partes envolvidas, pois as questões de estado, regidas por norma de ordem pública, não são atingidas pela disponibilidade.⁴⁰

Por conseguinte, as transformações existentes no direito civil contemporâneo trouxeram para o direito de família uma nova roupagem, definindo o seu objeto de estudo não mais por um aspecto estático, mas sim dinâmico, que deve ser entendido e analisado concretamente, para que a tutela familiar consagre os direitos constitucionais.

5 Conclusões

O direito de família brasileiro, quando instituído pelo Código Civil de 1916, trouxe consigo uma série de normas conservadoras, que já naquele momento não se mostraram capazes de atender às demandas sociais, o que se agravou com o passar dos anos, apenas demonstrou o anacronismo legislativo, incapaz de promover uma harmonização das relações sociais.

De fato, as transformações sociais do século XX promoveram uma constante reforma no Código Civil de 1916, tanto sob o aspecto social, quando a estrutura política e econômica da sociedade não refletia mais o texto de lei em vigor, escrita por uma elite que não refletia a sociedade brasileira como um todo, quanto normativo, com a edição de diversas normas especiais, com um intuito de melhor regular matérias específicas.

Aliado a isto, a própria análise do direito foi alvo de profundas transformações, na qual o conteúdo fechado da norma positivista, conjugado com a proteção patrimonialista do direito civil, veio a ser substituído por textos abertos, com conteúdos éticos e valores sociais, voltados para a proteção do ser humano que se disseminou entre os ramos jurídicos.

⁴⁰ ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1547, 26 set. 2007. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/10456>. Acesso em: 11 ago. 2014.

Nesse sentido, o direito de família também precisou ser revisto, com uma nova perspectiva de análise, na qual o ser humano passava a ser posicionado diante dos institutos jurídicos consagrados *a priori*, como o casamento, até então reconhecido como a única forma de composição da família, para se permitir que a família passasse a ser um espaço de realização do ser humano, um espaço de promoção da dignidade humana, mudando-se por completo o objeto a ser protegido por esta seara, a fim de se permitir que as relações humanas fossem valorizadas, ainda que não abrigadas pelos requisitos jurídicos formais.

Deste modo, o direito de família, conjugado à luz dos princípios constitucionais, precisa abandonar o aspecto objetivo, de uma análise formal a partir de institutos, como o casamento e a filiação, para ser entendido sob o seu aspecto subjetivo e dinâmico, ou seja, colocando-se o ser humano como o centro da normatividade jurídica, para compreender a relação jurídica familiar também como uma realidade fática, com conteúdo de família.

Nesse sentido, a abordagem civil-constitucional de normas, princípios e valores, permite compreender a família como uma realidade aberta, sujeita aos princípios da convivência e da afetividade, de modo que a relação desenvolvida entre dois sujeitos deve possuir estes elementos essenciais, num contexto plural, para haver a sua caracterização, diferenciando-se de outras realidades jurídicas, como exemplo, uma sociedade de fato.

Sendo assim, considerar a família como uma relação jurídica valoriza o existencialismo e o papel do ser humano na realidade social, ao considerar uma relação entre marido e mulher, ou entre pai e filho, ao invés de se pensar que existe um casamento, uma monoparentalidade ou uma filiação, nos moldes da lei, permite uma visão mais dinâmica do direito de família, ampliando os horizontes do que se entende pela palavra *família*, de modo a consagrar os preceitos normativos constitucionais que ressaltam a dignidade humana.

Destarte, entender a família como uma relação familiar consiste em promover uma alteração do ponto de vista do direito, em que se fará a análise do caso concreto, a fim de que esta análise esteja mais condizente com a realidade dos fatos, para se permitir que a aplicação da lei seja feita do modo mais próximo possível do ideal de justiça existente na atualidade.

Referências

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1547, 26 set. 2007. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/10456>. Acesso em: 11 ago. 2014.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Do direito à convivência familiar e comunitária. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. *Dimensões jurídicas da personalidade na ordem constitucional brasileira*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 213-228.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Os princípios constitucionais e sua aplicação nas relações jurídicas de família. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JR., Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de. *Famílias no direito contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo*. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 29-46.

BARBOSA, Heloísa Helena. Efeitos Jurídicos do parentesco socioafetivo. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, ano XI, n. 9, p. 25-34, abr./maio 2009.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O culturalismo de Miguel Reale e sua expressão no Novo Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 1º jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 380. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. Aprovação em 03/04/1964. *DJ*, 8 maio 1964. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 20 jun. 2015.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito familiar*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. v. 6.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. VI.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 307, 10 maio 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5201>. Acesso em: 21 ago. 2013.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Socioafetividade no direito de família: a persistente trajetória de um conceito fundamental. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, ano X, n. 5, p. 5-22, ago./set. 2008.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A nova família, de novo – Estruturas e função das famílias contemporâneas. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 587-628, maio/ago. 2013.

MOTA, Helena. O problema normativo da família: breve reflexão a propósito das medidas de protecção à união de facto adaptadas pela Lei nº 135/99, de 28 de Agosto. In: FACULDADE DE DIREITO DO PORTO. *Estudos em comemoração dos cinco anos (1995-200) da Faculdade de Direito do Porto*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno*. Curitiba: Juruá, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. V.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 58, p. 195-201, maio/ago. 2006.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2002.

RODRIGUES, Silvío. *Direito civil: direito de família*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 6.

SILVA, Juliana Pedreira. *Contrato sem negócio jurídico: crítica das relações contratuais de fato*. São Paulo: Atlas, 2011.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2001.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, v. 27, n. 21, p. 400-418, maio 1979.

WALD, Arnold. *O novo direito de família*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BEZERRA, Matheus Ferreira. As relações familiares contemporâneas: uma análise à luz das transformações do direito de família. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 34, n. 1, p. 79-107, jan./mar. 2025. DOI: 10.33242/rbdc.2025.01.005.

Recebido em: 07.11.2023

Aprovado em: 02.02.2024