

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS

FERNANDA PAPPEN DA SILVA

**DIREITOS E FAMÍLIAS:
UM ESTUDO INTERDISCIPLINAR EM FACE
DAS CONSTANTES E SIGNIFICATIVAS
TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS**

São Leopoldo

2006

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

FERNANDA PAPPEN DA SILVA

**DIREITOS E FAMÍLIAS:
UM ESTUDO INTERDISCIPLINAR EM FACE
DAS CONSTANTES E SIGNIFICATIVAS
TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS**

Dissertação de Mestrado em Direito para
obtenção do título de Mestre em Direito.
Universidade do Vale do Rio dos Sinos.
Programa de Pós-Graduação em Direito.
Centro de Ciências Jurídicas.

Orientadora: Dra. Maria Cristina Cereser Pezzella

São Leopoldo

2006

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada “**Direitos e Famílias: um estudo interdisciplinar em face das constantes e significativas transformações sociais**”, elaborada pela aluna FERNANDA PAPPEN DA SILVA, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora, para obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 11 de outubro de 2006.

Profa. Dra. Maria Cristina Cereser Pezzella

Orientadora da Dissertação

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dra. Maria Cristina Cereser Pezzella

Membro: Dr. Leonel Severo Rocha

Membro: Dra. Gisela Maria Bester Benitez

Suplente: Dr. José Carlos Moreira da Silva Filho

DEDICATÓRIA:

Como uma justa homenagem, dedico este trabalho aos meus pais, Paulo Roberto Hampe da Silva e Iria Pappen da Silva, à minha irmã, Roberta Pappen da Silva, e ao meu noivo, Marcelo Búrigo, os quais, de forma direta ou indireta contribuíram em algum momento dessa longa jornada e me apoiaram em todos os momentos da minha vida.

AGRADECIMENTOS:

À minha família, ao meu noivo, e aos meus amigos, pela compreensão de minha ausência em situações significativas de suas vidas durante o tempo em que estive trabalhando nesta pesquisa.

Aos Professores que, ao aceitarem fazer parte desta etapa da minha vida, cederam-me o valioso tempo retirado de suas atividades e contribuíram com sua visão enriquecedora o trabalho apresentado.

Ao corpo administrativo e ao corpo docente do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS, por sua disponibilidade e pelas discussões metodológicas e epistemológicas que impulsionaram meu interesse pela pesquisa.

À minha orientadora, e, acima de tudo, à minha amiga, Dra. Maria Cristina Cereser Pezzella, minha eterna gratidão pela disponibilidade, pelo apoio, pelo estímulo e pelo exemplo de competência, de flexibilidade e de respeito com que legitimou minhas inquietações.

“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 fenômeno”.

Luiz Edson Fachin.

RESUMO

A presente dissertação tem por objetivo construir uma análise sobre os Direitos e as Famílias a partir de uma perspectiva interdisciplinar, na busca de delinear um comparativo entre os avanços sociais e sua recepção pelo sistema jurídico, fazendo um exame crítico da sua evolução e da (in)capacidade de operacionalização objetiva destas relações pelo Direito. A partir da apresentação das principais teorias utilizadas pela sociologia acerca da Família, demonstra-se a sua importância para a sociedade enquanto grupo e enquanto sistema social, o que possibilitará a compreensão de que as significativas transformações estruturais ocorridas nestas últimas décadas estão profundamente relacionadas com contextos sociais e culturais específicos. Assim, examina-se o Direito e a funcionalização das relações familiares, a fim de repensar criticamente a matéria, partindo do estudo da doutrina clássica, erigida na Escola da Exegese, até a “repersonalização” ou “despatrimonialização”, proporcionando também uma interpretação interdisciplinar coerente com a realidade social atual, inerente à idéia eudemonista de entidade familiar.

Palavras-chave:

DIREITO – FAMÍLIA – SOCIEDADE

RESUMEN

El presente disertación tiene por objetivo construir una análisis sobre los Derechos y las Familias a partir de una perspectiva de la interdisciplinariedad, en la busca de delinear un comparativo entre los avances sociales y su recepción por el sistema jurídico, haciendo una examinación crítica de su evolución y de la (in)capacidad de la operación objetiva de estas relaciones por el Direito. A partir de la presentación de las principais teorías empleadas por la sociología acerca de la Familia, demuestran su significado para la sociedad mientras que grupo y mientras que sistema social, lo que ha de posibilitar la comprensión de que las significativas transformaciones estructurales ocurridas en éstas últimas décadas están profundamente relacionadas con los contextos sociales y culturales específicos. Así, se hace un examen del Derecho y la funcionalización de las relaciones familiares, a fines de repensar críticamente la matéria, desde el estudio de la doctrina clásica, erigida en la Escuela de la Exegese, hasta “repersonalización” o “despatrimonialización”, proporcionando también una interpretación interdisciplinaria lógica con la realidad social actual, inherente a la idea eudemonista de la entidad familiar.

Palabras-clave:

DERECHO – FAMILIA – SOCIEDAD

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 IMPORTÂNCIA DAS FAMÍLIAS NA SOCIEDADE: AMBIGÜIDADE DE DEFINIÇÕES E PRINCIPAIS TRANSFORMAÇÕES.....	15
1.1 FAMÍLIAS: ALICERCE PARA CONSTRUÇÃO DA SOCIEDADE	21
1.2 REPENSAR A IMPORTÂNCIA DA SOCIOLOGIA PARA O ESTUDO DO DIREITO DE FAMÍLIA	34
1.2.1 Obra e pensamento de Pierre-Guillaume-Frédéric Le Play sobre as famílias 40	
1.2.2 Características da sociedade e importância das famílias sob o ponto de vista de Émile Durkheim.....	45
1.2.3 Teoria das estruturas familiares de Talcott Parsons.....	52
1.2.4 Visão de Philippe Ariès no que diz respeito às famílias	58
1.2.5 Famílias contemporâneas na perspectiva de William Josiah Goode	63
2 NORMATIZAÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES E NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO.....	69
2.1 PRIMEIRA CODIFICAÇÃO E O “MODELO TRADICIONAL DE FAMÍLIA” PREVISTO	75
2.2 DICOTOMIA ESTABELECIDADA ENTRE O DIREITO PÚBLICO E O DIREITO PRIVADO.....	83
2.3 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA: O INÍCIO DA SUPERAÇÃO DOS PARADIGMAS LIBERAIS-INDIVIDUALISTAS	91
2.3.1 A “repersonalização” da instituição “família” como consequência da valorização do afeto presente nestas relações	101
2.3.2 As proposições básicas para o Direito de Família: os instrumentos de permeabilidade e adaptabilidade constitucionais.....	109
3 LIMITES E PERSPECTIVAS DOS DIREITOS E DAS FAMÍLIAS EM FACE DA COMPLEXIDADE DAS RELAÇÕES	115
3.1 DIREITO COMO UM SISTEMA DE GARANTIAS E SEGURANÇA PARA AS RELAÇÕES FAMILIARES.....	119
3.2 SURGIMENTO DE NOVAS TEORIAS DO DIREITO E A AFIRMAÇÃO DA NECESSIDADE DE UMA VISÃO INTERDISCIPLINAR.....	131

3.2.1 Estruturas e funções dos Direitos e das Famílias a partir do estudo da Teoria dos Sistemas Sociais	139
CONCLUSÃO	149
OBRAS CONSULTADAS	153

INTRODUÇÃO

Ao se ressaltar a importância e a riqueza das famílias como elemento de estudo de diversas disciplinas, evidencia-se o contributo desta instituição para a formação do caráter de cada indivíduo independente da época em que se apresenta. Diante disto, esta dissertação se revela inicialmente como uma busca pelo significado das diversas formas de famílias, destacando as transformações ocorridas no decorrer dos tempos, desde a perspectiva oitocentista até a atual concepção da família eudemonista.

A configuração da sociedade é dada por suas instituições e, neste ponto, as famílias ocupam um papel de suma relevância, pelo que se mostra a pertinência desta interlocução específica do Direito de Família com outras disciplinas, sobretudo após a consagração da perspectiva pluralista trazida pela Constituição Federal de 1988, o que permitiu a abertura do sistema previsto no Código Civil Brasileiro de 1916.

Determinados apontamentos sobre origem e a história da família devem ser reprisados, na medida em que se intenta refletir sobre as transformações ocorridas na organização desta instituição, contextualizando o momento histórico que advieram para, deste modo, identificar as respostas apresentadas pelo Direito ante a realidade social apresentada.

Por meio desta dissertação busca-se enfrentar a questão acerca da complexidade das relações familiares, analisando a problemática existente na superação de um modelo jurídico erigido na Escola da Exegese, avançando numa

temática construtivista frente a novas relações que se impuseram, incitando novos questionamentos rumo a uma epistemologia capaz de nos aproximar do significado da família para a Sociedade e para o Direito.

Isto ocorre porque no Direito, durante longo período, existiu uma grande preocupação a respeito do modelo tradicional de família, composta pelo marido e pela mulher unidos pelo matrimônio e pelos filhos resultantes desta relação. Entretanto, nas últimas décadas, em razão das significativas mudanças que ocorreram na sociedade, junto a este modelo tradicional começaram a ser reconhecidas novas formas de entidades familiares, bem como também restaram consagrados em nosso país princípios inovadores que passaram a nortear toda a estrutura do ordenamento jurídico.

Indiscutível que nenhuma instituição modificou-se tanto nestes últimos séculos quanto a família, antes vista como uma unidade econômica, religiosa e política, que apenas assegurava a transmissão da vida, dos bens e do nome, para sua atual concepção de família eudemonista, constituída tanto pelo casamento como pela simples convivência de seus membros, valorizando as relações impregnadas de autenticidade, sinceridade, amor, compreensão, diálogo e paridade.

A presente dissertação é o resultado de todos os questionamentos que surgiram ao longo das constantes leituras e reflexões sobre a família e as articulações no conviver cotidiano da sociedade, bem como seu papel no desenvolvimento de modelos.¹ Por tais motivos, o Direito que regula estas relações - Direito de Família -, deve possuir algumas características especiais, pois deve ser versátil para acompanhar as significativas transformações ocorridas na sociedade,

¹ Tal é o desafio do método da complexidade nos termos que o pronunciou Edgar Morin, pois sua idéia sintetiza, de certa forma, o assunto posto em tela. De acordo com ele: “O método da complexidade pede para pensarmos nos conceitos, sem nunca dá-los por concluídos, para quebrarmos as esferas, para restabelecermos as articulações entre o que foi separado, para tentarmos compreender a multidimensionalidade, para pensarmos na singularidade com a localidade, com a temporalidade, para nunca esquecermos as totalidades integradoras. É a concentração na direção do saber total, e, ao mesmo tempo, é a consciência antagonista e, como disse Adorno, ‘a totalidade é não-verdade’. A totalidade é, ao mesmo tempo, verdade e não-verdade, e a complexidade é isso: a junção de conceitos que lutam entre si”. (MORIN, Edgar. *Ciência com Consciência*. 4.ed. Traduzido por Maria D. Alexandre. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000, p. 192).

rompendo os limites criados pela objetividade das normas, a fim de legitimar a abertura do sistema² para melhor compreensão da subjetividade com que se revestem estas relações.

A pesquisa interdisciplinar permite compreender a razão pela qual a família da atualidade não possui o mesmo significado de décadas anteriores, considerando que as transformações sociais alteraram profundamente o sentido desta instituição e, conseqüentemente, do Direito que a envolve.

Desta forma, é preciso repensar o Direito de Família com novas perspectivas, a fim de acolher a complexidade das transformações ocorridas e, neste horizonte, considerando que algumas normas vigentes representam uma efetiva paralisação no tempo, ignorando avanços sociais, analisa-se de que forma esta realidade poderá ser apreendida pelo Direito.

Partindo de alguns preceitos existentes sobre a família como tema de estudo da sociologia, traça-se um apanhado histórico da busca de suas origens, desde a primeira referência no ordenamento jurídico brasileiro³, buscando desvendar os elementos que possibilitam a configuração desta instituição e a forma de ordenação pelo Direito, identificando as relações entre a norma jurídica e o fato social.

Neste íterim, destacam-se as transformações que culminaram em mudanças na organização, na função, na composição e no comportamento dos membros das famílias, o que justifica a reflexão sobre os limites e possibilidades de percepção desta realidade sociológica pelo Direito. Importante ressaltar que a

² Segundo Robin Fortin, o sistema é um conjunto de unidades mutuamente interrelacionadas e as qualidades emergentes resultam das mútuas interrelações entre os elementos. A teoria dos sistemas teve o mérito de mostrar a generalidade do sistema: dos átomos até as estrelas, passando pelos seres vivos e a sociedade, tudo é sistema. (FORTIN, Robin. *Comprendre la Complexité: introduction à la méthode d'Edgar Morin*. Canadá: L'harmattan, 2000, p. 32).

³ Clóvis Beviláqua, autor do projeto que resultou no Código Civil Brasileiro de 1916, definia a família como "o conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consangüinidade, cuja eficácia se estende ora mais larga, ora mais restritamente, segundo as várias legislações. Outras vezes, porém, designam-se, por família, somente os cônjuges e a respectiva progênie". (BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito da Família*. Rio de Janeiro: Rio, 1976, p. 20). Por esta definição já se percebe os contornos reducionistas utilizados para se identificar uma família naquela época, os quais não mais subsistem, tendo em vista a amplitude com que se reveste atualmente esta união.

sociologia aplicada à família, no presente estudo, permite a formação de uma postura crítica em conexão com o desenvolvimento do Direito.

Reconhece-se que a Constituição Federal de 1988 retratou os avanços sociais ocorridos no âmbito das relações familiares nos últimos tempos, firmando-se como síntese do pluralismo social e cultural que define a sociedade contemporânea, consagrando-se como uma nova fórmula axiológica, pois introduziu princípios e, ao mesmo tempo, elevou outros valores inerentes ao indivíduo, que interferiram substancialmente nas idéias até então existentes.⁴

Para entender a complexidade desta dimensão familiar, consideramos que a família pode ser vista como um sistema autopoietico, na medida em que tem como principal característica um fluxo contínuo, se expressando na troca de relações com outros sistemas, quais sejam: família extensa, escolas, empregos, grupos religiosos, enfim, com a sociedade, estando permanentemente sujeita às influências do meio que a circunda, o qual, pelo processo de socialização, fornece os valores que a orientam na sua construção e na relação que estabelece com os outros.

Assim sendo, evidenciamos a necessidade de uma constante reflexão sobre as formas e o papel da família para a sociedade contemporânea, confrontando-se as normas reguladoras destas relações com a realidade que se apresenta, tendo ciência dos limites e possibilidades do Direito perante diversos conflitos sociais que se apresentam odiernamente.

⁴ A Constituição Federal de 1988 alargou o conceito de família, passando a transmitir proteção à entidade familiar, chamada de família monoparental, afastando a idéia de família ao pressuposto do casamento, reconhecendo como família a união estável entre um homem e uma mulher, emprestando juridicidade ao relacionamento existente fora do casamento.

1 IMPORTÂNCIA DAS FAMÍLIAS NA SOCIEDADE: AMBIGÜIDADE DE DEFINIÇÕES E PRINCIPAIS TRANSFORMAÇÕES.

A família⁵, primeira organização social em que o homem se integra, é, por muitos, considerada como a célula fundamental da sociedade, onde o indivíduo recebe seu primeiro sustento e assistência, e possui, enquanto fenômeno social⁶, várias teorias acerca de sua origem, bem como regulamentação diversificada, de acordo com os períodos vivenciados pela humanidade.⁷

Em razão desta facilidade de renovação e adaptação da família em face das constantes transformações sócio-culturais e tecnológicas é que podemos sustentar a dificuldade teórica de determinar o significado desta expressão, podendo ser usada

⁵ Na tentativa de descrever objetivamente o conceito de “família”, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda destaca: “Ora significa o conjunto das pessoas que descendem de tronco ancestral comum, tanto quanto essa ascendência se conserva na memória dos descendentes, ou nos arquivos, ou na memória dos estranhos; ora o conjunto de pessoas ligadas a alguém, ou a um casal, pelos laços de consangüinidade ou de parentesco civil; ora o conjunto das mesmas pessoas mais os afins apontados por lei; ora o marido e a mulher, descendentes e adotados; ora finalmente, marido, mulher e parentes sucessíveis de um e de outra”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito de Família*. Campinas: Bookseller, 2001, v.1, p. 59). Trazendo uma percepção atual sobre a matéria, Pietro Perlingieri define a família como uma formação social ou uma “sociedade natural”, como um lugar onde se desenvolve a pessoa, a qual é formada com o objetivo de “promoção daqueles que a ela pertencem”. (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3.ed. Traduzido por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 243).

⁶ Para compreendermos o significado da expressão “fenômeno social” destaca-se a seguinte definição de Émile Durkheim, quando descreve como sendo “fato social” quase todos os fenômenos que se passam no interior da sociedade e que apresentem algum interesse social: “É fato social toda maneira de agir fixa ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coerção exterior; ou então ainda, que é geral na extensão de uma sociedade dada, apresentando uma existência própria, independente das manifestações individuais que possa ter”. (DURKHEIM, Émile. *Sociologia*. 9.ed. Traduzido por Laura Natal Rodrigues. São Paulo: Ática, 2004, p. 52).

⁷ Hans Kelsen sustentava que: “A sociedade, como objeto de uma ciência social normativa, é uma ordem normativa da conduta dos homens uns em face dos outros. Estes pertencem à sociedade na medida em que a sua conduta é regulada por uma tal ordem, é prescrita, é autorizada, ou é positivamente permitida por essa ordem. Quando dizemos que uma sociedade determinada é constituída através de uma ordem normativa que regula a conduta recíproca de uma pluralidade de indivíduos, devemos ter consciência de que ordem e sociedade não são coisas diferentes uma da outra, mas uma e mesma coisa, de que a sociedade não consiste senão nesta ordem e de que, quando a sociedade é designada como comunidade, a ordem que regula a conduta recíproca dos indivíduos é, no essencial, o que há de comum entre esses indivíduos”. (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6.ed. Traduzido por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 96-97).

em diversas acepções, dependendo de quem a define, do contexto histórico, social, político e familiar em que está inserido.⁸

Perpassando algumas características sociológicas da família, Alfredo Poviña⁹ a define como sendo a única forma de associação integral, onde se

⁸ Françoise Zonabend esclarece que: “El empleo de este término es tan cotidiano en el lenguaje hablado, y su uso tan corriente en los escritos eruditos o populares, que no resulta nada fácil enumerar todas sus acepciones. [...] El sustantivo familia es de origen latino: apareció en Roma como derivado de famulus (servidor), pero no se aplicaba a lo que normalmente entendemos por dicho término”. (ZONABEND, Françoise. De la Familia. Una visión etnológica del parentesco y la familia. In: BURGUIÈRE, André (org.). et al. *Historia de la Familia*. Traduzido por Gonzalo Gil. Madrid: Alianza, 1988, p. 17). Para Theodor Kipp e Martin Wolff, “familia es el conjunto de personas ligadas por el matrimonio o por el parentesco”. (KIPP, Theodor; WOLF, Martin. *Derecho de Familia: el matrimonio*. 2.ed. Traduzido por Blas Pérez González e José Castalán Tobeñas. Barcelona: Bosch, 1953, v.1, p. 2), todavia, tal definição se mostra extremamente limitada, pois entende como família apenas como sendo as ligadas pelo matrimônio e pelo parentesco, notadamente se considerarmos que a realidade se mostra diferente, mesmo se considerarmos à época da publicação. A definição de família pode modificar de acordo com a espécie de sociedade, mas de acordo com a história o conceito mais prosaico é o da família nuclear, que vem a ser uma relação regressa ao amor, ao afeto, à verdade e à igualdade. (BARBOSA, Águida Arruda. Mediação: além de um método, uma ferramenta para a compreensão das demandas judiciais no Direito de Família - a experiência brasileira. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 2, n. 7, p. 19-37, out.-dez. 2000, p. 21). Em trabalho realizado sobre a família, Marco Antônio Fetter elenca os diversos conceitos empregados à expressão “família”, de acordo com a disciplina que a estuda: “‘Família’ é alguma coisa vista pela Economia como unidade de produção e de consumo; pela Antropologia, principalmente, como um conjunto de relações de parentesco; pela Demografia, como ‘locus’ da reprodução e como algo que se confunde com a própria unidade doméstica; pela Psicologia como um dos lugares privilegiados da estruturação da personalidade e da formação de vínculos emocionais; pela Sociologia como unidade concreta – um determinado grupo de indivíduos – e representação – grupo de indivíduos socialmente reconhecido enquanto família. Cada uma dessas disciplinas, ao lado de outras não arroladas aqui, aponta para o conhecimento do real significado das famílias num determinado momento histórico, mas esse conjunto de caminhos está ainda longe de constituir uma síntese ou visão global”. (FETTER, Marco Antônio. A família em questão. *Cadernos CEDOPE*, Ecologia População e Família, São Leopoldo, n. I-7, p. 15-24, 1991, p. 16).

⁹ POVIÑA, Alfredo. *Sociología*. 4.ed. Córdoba: [s.n.], 1961, p. 457-458. San Thiago Dantas destaca o aspecto da coesão do grupo dizendo que “a família é um grupo social que os sociólogos estudam, sempre que discorrem sobre o Estado, a tribo, o clã, a pátria, enfim todos esses aglomerados humanos nos quais se descobre um laço coesivo de relativa permanência e aquela consciência de unidade que um sociólogo chamou de a ‘consciência de nós’”. (DANTAS, San Thiago. *Direito de família e das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 3). O conceito sociológico de família pode ser definido como a “instituição social básica que compreende um ou mais homens vivendo maritalmente com uma ou mais mulheres, os descendentes vivos e, às vezes, outros parentes ou agregados. O núcleo estrutural quase uniforme, devido a certas condições biológicas idênticas, em todas as variedades do gênero humano, é constituído pela relação mãe-filho. Em torno desse núcleo, a organização da família assume as feições mais variadas. Mas em tôdas as sociedades humanas existe um padrão cultural, que regulariza as relações entre cônjuges, entre pais e filhos, entre filhos e entre pais ou filhos e os demais membros da família, parentes ou não. Entre as funções atribuídas à família, todas variam, menos a função biológica de perpetuar no grupo. Todavia, na grande minoria dos casos, a família desempenha funções educativas no sentido de transmitir considerável parte da cultura social à geração nova. As demais funções, sobretudo econômicas e religiosas, variam extraordinariamente”. (*DICIONÁRIO DE SOCIOLOGIA*. Porto Alegre: Globo, 1961, p. 128-129).

harmonizam a independência e a liberdade do indivíduo com a união estrita e solidariedade, de onde se produz o equilíbrio entre os sentimentos do indivíduo, entre o inconsciente e o reflexivo. É um sistema onde se conjugam valores, crenças, conhecimentos e práticas, onde o indivíduo ensaia os primeiros passos para viver em sociedade com os seus semelhantes, atuando o seu egoísmo e refreando os seus caprichos, conciliando os seus propósitos e interesses com os dos outros, experimentando sentimentos de altruísmo.¹⁰

Neste sentido, Jorge Sánchez Azcona¹¹ traduz a importância da família para a sociedade e, notadamente, para o indivíduo, referindo que:

Una de las características fundamentales del ser humano es el hecho de vivir en sociedad; el hombre, para poder satisfacer sus necesidades biológicas, psicológicas y sociales, requiere siempre participar y moverse dentro de diferentes grupos en su vida diaria. [...] De estos grupos resalta por su importancia la familia, considerada como el núcleo primario y fundamental para proveer a la satisfacción de las necesidades básicas del hombre y sobre todo de los hijos, quienes por su carácter dependiente deben encontrar plena respuesta a sus carencias, como requisito para lograr un óptimo resultado en su proceso de crecimiento y desarrollo.

Em que pese de não poder renunciar aos seus elementos naturais, nem as relações biológicas existentes, a família também se apresenta como uma interação de determinados papéis desenvolvidos socialmente por seus membros.¹²

¹⁰ Haim Grunspun observa que o sistema familiar é um processo nos quais os indivíduos chegam para coexistir conjuntamente, ou seja, numa composição, instituindo simbiose e relacionamentos, onde se deparam com consolações emocionais recíprocas. Assim, a família se mantém

Sopesando este aspecto, verifica-se então que a família, nas diversas formas conhecidas de sociedade, pode apresentar conteúdos variáveis, dependendo do local e da época a que se faz referência.¹³

Distante de qualquer significado que possamos atribuir à expressão “família”, é importante extrairmos a essência desta entidade, pois seu objetivo primordial, para a atualidade, não é gerar descendentes ou firmar-se como grupo de pressão para transformações sociais, pois estas, na realidade, são conseqüências lógicas da organização familiar.¹⁴

O único modelo da família reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro existente, até pouco tempo atrás, correspondia ao modelo patriarcal¹⁵ caracterizado pela consangüinidade e hierarquização de valores entre seus membros, e a idéia de

¹³ Cristina de Oliveira Zamberlam entende que “a família, enquanto forma específica de agregação, tem uma dinâmica de vida própria, afetada pelo processo de desenvolvimento sócio-econômico e pelo impacto da ação do Estado através de suas políticas econômicas e sociais. Por esta razão, a estrutura social, por ser uma espécie de esqueleto sobre o qual a sociedade e suas operações estão fundadas”. E continua a autora, dizendo que “supõe-se que quando o esqueleto muda, todo o resto também tende a mudar. Pois os contextos culturais e subculturais em que se está imerso, os contextos históricos, políticos, econômicos, religiosos, de meio ambiente, de existência ou carência de serviços públicos, de idiosincrasias de uma região, país ou hemisfério, sustentam e fazem parte do universo relacional do indivíduo”. (ZAMBERLAM, Cristina de Oliveira. *Os Novos Paradigmas da Família Contemporânea: uma perspectiva interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 40-41).

¹⁴ Pierre Bourdieu argumenta que a “família como categoria social objetiva (estrutura estruturante) é o fundamento da família como categoria social subjetiva (estrutura estruturada), categoria mental que é a base de milhares de representações e de ações (casamentos) por exemplo que contribuem para reproduzir a categoria social objetiva. Esse é círculo de reprodução da ordem social. O acordo quase perfeito que se estabelece então entre as categorias subjetivas funda uma experiência do mundo como evidente, [...]. Nada parece mais natural do que a família: essa construção social arbitrária parece situar-se no pólo do natural e do universal”. (BOURDIEU, Pierre. *Razões Práticas: sobre a teoria da ação*. Traduzido por Mariza Corrêa. Campinas: Papirus, 1997, p. 128).

¹⁵ Na família patriarcal o patrimônio é regulado pelos pais, com ênfase sobre a prudência, sobre o *status* econômico e social, na conformidade dos deveres e à tradição. Para Gama-Roza, em seu livro “Biologia e sociologia do casamento”, editado em 1887: “Na família patriarcal, monogâmica ou polygâmica, o pae é o chefe, o sacerdote, o senhor absoluto, dispondo livremente das pessoas da sua casa, mulheres, filhos e escravos, podendo-as vender, emprestar, matar”. (GAMA-ROZA. *Biologia e Sociologia do Casamento*. Rio de Janeiro: G. Leuzinger & Filhos, 1887, p. 300). “A família patriarcal recebeu um importante impulso com a introdução do ferro, que fez com que as artes da agricultura progredissem numa escala até então desconhecida, e forçou os homens a se reunir em grupos, para proteger-se”. (CASEY, James. *A História da Família*. Traduzido por Sérgio Bath. São Paulo: Ática, 1992, p. 19).

posse dos pais em relação aos filhos dependentes raramente deixava transparecer a presença da afetividade entre seus membros.¹⁶

Todavia, nestas últimas décadas, houve uma verdadeira revolução no âmbito das relações familiares¹⁷, sendo que o motivo pelo qual se busca viver em família, na atualidade, relaciona-se intimamente com a necessidade de afeto, que é natural em todo ser humano, e fruto da autenticidade das relações familiares fundadas no amor e no respeito à dignidade de cada um de seus membros.¹⁸

Com ou sem laços consangüíneos, a união estabelecida entre os membros da família se constrói a partir da intimidade, do respeito mútuo, da amizade, da troca e do enriquecimento conjunto. Nesta acepção, convém destacar as célebres palavras de Michelle Perrot¹⁹, quando refere que “A história da família é longa, não linear, feita de rupturas sucessivas”.

¹⁶ Com o fito de esclarecer a forma como se originavam os enlaces matrimoniais, Chiara Saraceno aduz que: “Nas sociedades do passado, em que condição social global de uma pessoa estava mais directamente ligada do que hoje à sua pertença familiar, escassos ou nulos eram os canais de mobilidade social extrafamiliar, e por outro lado o casamento representava, especialmente para os mais abastados, uma estratégia de alianças familiares, a regra da homogamia matrimonial traduzia-se mais explícita e directamente que hoje em escolhas impostas no interior de grupos profissionais e classes sociais homogéneas”. (SARACENO, Chiara. *Sociologia da Família*. Traduzido por M. F. Gonçalves de Azevedo. Lisboa: Estampa, 1997, p. 93).

¹⁷ Isidoro Alonso Hinojal refere que: “Uma das maneiras mais freqüentes de se referir às transformações impostas à família pelas transformações sociais modernas, é falar da perda de funções que tradicionalmente se considera que esta instituição vinha prestando. Cita-se as funções econômica, política, religiosa, cultural, recreativa, etc., que a família desempenhava em relação ao indivíduo e que, com as transformações advindas, passaram a depender de outras instituições, especialmente o Estado”. (HINOJAL, Isidoro Alonso. *A Crise da Instituição Familiar*. Rio de Janeiro: Salvat, 1979, p. 53-54). David Zimmerman, ao discorrer sobre a influência dos fatores socioculturais para as transformações ocorridas, salienta que “é útil lembrar que a configuração dos grupos familiares vem sofrendo profundas transformações reais com a passagem das sucessivas gerações, sendo inquestionável que esse fato traz significativas repercussões no bebê, na criança, no adolescente e no futuro adulto, tanto no que diz respeito à formação de sua identidade grupal e social”. E comenta que os fatores culturais e sociológicos são alguns dos responsáveis por estas transformações, finalizando: “um novo significado de família, com novos valores, expectativas e papéis a serem desempenhados; uma maior emancipação da mulher, que geralmente deve trabalhar fora e que por isso, deve fazer uma extenuante ginástica para conciliar as funções de maternagem com as profissionais; em contrapartida, também o perfil do homem tem mudado bastante, especialmente quanto à sua maior participação na economia doméstica e nos cuidados precoces com os filhos”. (ZIMMERMAN, David E. *Fundamentos Psicanalíticos: teoria, técnica e clínica*. Porto Alegre: Artmed, 1999, p. 101-103).

¹⁸ SEREJO, Lourival. O afeto que se encerra. *O Estado do Maranhão*, São Luís, 18 jun. 2004.

¹⁹ PERROT, Michelle. O nó e o ninho. *Revista Veja 25 Anos: reflexões para o futuro*. São Paulo: Abril, p. 75-81, 1993, p. 75.

Elisabeth Roudinesco²⁰ resume estas transformações ocorridas na família, discorrendo:

Podemos distinguir três grandes períodos na evolução da família. Numa primeira fase, a família dita 'tradicional' serve acima de tudo para assegurar a transmissão de um patrimônio. Os casamentos são então arranjados entre os pais sem que a vida sexual e afetiva dos futuros esposos, em geral unidos em idade precoce, seja levada em conta. Nessa ótica, a célula familiar repousa em uma ordem do mundo imutável e inteiramente submetida a uma autoridade patriarcal, verdadeira transposição da monarquia de direito divino. Numa segunda fase, a família dita 'moderna' torna-se o receptáculo de uma lógica afetiva cujo modelo se impõe entre o final do século XVIII e meados do XX. Fundada no amor romântico, ela sanciona a reciprocidade dos sentimentos e os desejos carnis por intermédio do casamento. Mas valoriza também a divisão do trabalho entre os esposos, fazendo ao mesmo tempo do filho um sujeito cuja educação sua nação é encarregada de assegurar. A atribuição da autoridade torna-se então motivo de uma divisão incessante entre o Estado e os pais, de um lado, e entre os pais e as mães, de outro. Finalmente, a partir dos anos 1960, impõe-se a família dita 'contemporânea' - ou 'pós-moderna' -, que une, ao longo de uma duração relativa, dois indivíduos em busca de relações íntimas ou realização sexual. A transmissão da autoridade vai se tornando então cada vez mais problemática à medida que divórcios, separações e recomposições conjugais aumentam.

Numa visão interdisciplinar, a família tem função constitutiva no desenvolvimento dos indivíduos e dos grupos,²¹ sendo observada como um grupo

²⁰ ROUDINESCO, Elisabeth. *A Família em Desordem*. Traduzido por André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 19.

²¹ Para Giselle Câmara Groeninga, "a família evolui no tempo e se organiza em função de suas finalidade e do ambiente, estamos enfatizando novamente não só a interação entre seus membros, mas dela em relação ao social. Interação humana, necessariamente afetiva. Ela é paradigmática e base, dando sustentação à estrutura social, mas que necessita, por sua vez, do suporte das instituições. Em relação direta com a sociedade, sofre suas influências ao mesmo tempo em que por ela é influenciada, em uma relação dialética". (GROENINGA, Giselle Câmara. *Família: um caleidoscópio de relações*. In: _____ (coord.); PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de Família e Psicanálise*. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 136). Ainda, convém ressaltar o entendimento de David Dressler ao mencionar que: "O sistema institucional da família é a forma de organização social que é usada universalmente para regular o comportamento acasalador de adultos e garantir a educação dos filhos", e, deste modo, a família assume duas funções gerais primárias: procriação e socialização. (DRESSLER, David. *Sociologia. O estudo da interação humana*. Traduzido por Aloysio de Moraes. Rio de Janeiro: Interciência, 1980, p. 254). Pedro Calderan Beltrão ressalta que existem funções que envolvem a família: a função institucional, vislumbrando a família como instituição social; a função biológica de transmissão da vida humana; a visão econômica de provisão de bens materiais; a visão protetora de segurança contra riscos da existência; a visão cultural de transmissão de conceitos e de valores sociais; a função estratificativa de atribuição do 'status' social; a função integrativa de controle social; além da função pessoal, que diz respeito à família como grupo social envolvendo a função conjugal de relacionamento entre marido e mulher; a função parental de relacionamento entre pais e filhos; e, por fim, a função fraternal de relacionamento entre irmãos e irmãs. (BELTRÃO, Pedro Calderan. *Sociologia da Família Contemporânea*. 2.ed. Traduzido por Ernesto Buzzi. Petrópolis: Vozes, 1973, p. 21-22).

socialmente definido, em que se desenvolve a estrutura da personalidade, onde cada um de seus membros ocupa um lugar, com suas tarefas determinadas, independente de estarem ligados por laços biológicos ou, simplesmente, por laços de afeto.²²

Para compreendermos o sistema atual, torna-se necessário repassar as transformações sucedidas na sua estrutura,²³ desde o surgimento da primeira noção de família até a mais recente concepção, o que propiciará uma visão das importantes transformações ocorridas no decorrer dos tempos e, num momento posterior desta dissertação, a apreciação de sua recepção pelo ordenamento jurídico até o reconhecimento da complexidade com que se revestem tais relações.

1.1 FAMÍLIAS: ALICERCE PARA CONSTRUÇÃO DA SOCIEDADE

As origens das famílias, consideradas como uma instituição²⁴, remonta aos ancestrais da espécie humana.²⁵ Segundo Friedrich Engels, o termo “família”, que é

²² A família é definida e entendida em função das variáveis ambientais, sociais, culturais, econômicas, políticas ou religiosa e, deste modo, o conceito de família inscreve-se como multifacetado e polissêmico, não designando, portanto, “uma instituição padrão, fixa e invariável”. (OSÓRIO, Luiz Carlos. A família como grupo primordial. In: _____. (org.); ZIMERMANN, David Epelbaum (org.). *Como Trabalhamos com Grupos*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997, p. 49).

²³ Para Anthony Giddens estruturas seriam os “conjuntos de regras e recursos, implicados na articulação institucional de sistemas sociais. Estudar estruturas, inclusive princípios estruturais, é estudar aspectos importantes das relações de transformação/mediação que influenciam a integração social e sistêmica”. (GIDDENS, Anthony. *A Constituição da Sociedade*. Traduzido por Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 1989, p. 303).

²⁴ “Uma instituição é uma organização duradoura de normas, regras e orientações que torna possível às pessoas de uma sociedade satisfazerem uma ou duas necessidades ao longo alcance. As instituições formam a estrutura relativamente permanente, dentro da qual operam a cultura e a estrutura social. Os sistemas organizados de Economia, Política e Ciência, bem como os de família, religião e educação são exemplos de instituições sociais”. (DRESSLER, David. *Sociologia*. O estudo da interação humana. Traduzido por Aloysio de Moraes. Rio de Janeiro: Interciência, 1980, p. 251). Posiciona-se Célio Garcia sobre a matéria, de acordo com quem “a família tampouco é natural, ela é uma instituição. Sua forma simbólica é constitutiva do sujeito; ela veicula na sua estrutura a parte de gozo destinada ao sujeito, assim como ela assinala a carência sempre lembrada. [...] O sujeito certamente se vê marcado pelos dizeres da família antes mesmo de seu nascimento, representando o desejo dos pais”. (GARCIA, Célio. *Psicanálise: operadores do simbólico - clínica das transformações familiares*. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 1, 1999, Belo Horizonte. *Anais*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 291).

²⁵ Neste contexto, “a família nasce espontaneamente pelo simples desenvolvimento da vida humana”. (LECLERCQ, Jacques. *A Família*. Traduzido por Emérico da Gama. São Paulo: Quadrante, 1968, p. 9). Deste modo, a família constitui o primeiro e o mais importante grupo social de toda a pessoa, bem como o seu quadro de referência, estabelecido por meio de relações e identificações que a criança criou durante o desenvolvimento, tornando-a matriz da identidade.

derivado de *famulus* (escravo doméstico)²⁶, foi uma expressão que surgiu para designar um novo organismo social que surgia entre as tribos latinas, ao serem introduzidas à agricultura e à escravidão legal, o qual caracterizava-se pela presença de um chefe que mantinha sob seu poder a mulher, os filhos e um certo número de escravos. Desde então, o termo família tem designado instituições e agrupamentos sociais bastante diferentes entre si, do ponto de vista de sua composição e funções.²⁷

No entanto, das diversas teorias sobre as origens das famílias,²⁸ é correto afirmar que todas antecedem a do Direito, mostrando-se assim, tal organização, anterior a este marco temporal, como um agrupamento primitivo que surgiu antes da

²⁶ A família era o conjunto de escravos pertencentes a um mesmo homem, porquanto era baseada no domínio do homem, com expressa finalidade de procriar filhos de paternidade incontestável, inclusive para fins de sucessão. O termo era também utilizado em relação às coisas, para designar o conjunto do patrimônio, ou a totalidade dos escravos pertencentes a um senhor. Ao comentar sobre a família “doméstica” romana, Pedro Calderan Beltrão menciona que: “Na linha de seu mestre Fustel de Coulanges, Durkheim demonstrou como esta família emerge de dois grupos precedentes muito mais amplos, isto é, da ‘gens’, na qual a parentela se baseava sobre liames religiosos, e da família agnática, que se formava um ‘consortium’ indiviso, originária de diversos troncos, co-proprietários do mesmo patrimônio, sob a direção do agnado ou do colateral mais velho ou mais competente. A família doméstica nasceu justamente do esfacelamento desta unidade familiar agnática: com a morte do agnado chefe de família, algum irmão veio dissociando-se do grupo inicial com sua esposa e filhos. Era já um movimento de ‘nucliarização’ (conjugal) - Durkheim chamava-o de ‘resserrement’ - ou seja, de redução da extensão familiar”. (BELTRÃO, Pedro Calderan. *Sociologia da Família Contemporânea*. 2.ed. Traduzido por Ernesto Buzzi. Petrópolis: Vozes, 1973, p. 23). No mesmo sentido, Fustel de Coulanges menciona que: “Os historiadores do direito romano [...] observaram que nem o nascimento nem o afeto foram o fundamento da família romana, julgando, pelo contrário, que devemos encontrar tal fundamento no

formação da “família romanista”²⁹, a qual utilizamos em nosso ordenamento jurídico como sendo o primeiro modelo desta instituição.³⁰

Lewis Henry Morgan ³¹ influenciou a sociedade na forma e na estrutura da família e a distinção entre formas diferentes e evolutivas de famílias. Na tentativa de estabelecer conexões entre os sistemas de parentesco a escala mundial, o autor tentou sistematizar e classificar os sistemas de parentesco buscando descobrir a relação entre os sistemas matrimoniais e os de parentesco, defendendo que determinadas formas de matrimônio corresponde a um sistema de parentesco específico. O autor ainda enumerou seis estágios de desenvolvimento da família: a) estado selvagem - seria o “comércio sexual sem obstáculos”; b) família consanguínea - fundada sobre o intercasamento de irmãos e irmãs, carnis e

²⁹ Sobre a família romanista, Maria Cristina Cereser Pezzella menciona que “a estrutura social da população romana fundava-se em famílias, as quais estavam integradas em grupos mais amplos: as gentes, singular gens. A gens significava uma família ampla integrada pelas distintas famílias pertencentes à mesma linhagem, caracterizando todos os seus integrantes por utilizarem o mesmo nome comum (nomen gentilicium) derivado da ascendência reconhecida a um mesmo ancestral”. Continua a autora dizendo que “a expressão ‘família’ tem em Roma significados diferentes de hoje. A relação com fámulo indica um sentido originário relacionado com os servidores do pater, e, nas fontes jurídicas, o significado mais freqüente de família consistia no conjunto de escravos e propriedade de um mesmo dono. O significado de família nas fontes mais antigas comportava o conjunto de coisas e pessoas submetidas ao pater familias. No sentido conhecido atualmente se refere a família como união de pessoas livres unidas por certo parentesco”. (PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. *Propriedade Privada no Direito Romano*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 23).

³⁰ Eduardo de Oliveira Leite faz referência ao assunto, afirmando que: “A ausência de documentos; a impossibilidade de recuar integralmente no tempo e no espaço, colocando-se sem nenhum raciocínio pré-estabelecido, no espírito da época (se é que é possível tal transposição); a impraticável negação de toda uma cultura assimilada e adquirida pela evolução humana, bem como a existência de novas teorias negando o evolucionismo unilinear das grandes teorias, são algumas das dificuldades que enfrenta o estudioso na tentativa de decifrar os enigmas das instituições tão antigas e misteriosas quanto o homem a família e o casamento”. (LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de Direito de Família: origem e evolução do casamento*. Curitiba: Juruá, 1991, v.1, p. 10). Rodrigo da Cunha Pereira salienta que “é mesmo nos romanos que está a referência de organização familiar, e é nele que o ordenamento jurídico brasileiro se pauta. Mesmo com todas as modificações e evoluções no sistema jurídico brasileiro, o referencial básico é, e será sempre, ao que tudo indica, o da família romana, ainda que neste momento aponte para uma outra direção com questionamento do modelo patriarcal”. (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A família: estruturação jurídica e psíquica*. In: _____ (coord.). *Direito de Família Contemporâneo: doutrina, jurisprudência, direito comparado e interdisciplinaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 15). Fabiane Klein referiu que os estudos sobre a família originária são bem mais de ordem sociológica e antropológica do que jurídica, pois somente pode-se imaginar como seriam as relações familiares anteriores à formação da família existente no Direito Romano. (KLEIN, Fabiane. *A polêmica sobre a abstração da culpa na separação judicial litigiosa*. In: BRAUNER, Maria Claudia Crespo (org.). *O Direito de Família: descobrindo novos caminhos*. São Leopoldo: Autora, 2001, p. 22).

³¹ MORGAN, Lewis Henry. *Systems of Consanguinity and Affinity of the Human Family*. Oosterhout: Anthropological, 1970, passim.

colaterais, no interior de um grupo; c) família punaluana - baseada no casamento de várias irmãs, carnis e colaterais, com os maridos de cada uma das outras, no interior de um grupo; os maridos comuns não eram necessariamente parentes de um grupo; d) família sindiásmica ou de casal - onde existia o casamento entre casais individuais, mas sem obrigação de coabitação exclusiva; o casamento prosseguia enquanto ambas as partes o desejassem; e) família patriarcal - fundada sobre o casamento de um só homem com diversas mulheres, era geralmente acompanhado pelo isolamento das mulheres, e f) família monogâmica - estribada no casamento de casais individuais, com obrigação de coabitação exclusiva.

Friedrich Engels (1820-1895), a partir da leitura da obra de Lewis Henry Morgan, descreve uma ordem evolutiva de desenvolvimento da família em três épocas principais: estado selvagem, barbárie e civilização. No estado selvagem, que é a infância do gênero humano, os homens, que conviviam nas hordas, se apropriam dos produtos da natureza prontos para serem utilizados. Também é nesta etapa que surge a invenção do arco e da flecha e, conseqüentemente, a caça. O principal avanço deste período é o desenvolvimento da linguagem articulada. No estado subseqüente, denominado de barbárie, inicia-se a produção da cerâmica, a fim de tornar cestos e vasos refratários ao fogo. A particularidade marcante desta etapa é a domesticação e a criação de animais, bem como o cultivo de plantas, com a exploração da agricultura como meio de sobrevivência humana. Na civilização, o homem persiste aprendendo a elaborar produtos naturais, período da indústria propriamente dita e da arte, onde se detecta a invenção da escrita alfabética e seu emprego para registros literários.³²

Evidente que as transformações ocorridas na família após a normatização destas relações se mostram mais interessantes que as anteriores, mas não se pode deixar de mencionar alguns importantes aspectos dos períodos que antecederam, os quais vinham regulados predominantemente por normas de cunho moral ou religioso. Deste estudo, o que se depreende das comunidades primitivas, donde se desenvolveram as primeiras etapas da família, é que existiu um período em que

³² ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. Traduzido por Leandro Konder. 12.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1991, p. 21-28.

imperava um comércio sexual, onde o casamento³³ se formava por grupos inteiros de homens e mulheres que se pertenciam mutuamente.³⁴

Assim, podemos verificar que a primeira etapa da evolução da família é conhecida como “família consangüínea”.³⁵ Esta se formava pelo intercasamento de irmãos e irmãs carnais e colaterais dentro de um mesmo grupo. Assim, irmãos e irmãs, primos e primas, em primeiro segundo e restantes graus, são todos, entre si, irmãos e irmãs, e por isso mesmo, maridos e mulheres uns dos outros. O vínculo de irmão e irmã pressupõe, por si, a relação carnal mútua.³⁶

Progresso infinitamente mais importante que excluir os pais e filhos das relações sexuais recíprocas foi excluir também os irmãos dessas relações. Nesta etapa a família foi conceituada de “família punaluana”³⁷, tendo como característica essencial a comunidade recíproca de maridos e mulheres no seio de um determinado círculo familiar, do qual foram excluídos, no princípio, os irmãos carnais

³³ Durante longo período na história, a organização das sociedades em famílias foi realizada pela implantação e utilização deste instituto com o nome de matrimônio. Esta forma de constituição de família, aliada à religião como sacramento, se consagrou juntamente com o estabelecimento do Estado, da maneira como se firmou como uma verdadeira instituição, pois somente com o casamento se garantia a existência, o progresso e a segurança das relações familiares. (FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em Busca da Família do Novo Milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 36-37).

³⁴ ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. Traduzido por Leandro Konder. 12.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1991, p. 31.

³⁵ No vínculo da consangüinidade o parentesco era estabelecido pelo lado paterno, sendo permitido o casamento entre irmãos, onde os filhos são todos comuns e, por isso mesmo, se casam entre si. Neste tipo de família é permitida a relação entre pais e filhos, a poliandria e a poliginia, mas existiam a mulher principal e o esposo principal que se caracterizavam por terem uma relação mais longa.

³⁶ ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. Traduzido por Leandro Konder. 12.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1991, p. 38. Para Caio Mário da Silva Pereira, “tal condição é incompatível com a idéia exclusivista do ser humano e até mesmo de muitos irracionais, e contraditória com o desenvolvimento da espécie”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de família*. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v.5, p. 17).

³⁷ A família punaluana surge como uma forma de impedimento do casamento entre irmãos, primos, entre outros, forma existente na família consangüínea. Ocorre, assim, uma seleção e variabilidade genética, mas ainda continua existindo promiscuidade sexual como, por exemplo, um marido para um grupo de irmãs. Estando proibidas as relações entre irmãos e irmãs, dentre estes os colaterais distantes, pela linha materna, o grupo familiar acaba por se tornar um círculo fechado de parentes consangüíneos que não se podem casar uns com os outros.

castigado.⁴¹ Os filhos advindos desta união pertenciam exclusivamente à mãe, eis que este vínculo conjugal era facilmente dissolvido por uma ou por outra parte.⁴²

A domesticação de animais e a criação do gado abriram mananciais de riqueza até então desconhecidas, criando relações sociais inteiramente novas, dando início à idéia da propriedade privada das famílias. Nesta etapa, o matrimônio sindiasmático introduziu na família um elemento novo, pois, junto à verdadeira mãe tinha posto o verdadeiro pai. Porém, com base no direito materno, e segundo a primitiva Lei de herança imperante das *gens*, os filhos de um homem falecido não pertenciam a *gens* daquele, mas à de sua mãe.

Desse modo, a herança de um homem passava, em primeiro lugar, aos seus irmãos e irmãs, e aos filhos destes ou aos descendentes das irmãs de sua mãe, deixando seus próprios filhos deserdados, pois, como a paternidade era incerta, a sucessão decorria da descendência feminina.⁴³

Na medida em que aumentavam as riquezas, o homem foi adquirindo uma posição familiar mais importante que a da mulher, fazendo com que nascesse nele a idéia de modificar a ordem da herança estabelecida em proveito de seus filhos. A partir deste momento, em que o Direito e o Estado se apropriam sob a autoridade masculina da ordem e das idéias, desmorona o parentesco da linhagem feminina,

⁴¹ Visualizam-se daí as primeiras linhas do regramento que vigorou em nosso país acerca da matéria, pois, conforme refere Heloisa Helena Barboza: “Até 1942, penalizava-se com mais rigor o adultério feminino, sendo expressa a lei nesse sentido (art. 273 do Código Penal de 1890 vigente até 01.01.1942) ante a possibilidade de introduzir no casamento prole espúria”. (BARBOZA, Heloisa Helena. *O Direito de Família Brasileiro no final do século XX*. In: BARRETTO, Vicente (org.). *A Nova Família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 90). Mário Aguiar Moura esclarece que: “A fidelidade, até imposta em lei, mas que nem por isso pode ser tão eficaz, serve apenas como pano de fundo para considerar-se a presunção ‘pater is est’. A fidelidade fica como admissão decorrente do espírito que, via de regra, preside o casamento”. (MOURA, Mário Aguiar. *Tratado Prático da Filiação*. Rio de Janeiro: Aidê, 1984, v.1, p. 43).

⁴² ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. Traduzido por Leandro Konder. 12.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1991, p. 49. Philippe Ariès ao focar a história da família a partir da vida cotidiana mostrou como o sentimento da família, como o conhecemos, data de fins do século XVII e início do século XVIII. É neste período que ocorre “o recolhimento da família longe da rua, da praça, da vida coletiva, e sua retração dentro de uma casa melhor defendida contra os intrusos e melhor preparada para a intimidade”. (ARIÈS, Philippe. *História Social da Criança e da Família*. 2.ed. Traduzido por Dora Flaksman. Rio de Janeiro: LTC, 1981, p. 23).

⁴³ ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. Traduzido por Leandro Konder. 12.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1991, p. 57.

que passa a ser agrupado em torno da instituição, que tem como chefe, senhor e sacerdote, o pai e marido, originando-se então o pátrio poder.⁴⁴

Esta mudança era duplamente vantajosa para os filhos varões: primeiro porque transmitia a herança exclusivamente a estes, sendo que, ao mesmo tempo, colocava o filho na linha de sucessão do cargo exercido pelo pai. As mulheres, que nasciam devendo obediência ao pai, ao casar deviam esta obediência ao marido, que, ao falecer, deixava o filho varão em seu lugar, ao qual a mulher continuava submissa.⁴⁵ Neste contexto, Friedrich Engels⁴⁶ não exita em afirmar que “o desmoronamento do direito materno foi a grande derrota do sexo feminino em todo o mundo”, considerando que a posição da mulher ficou inteiramente desvalorizada com a ascensão do homem, inclusive na direção da casa.

Aos poucos, passamos a identificar as famílias monogâmicas,⁴⁷ caracterizadas pelo sistema patriarcal,⁴⁸ regulado em nossos primeiros ordenamentos,⁴⁹ quando a mulher viu-se degradada, convertida em servidora, em

⁴⁴ A esse respeito, escreveu Diogo Leite de Campos: “O pai transformava-se, assim, numa verdadeira fonte de criação de Direito, de normas da organização interna da família que se impõem aos seus dependentes, mulher, filhos e outros. A vontade do pai é «lei» a cada momento”. (CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direito da Família e das Sucessões*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 88).

⁴⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de Direito de Família: origem e evolução do casamento*. Curitiba: Juruá, 1991, v.1, p. 39.

⁴⁶ ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. Traduzido por Leandro Konder. 12.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1991, p. 61.

⁴⁷ Caio Mário da Silva Pereira explica que: “Tendo em vista o tipo monogâmico dominante no mundo social, constitui impedimento a existência de um casamento anterior”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de família*. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v.5, p. 67). Confirmando a assertiva, Orlando Gomes salienta: “O impedimento de vínculo deriva da proibição da bigamia. Não se trata, a rigor, de um impedimento; não ser casado é um pressuposto para contrair núpcias justas e quem casado é não pode casar com outra pessoa qualquer”. (GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 93).

⁴⁸ O que caracteriza o patriarcalismo é a influência do pai sobre a mãe, pois tudo gira em torno do chefe de família e a subordinação da mulher aumenta frente ao homem. Luiz Edson Fachin afirma que: “Na verdade, quando a família clássica atribui poderes ao pai, à primeira vista está colocando a supremacia do homem na relação conjugal. Mas, num segundo momento, verifica-se que o interesse maior a ser tutelado não é o do marido, e sim o da família enquanto instituição”. (FACHIN, Luiz Edson. *Elementos Críticos do Direito de Família: curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 33).

⁴⁹ Nas palavras de Susan K. Besse: “A lei civil brasileira (que até 1916 era uma extensão do Código Filipino, compilado em 1603 em Portugal) subordinava as esposas aos maridos, definindo-as como eternas menores de idade, sem poder para tomar decisões finais sobre a criação dos filhos ou sequer administrar seus próprios bens”. (BESSE, Susan K. *Modernizando a Desigualdade: reestruturação da ideologia de gênero no Brasil*. Traduzido por Lolio Lourenço de Oliveira. São Paulo: EDUSP, 1999, p. 14).

escrava da luxúria do homem e em simples instrumento de reprodução, ou seja, a mulher sai do mundo público e recolhe-se ao mundo privado, onde, num golpe, lhe é tirada sua posição de participante na produção social, tornando-a serva do marido.⁵⁰ O homem passou a ser o chefe da família, mantendo seu poder sobre a mulher, os filhos e certo número de escravos, com o pátrio poder romano e o direito de vida e morte sobre todos os que a integravam.⁵¹

Nas sociedades patriarcais, os atributos eram, rigorosamente, divididos entre masculinos e femininos, resultando na subalternidade da mulher ao modelo masculino, na passividade imposta, no aprisionamento da mulher à esfera doméstica, na manipulação e exploração das mulheres, valorizando o modelo masculino e rejeitando o lado feminino.

O medo do homem da extensão da capacidade da mulher originou a formação de uma identidade masculina, baseada na maior capacidade intelectual dos machos, em relação à mulher, para controlar a natureza. Ao homem foi reservado o domínio do espaço público, posto que a sua “dignidade” residia no trabalho, enquanto que à mulher, estava reservado o domínio da casa, do espaço privado, sendo ela responsável pelo zelo e bom nome da família e pela honra familiar.⁵²

A questão do autoritarismo e da hierarquização está diretamente ligada ao poder do homem em reger sua família conforme seus moldes e dependência, sendo que todos deveriam obedecer somente a ele. Ao mesmo tempo em que a autoridade do marido no lar vai crescendo, a família vai se fortalecendo como célula social, “base dos Estados e fundamento do poder monárquico”.⁵³ Cumpre salientar a

⁵⁰ Na família monogâmica, os costumes passam a tender para a desigualdade entre o marido e mulher, pois ao marido cabe a direção da família, ao passo que à mulher, a subordinação ao poder marital.

⁵¹ ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. Traduzido por Leandro Konder. 12.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1991, p. 70-71.

⁵² Cabe salientarmos que o caráter específico da monogamia é que ela só era monogamia para a mulher e não para o homem, considerando que estes viviam em total infidelidade conjugal, o que era sancionado pelos costumes da época. (LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de Direito de Família: origem e evolução do casamento*. Curitiba: Juruá, 1991, v.1, p. 43).

⁵³ ARIËS, Philippe. *História Social da Criança e da Família*. 2.ed. Traduzido por Dora Flaksman. Rio de Janeiro: LTC, 1981, p.214.

condição de subordinação e inferioridade da mulher nos sistemas jurídicos da família, onde era considerada relativamente incapaz, sendo que todos os seus atos deveriam passar pelo crivo do marido, que restringia a maioria de suas atitudes. Assim, impunha-se, de forma rigorosa, a fidelidade feminina,⁵⁴ com o intuito de afastar a incerteza da paternidade, o que colocaria em risco a transmissão da propriedade, ou seja, da riqueza adquirida pelo marido. A família romana assemelha-se muito a essa forma de família, eis que sua finalidade era a de procriar filhos cuja paternidade fosse indiscutível. Esta forma de família monogâmica era baseada em condições econômicas, prevalecendo a sociedade privada sobre a comum. Os gregos declaravam que os objetivos da monogamia era a preponderância do homem na família e a procriação de filhos que têm de ser seus, os quais herdariam o patrimônio.⁵⁵

Vislumbramos aqui, as nuances iniciais do caráter patrimonialista que a família adquiria e que, por muitos anos, seria sua finalidade precípua. Esta não era uma união alicerçada na atração pessoal, natural e afetiva, mas sim, uma união conveniente e de interesses, possibilitando a organização patrimonial da sociedade e a conseqüente preservação da propriedade privada e das riquezas no âmbito do círculo familiar. Assim, os vínculos jurídicos e os laços de sangue passam a ter mais importância, sobrepondo-se sobre os vínculos do amor, do afeto e da atração pessoal.⁵⁶

As primeiras alterações deste modelo de família despontaram com o surgimento das indústrias e o respectivo processo de industrialização, o que

⁵⁴ Para Eduardo de Oliveira Leite: “As mulheres, enquanto esposas, são de fato circunscritas por seu status jurídico e social: toda a sua atividade sexual deve se situar no interior da relação conjugal e seu marido deve ser o parceiro exclusivo. Elas se encontram sob o seu poder; é a ele que devem dar filhos que serão seus herdeiros e cidadãos. O status familiar e cívico da mulher casada lhe impõe as regras de uma conduta que é a de uma prática sexual estritamente conjugal”. (LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de Direito de Família: origem e evolução do casamento*. Curitiba: Juruá, 1991, v.1, p. 45).

⁵⁵ A função da mulher na sociedade conjugal estava reduzida a gerar filhos para seu marido, preferencialmente homens, para garantir a continuidade do clã. (LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de Direito de Família: origem e evolução do casamento*. Curitiba: Juruá, 1991, v.1, p. 43).

⁵⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de Direito de Família: origem e evolução do casamento*. Curitiba: Juruá, 1991, v.1, p. 56.

provocou o êxodo da família patriarcal⁵⁷ para os meios mais urbanizados, acarretando mudanças substanciais nas relações entre os cônjuges, impondo uma nova reflexão quanto aos papéis e relações entre homem e mulher, questionando a validade das verdades anteriores.⁵⁸

Neste contexto, emerge o ideal da família tradicional, profundamente enraizado em nossa sociedade, e o ideal de família igualitária. Esta última, derivada da ideologia igualitarista individualista, sintetiza o sentido das mudanças atuais, pela qual as diferenças entre os membros da família, quanto ao sexo, idade e posição hierárquica, são subordinados às diferenças pessoais, conforme menciona Cynthia A. Sarti.⁵⁹

Nas sociedades tradicionais, ao contrário das sociedades modernas, onde a dimensão da individualidade é valorizada, os papéis familiares não são conflitivos, porque estão predeterminados. A partir do momento em que existe espaço social para o desenvolvimento desta dimensão individual, os papéis familiares se tornam conflitivos na sua forma tradicional, embora a vida familiar continue tendo o mesmo valor social que sempre teve.

A partir da década de sessenta, muitas pessoas passaram a ter contatos com outros tipos de valores, modelos familiares, hábitos e condutas sociais, vindo então a questionarem os valores do sistema arcaico de seus pais e por eles já internalizados, provocando a reformulação da ideologia anterior, e, por

⁵⁷ A família patriarcal era vista pelos sociólogos como um “tipo de família governada pelo pai, ou, na antiga Roma, pelo chefe varão mais velho: o patriarca. A família patriarcal, em sua forma mais tosca, é encontrada em muitas tribos primitivas. Os etnólogos concordam em que o desenvolvimento da propriedade privada e das principais funções da produção sob direção humana tiveram efeitos poderosos na evolução e extensão do poder paterno e na organização paternal dos povos”. (*DICIONÁRIO DE SOCIOLOGIA*. Porto Alegre: Globo, 1961, p. 129).

⁵⁸ “A família, no capitalismo, deixou de ser uma ‘unidade de produção’, na medida em que esse sistema separou a produção, como esfera pública, da família, que se tornou a esfera privada da vida social. Em termos de sua funcionalidade econômica, a família passou, então, a constituir uma ‘unidade de consumo’”. (SARTI, Cynthia A. Família e Individualidade: um problema moderno. In: CARVALHO, Maria do Carmo Brant de (org.). *A Família Contemporânea em Debate*. 2.ed. São Paulo: EDUCS, 1997, p. 42).

⁵⁹ SARTI, Cynthia A. Família e Individualidade: um problema moderno. In: CARVALHO, Maria do Carmo Brant de (org.). *A Família Contemporânea em Debate*. 2.ed. São Paulo: EDUCS, 1997, p. 43.

conseqüência, modificando a valoração dos papéis de gênero masculino e feminino.⁶⁰

No âmbito econômico, as duas guerras mundiais trouxeram o desequilíbrio da economia e a participação ativa das mulheres em tarefas tradicionalmente masculinas.⁶¹ O avanço científico possibilitou desvincular sexo e maternidade, desvendando-se para a mulher, a possibilidade de usufruir sua sexualidade, sem as conseqüências de uma gravidez indesejada, por meio da adoção de métodos anticonceptivos.⁶²

Na esfera sócio-cultural, emerge uma nova ideologia, tendo por objeto o repensar dos papéis da mulher e do homem na sociedade, na família e no trabalho.⁶³ Os movimentos feministas dão realce à necessidade de questionamento no que se refere aos estereótipos culturais dos papéis de gênero.⁶⁴

No contexto psicológico, encontramos uma valorização do indivíduo como ser diferenciado, buscando a felicidade e a realização pessoal, sexual e

⁶⁰ Escreveu, a propósito, Silvia Pimentel: “Durante séculos, homens e mulheres viveram numa relação hierárquica, e o tipo de atividade que cabia à mulher desempenhar não contribuía para que ela aprendesse ou criasse novos padrões de coexistência. A divisão de trabalho tradicional - 'homem fora do lar' e 'mulher dentro do lar' - está, porém, cada vez mais deteriorada, trazendo, com isso, mudança radical da posição da mulher na estrutura social”. (PIMENTEL, Silvia. *Evolução dos Direitos da Mulher*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 94).

⁶¹ Segundo Luiz Carlos de Azevedo: “Após o segundo conflito mundial, afirmando-se cada vez mais a participação feminina em todos os setores da atividade humana, recrudescer a necessidade de se dar maior estímulo e liberdade aos direitos da mulher, principalmente na sua correlação com os direitos do cônjuge, de vez que ainda subsistiam, nos ordenamentos jurídicos, desigualdades e disparidades de tratamento cuja supressão se impunha”. (AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Estudo Histórico sobre a Condição Jurídica da Mulher no Direito Luso-Brasileiro desde os Anos Mil até o Terceiro Milênio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 69).

⁶² BESSE, Susan K. *Modernizando a Desigualdade: reestruturação da ideologia de gênero no Brasil*. Traduzido por Lolio Lourenço de Oliveira. São Paulo: EDUSP, 1999, p. 11-12.

⁶³ Rose Marie Muraro afirma que, tradicionalmente, as mulheres sempre trabalharam mais do que os homens, ganhando menos e obtendo menos privilégios e direitos legais, pois este trabalho exercido no “domínio público” não era aceito plenamente pela sociedade conservadora que cultuava a domesticidade. As mulheres então, exerciam dupla jornada, pois trabalhavam tanto no setor reprodutivo (privado) como no setor produtivo (público), onde eram consideradas invisíveis, pois seu trabalho nunca era assim considerado. (MURARO, Rose Marie. *A Mulher no Terceiro Milênio: uma história da mulher através dos tempos e suas perspectivas para o futuro*. 3.ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993, p. 127).

⁶⁴ BESSE, Susan K. *Modernizando a Desigualdade: reestruturação da ideologia de gênero no Brasil*. Traduzido por Lolio Lourenço de Oliveira. São Paulo: EDUSP, 1999, p. 11-12.

profissional.⁶⁵ Estas enormes transformações ocorridas nas civilizações afetaram consideravelmente as relações “homem-mulher”, pois, apesar de muitas pessoas desejarem libertar-se dessas tradicionais determinações de papéis de gênero, consagradas por suas famílias de origem, ainda são limitados por suas heranças patriarcais. As mulheres que primeiro conseguiram libertar-se destas normas tradicionais pertenciam à classe média e eram profissionais liberais que se sustentavam com seu próprio trabalho, adquirindo sua independência financeira e conquistando o respeito de seus pares, enquanto que outras, integrantes de castas superiores, permaneciam amarradas às tradições impostas pela sociedade de sua época, que paulatinamente foram sendo amenizadas até alcançarmos o sistema contemporâneo, onde a igualdade de gêneros passou a ser amplamente consagrada, independente de qualquer critério de distinção.

Assim sendo, chegamos à concepção atual de família, a qual detém, além do reconhecimento social de sua pluralidade de formas de constituição, também possui o reconhecimento jurídico desta característica.⁶⁶ Deste modo, a família consagra-se como uma união fundada na realização de seus membros, observando-se o princípio da dignidade da pessoa humana,⁶⁷ o qual deve preponderar sobre

⁶⁵ A valorização do espaço familiar dota a entidade familiar de função e reconhece a afetividade como o laço a mantê-la unida e existente.

⁶⁶ Paulo Luiz Netto Lôbo, ao referir que o pluralismo das entidades familiares consagrado pela Constituição Federal de 1988 ainda se encontra cercado de perplexidades, menciona que várias áreas do conhecimento já identificam uma linha tendência de expansão do que se considera entidade ou unidade familiar. (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do “numerus clausus”. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 3, n. 12, p. 40-55, jan.-mar. 2002, p. 40). Pietro Perlingieri menciona que “cada forma familiar tem uma própria relevância jurídica, dentro da comum função de serviço ao desenvolvimento da pessoa”. Assim, a família não é absolutamente unitária e, alternadamente, o legislador propõe ora uma noção restrita, ora uma ampla, até um conceito mais amplo que compreendem todos aqueles que vivem no âmbito de um núcleo familiar. (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3.ed. Traduzido por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 244-250).

⁶⁷ “A dignidade, portanto, é o atual paradigma do Estado Democrático de Direito, a determinar a funcionalização de todos os institutos jurídicos à pessoa humana. Está em seu bojo a ordem imperativa a todos os operadores do Direito de despir-se de preconceitos - principalmente no âmbito do Direito de Família -, de modo a se evitar tratar de forma indigna toda e qualquer pessoa humana, principalmente na seara do Direito de Família, que tem a intimidade, a afetividade e a felicidade como seus principais valores”. (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 106).

qualquer outro interesse, principalmente de cunho patrimonial, bem como o princípio da igualdade,⁶⁸ que deve nortear as relações estabelecidas.

Diante da complexidade que estas relações se revestem, importante se mostra o estudo da sociologia para a acepção do Direito de Família, notadamente se considerarmos que o Direito se encontra num meio social em que as “soluções” conferidas aos problemas existentes no âmbito das relações familiares parecem não resolvê-los.

1.2 REPENSAR A IMPORTÂNCIA DA SOCIOLOGIA⁶⁹ PARA O ESTUDO DO DIREITO DE FAMÍLIA

O homem é um ser social por natureza, o que pode ser constatado quando se analisa sua constituição física, que o induz a relacionar-se com outro ser de sua natureza para que este possa reproduzir-se, criando assim o alicerce da sociedade, que por muitos é considerada a família.⁷⁰

⁶⁸ Ingo Wolfgang Sarlet aduz que o princípio da igualdade “encontra-se diretamente ancorado na dignidade da pessoa humana, não sendo por outro motivo que a Declaração Universal da ONU consagrou que todos os seres humanos são iguais em dignidade e direitos. Assim, constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia da isonomia de todos os seres humanos, que, portanto, não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário, razão pela qual não podem ser toleradas a escravidão, a discriminação racial, perseguições por motivo de religião, sexo, enfim, toda e qualquer ofensa ao princípio isonômico na sua dupla dimensão formal e material”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 89). Rodrigo da Cunha Pereira refere: “A igualdade e o respeito às diferenças constituem um dos princípios-chave para as organizações jurídicas e especialmente para o Direito de Família, sem os quais não há dignidade do sujeito de direito, conseqüentemente não há justiça”. (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 140).

⁶⁹ Para Max Weber: “Debe entenderse por sociología (en el sentido aquí aceptado de esta palabra, empleada con tan diversos significados): una ciencia que pretende entender interpretándola, la acción social para de esa manera explicarla causalmente en su desarrollo y efectos. Por ‘acción’ debe entenderse una conducta humana (bien consista en un hacer externo o interno, ya en un omitir o permitir) siempre que el sujeto o los sujetos de la acción enlacen a ella un sentido subjetivo. La ‘acción social’, por tanto, es una acción en donde el sentido mentado por su sujeto está referido a la conducta de otros, orientándose por ésta en su desarrollo”. (WEBER, Max. *Economía y Sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. 2.ed. Traduzido por José Medina Echavarría. México: Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 5). Segundo o entendimento do autor, a explicação dos fenômenos sociais faz referência apenas a fenômenos individuais.

⁷⁰ Anthony Giddens sustenta que “família é um grupo de pessoas unidas diretamente por laços de parentesco, no qual os adultos assumem a responsabilidade de cuidar das crianças”. (GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. 4.ed. Traduzido por Alexandra Figueiredo. Lisboa: Fundação Calouste Goubenkian, 2004, p. 175).

A família é, junto com a religião, o único grupo social ou a única instituição social que se desenvolveu em todas as sociedades, sendo, no dizer de Marco Antônio Fetter,⁷¹ legítimo considerar a família como uma “célula social”, destacando que sua relação com a sociedade é similar à célula do organismo vivo que a integra.

Neste contexto, Niklas Luhmann⁷² preleciona:

Essas hipóteses, que pretendem validade para qualquer tipo de sistema social (famílias, empresas, conventos, associações, ou mesmo festas, conferências, etc.) são especialmente importantes para a sociedade. A sociedade é aquele sistema social cuja estrutura regula as últimas reduções básicas, às quais os outros sistemas sociais podem referir-se. Ela transforma o indeterminado em determinado, ou pelo menos em uma complexidade determinável para outros sistemas. A sociedade garante aos outros sistemas um ambiente por assim dizer domesticado, de menor complexidade, um ambiente no qual já está excluída a aleatoriedade das possibilidades, fazendo assim com que ele apresente menos exigências à estrutura do sistema. Nesse sentido a estrutura da sociedade possui uma função de desafoço para os sistemas parciais formados na sociedade.

Em razão das grandes mutações ocorridas por meio dos tempos, verificamos a dificuldade em trazer um conceito atemporal e universal de família,⁷³ pois este se renova e, assim, sofre alterações continuamente, podendo a palavra ser usada em diversas acepções, dependendo do momento histórico e do sistema normativo vigente.⁷⁴ Assim, odiernamente a família não possui o mesmo significado de décadas anteriores, pois as transformações sociais modificaram profundamente o

⁷¹ FETTER, Marco Antônio. Família: a sua historia social e as relações com o Estado. *Cadernos CEDOPE*, População e Família, São Leopoldo, v. 12, n. 14, p. 1-22, 2002, p. 4.

⁷² LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Traduzido por Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, v.1, p. 168.

⁷³ “Muitos sociólogos consideram que não podemos falar de ‘família’, como se existisse um modelo de família familiar mais ou menos universal. A predominância da família nuclear tradicional vem sofrendo uma erosão pronunciada ao longo da segunda metade do século XX”. (GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. 4.ed. Traduzido por Alexandra Figueiredo. Lisboa: Fundação Calouste Goubenkian, 2004, p. 176).

⁷⁴ Pinto Ferreira ensina que: “A família, como bem se vê, é uma instituição social, e assim ela naturalmente varia de acordo com a própria evolução histórica. Não aparece como uma entidade estática, porém está sujeita à influência dos fatores histórico-sociais, à atuação da paisagem, assumindo diversas formas, de acordo com a própria organização das sociedades”. (FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1995, v.7, p. 339). Maria Jesus Moro Almaraz afirma que: “inexiste um conceito intertemporal de família, com gênero singular de uma instituição universal e única sendo mais exato entendê-la como modelo de organização dos seres humanos historicamente”. (ALMARAZ, Maria Jesus Moro. *Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación “in vitro”*. Barcelona: Bosch, 1988, p. 201).

sentido que as envolvem.⁷⁵ Luiz Edson Fachin⁷⁶ explicita que as transformações ocorridas na família, e no Direito que a regula, encontram-se intimamente relacionadas com as modificações históricas da sociedade:

A família, como realidade sociológica, apresenta, na sua evolução histórica, desde a família patriarcal romana até a família nuclear da sociedade industrial contemporânea, íntima ligação com as transformações operadas nos fenômenos sociais.

Desta forma, conjugando a importância da família para a sociedade, com as respectivas normas, a tendência do Direito de Família visa à interdisciplinaridade, ou seja, interligar temas de diversas disciplinas com aquelas que são objeto de normatização pelo Direito.⁷⁷ Destarte, a Sociologia Jurídica surge exatamente para perceber as conseqüências dos tipos de norma de conduta social que são impostas pelos grupos sociais e estudá-las. Avaliam-se as inter-relações, as qualidades contrastantes, enfim, tudo o que inicie um questionamento sobre o modo de vida coletivo.

Conforme menciona Roberto Lyra Filho:⁷⁸ “aplicando-se ao Direito uma abordagem sociológica será então possível esquematizar os pontos de integração do fenômeno jurídico na vida social, bem como perceber a sua peculiaridade distintiva, a sua ‘essência’ verdadeira”. Assim, a relação entre o Direito e a Sociologia necessita ser continuamente analisada como uma reciprocidade, uma vez que é difícil discorrer sobre o ordenamento jurídico sem correlacioná-la com uma

⁷⁵ Para Marco Antônio Fetter: “Ao se estudar, atualmente, a instituição família, o pensamento dos estudiosos no assunto deve estar voltado, obrigatoriamente, no sentido de que a família de hoje não está mais isolada, fechada em um círculo restrito de seus interesses privados. Ela faz parte de um contexto geral e deve ser ligada a relações humanas mais vastas que proporcionem aos seus membros a integração positiva na sociedade”. (FETTER, Marco Antônio. *A família em questão. Cadernos CEDOPE, Ecologia População e Família*, São Leopoldo, n. 1-7, p. 15-24, 1991, p. 23).

⁷⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 49.

⁷⁷ Segundo Luiz Edson Fachin: “A crise do sistema clássico do Direito Civil suscita, antes de mais nada, questões concernentes à sua historicidade, à análise da inter-relação entre Direito e Sociedade, e ao princípio de dinamismo que impinge ao Direito seu eterno diálogo com o meio social, seu tempo e seu espaço. Tampouco se distancia da análise dos conceitos frente à concretude dos fatos que a eles se apresentam”. (FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 22).

⁷⁸ LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito*. São Paulo: Brasiliense, 1999, p. 52.

realidade social.⁷⁹ Neste sentido, Anthony Giddens⁸⁰ alude que o “estímulo para a sociologia é fruto da necessidade de compreensão das causas das mudanças que obrigam a uma reorganização social de longo alcance. O estudo científico avança, porém, vagarosamente e com prudência”.

O objeto de estudo da Sociologia, então, é complexo e engloba a pesquisa dos acontecimentos coletivos, por meio de métodos próprios, relacionando a sociedade a outras ciências, no que diz respeito à influência que estas acarretam para a mesma e as transformações que ocorrem ao se correlacionarem. Com este desígnio, diversas teorias surgiram para qu

Para se entender a sociologia deve-se vislumbrar a questão temporal que a percorre, bem como as mudanças ocorridas em cada época. O advento da sociologia surgiu com as idéias de Augusto Comte⁸³, Herbert Spencer⁸⁴, e suas derivações com o Darwinismo Social⁸⁵, Karl Marx⁸⁶, outras escolas sociológicas e seus seguidores.

⁸³ Isidore Auguste Marie François Xavier Comte (1798-1857) foi um filósofo francês que, influenciado por Claude Henry de Rouvroy Saint-Simon (1760-1825), elaborou sua concepção da ciência social que ele próprio chamou de sociologia. Já Saint-Simon foi um filósofo social francês que, preocupado com o problema de substituir a anarquia resultante do individualismo do século XVIII, lança o germe de todo o programa do positivismo. (*DICIONÁRIO DE SOCIOLOGIA*. Porto Alegre: Globo, 1961, p. 297). Saint-Simon e, posteriormente, Comte, confiavam que “a ciência poderá alcançar o ideal de reger um dia a vida humana e a sociedade”. (MACHADO NETO, Antônio Luis. *Sociologia Jurídica*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 57). Neste sentido: “A atitude de Comte para com o direito é duplamente sociológica: 1º) pelo método legislativo (as leis devem ser retiradas da experiência, e não de conceitos a priori, ao contrário do que fizeram os legisladores de 1804, espíritos metafísicos; 2º) pelo fundamento da doutrina (é necessário, contra o atomismo do Código de Napoleão, reconhecer a propriedade das realidades colectivas)”. (CARBONNIER, Jean. *Sociologia Jurídica*. Traduzido por Diogo Leite de Campos. Coimbra: Almedina, 1979, p. 92). Sua doutrina surge fortemente influenciada pelo darwinismo social, pelo organicismo de Spencer e o cientificismo. “Impressionado com a crise espiritual que a Revolução Francesa fez deflagrar no Ocidente. Comte julgou ser possível encontrar numa ciência da sociedade o almejado consensus de um período caracterizado pelo predomínio da ciência – o período positivo”. (MACHADO NETO, Antônio Luis. *Sociologia Jurídica*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 58). Assim, Comte admitia que o espírito humano fosse capaz de atingir as verdades do mundo físico através de métodos experimentais, mas não atingir dessa forma a verdade de questões metafísicas.

⁸⁴ Herbert Spencer (1820-1903) foi um filósofo social inglês que, inspirado na biologia, formulou a “idéia da evolução orgânica como sendo o progresso gradual da vida de formas simples para forma cada vez mais complexas, da homogeneidade primitiva para a heterogeneidade crescente. Spencer tencionou aplicar a lei da evolução às sociedades humanas, julgando perceber uma tendência de evolução da sociedade militar para a sociedade industrial. Baseado no princípio da competição livre, da adaptação de uma sociedade utópica, observando-se nela um perfeito equilíbrio entre o homem e o meio ambiente”. (*DICIONÁRIO DE SOCIOLOGIA*. Porto Alegre: Globo, 1961, p. 331). Em seus estudos, Herbert Spencer afirmou que a sociedade evoluiria à semelhança dos organismos vivos e que somente os indivíduos mais aptos é que poderiam tirar proveito de todas as possibilidades. (LOCHE, Adriana A. et al. *Sociologia Jurídica: estudos de sociologia, direito e sociedade*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 23).

⁸⁵ Charles Darwin (1809-1882) foi um naturalista inglês que desenvolveu a teoria, que ele próprio denominou de “Darwinismo Social”, sobre a forma de evolução humana por meio de uma seleção natural e de gênero, firmando um pensamento que explicaria a diversidade de espécies de seres vivos através da evolução e da seleção natural. De acordo com este pensamento, existiriam características biológicas e sociais que determinariam o “direito” de sobrevivência àquelas pessoas que fossem mais aptas que outras. Geralmente, alguns padrões determinados como indícios de superioridade em um ser humano seriam o maior poder aquisitivo, habilidade nas ciências humanas e exatas em detrimento das outras ciências como a arte por exemplo, e a raça da qual ela faz parte. (*DICIONÁRIO DE SOCIOLOGIA*. Porto Alegre: Globo, 1961, p. 306).

⁸⁶ Karl Marx (1818-1883) nunca foi um sociólogo de profissão, embora sua obra tenha exercido uma importância decisiva para o desenvolvimento da sociologia, a qual tinha por objetivo único oferecer aos operários, explorados pelo sistema capitalista, um entendimento das leis de funcionamento deste sistema, pois, na sua percepção, somente desta forma seria possível estabelecer-se uma sociedade socialista ou comunista. “Com Marx, a sociologia vai assumir uma vocação crítica, voltada para o desmascaramento e a superação da formação social capitalista”. (SELL, Carlos Eduardo. *Sociologia Clássica: Durkheim, Weber [e] Marx*. Itajaí: UNIVALI, 2001, p. 143).

Neste sentido, alguns sociólogos, historiadores, antropólogos e, notadamente, alguns juristas, têm revelado o processo de passagem da família patriarcal para a família nuclear por meio de um processo de desintegração da família, cujo resultado advém de profundas modificações das estruturas sociais, econômicas, políticas e culturais.⁸⁷

O comportamento social e suas alterações com relação às normas jurídicas são, portanto, objeto natural de investigação da Sociologia do Direito. Por conseguinte, a família se torna de suma importância, pois é a instituição social mais próxima da ordem natural biológica e, ao mesmo tempo, mais vinculada às tradições, aos costumes e a uma estrutura dinâmica que tende a manter a ordem existente.

Como principais teorias sociológicas acerca da família,⁸⁸ destacam-se algumas daquelas que surgiram a partir do século XVIII: as sociedades contemporâneas por Pierre-Guillaume-Frédéric Le Play; o olhar de Émile Durkheim sobre as metamorfoses da família; a família nuclear⁸⁹ como parte integrante de

⁸⁷ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de Família*. Direito Patrimonial. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1990, p. 10.

⁸⁸ Jeni Vaitsman enfatiza a teoria de família da seguinte forma: “Partindo da definição funcionalista, mas divergindo na interpretação de seu significado enquanto subsistema dentro do sistema social, entendo por família conjugal moderna uma família hierárquica que se desenvolveu juntamente com os processos de modernização e industrialização: o grupo de parentesco formado a partir da união - o casamento moderno - constituído geralmente pelo núcleo do casal, mas podendo incorporar outros agregados - caracterizado pela divisão do trabalho nas esferas pública ou privada segundo o gênero”. (VAITSMAN, Jeni. *Flexíveis e Plurais: identidade, casamento e família em circunstâncias pós-modernas*. Rio de Janeiro: Rocco, 1994, p. 16).

⁸⁹ Anthony Giddens entende que: “Uma família nuclear é um agregado familiar em que um casal (ou um só progenitor) vive com seus filhos, próprios ou adotados. Quando outros familiares, além do casal e dos seus filhos, fazem também parte desse agregado ou estão envolvidos em relacionamentos próximos e contínuos com ele, falamos na existência de uma família extensa”. (GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. 4.ed. Traduzido por Alexandra Figueiredo. Lisboa: Fundação Calouste Goubenkian, 2004, p. 199). William Josiah Goode adverte “que nenhum sistema de família como um todo, pode ser chamado nuclear, caso isto signifique que o sistema de família se reduz à unidade de pais e filhos. Os membros de cada unidade familiar estão, no mínimo, ligados a outras unidades através de um membro comum de determinada família nuclear; o irmão continua a manter relações sociais com a irmã e, por isso, com o cunhado e os sobrinhos; o pai continua a ter relações sociais com a filha e, por isso, com a família da filha, o genro e os netos”. (GOODE, William Josiah. *Revolução Mundial e Padrões de Família*. Traduzido por Leônidas Contijo de Carvalho. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1969, p. 102).

subsistema geral (sistema social⁹⁰ numa visão estrutural funcional familiar)⁹¹ por Talcott Parsons; a concepção plural da questão familiar por William Josiah Goode; bem como o advento da família contemporânea vista a partir da infância e da vida sentimental por Philippe Ariès.

Desta forma, destaca-se a seguir as principais características de cada uma destas teorias sociológicas acerca da família, que nos serve para compreendermos a incapacidade do Direito em regular, de forma objetiva, relações que, em verdade, são permeadas pela subjetividade.

1.2.1 Obra e pensamento de Pierre-Guillaume-Frédéric Le Play sobre as famílias

Pierre-Guillaume-Frédéric Le Play (1806-1882), engenheiro,⁹² sociólogo francês,⁹³ e reformador social,⁹⁴ foi o autor de diversas monografias sobre a vida das

⁹⁰ Talcott Parsons afirma que a utilização da expressão “sistema social” corresponde à insistência de explorar o potencial científico-teórico desta proposição como conceito: “The Social System, goes back, more than to any other source, to the insistence of the late Professor L. J. Henderson on the extreme importance of the concept of system in scientific theory, and his clear realization that attempt to delineate the social system as a system was the most important contribution of Pareto’s great work. [...] is an attempt to carry out Pareto’s intention, using an approach, the ‘structuralfunctional’ level of analysis, which is quite different from that of Pareto, and, of course, taking advantage of the very considerable advances in our knowledge at many points, which have accumulated in the generation since Pareto wrote”. (PARSONS, Talcott. *The Social System*. Fifth Printing. New York: The Free Press Of Glencoe, 1964).

⁹¹ Dentro de um sistema se pode constatar dois aspectos principais: um aspecto estrutural e um aspecto funcional. O primeiro aspecto – o estrutural – significaria que ele compreende uma fronteira, elementos, uma malha de comunicação que permite absorver os eventuais bloqueios; enquanto que o segundo aspecto – o funcional – significaria um sistema pode ser descrito de maneira interna ou em suas relações com o meio.

⁹² Da engenharia, Le Play importa a concepção do trabalho de pesquisa como atividade coletiva, inscrita em uma organização hierarquizada. Sobre o assunto, James Casey refere que “Le Play não era um psicólogo, mas um engenheiro, com grande penetração nas estruturas formais, na relação das partes com o todo. Boa parte de suas observações sobre a família foi realizadas durante visitas oficiais para estudar o funcionamento de minas em vários países europeus”. (CASEY, James. *A História da Família*. Traduzido por Sérgio Bath. São Paulo: Ática, 1992, p. 25).

⁹³ Como sociólogo, Pierre-Guillaume-Frédéric Le Play se destaca como um dos inventores da etnologia moderna, com sua ênfase na observação direta e na pesquisa de campo.

⁹⁴ O reformador social transparece no seu empenho em propor reformas a partir dos seus achados como sociólogo, sustentando que, para que pudesse haver a reforma social seria necessário começar o resgate e a valorização da família-estirpe, que seria aquela família estável em seu domicílio, aliando as características da tradição e da novidade. Nela, “Os pais manteriam e casariam apenas poucos filhos que eles intitulariam ‘Herdeiros-associados’. Os outros filhos que quisessem casar-se emigrariam isoladamente, providos de Dotes formados pela totalidade dos produtos economizados pela casa-estirpe”. (LE PLAY, Pierre-Guillaume-Frédéric. *La Méthode Sociale*. Paris, Méridiens Klincksieck, 1989, p. 457).

famílias europeias da época,⁹⁵ atuando como investigador social por ocasião da estabilização da ciência sociológica. Foi fundador do movimento sociológico conhecido por Escola da Ciência Social ou, por muitos, denominada de Escola da Reforma Social,⁹⁶ exercendo uma influência difusa na classe intelectual e política de tendências conservadoras da França. Como se notasse a extrema complexidade social, Pierre-Guillaume-Frédéric Le Play concebeu “a idéia de encontrar um ponto central da vida grupal que lhe permitisse a abordagem simplificada ao todo da sociedade”.⁹⁷ O método inquérito monográfico demasiadamente descritivo sobre as instituições tornou a sociologia de Pierre-Guillaume-Frédéric Le Play como pertencente ao Direito e constituiu apoio de conclusões legislativas,⁹⁸ aspirante a uma reforma social por meio da moral (tanto em comparação com a filosofia liberal e individualista do Código de Napoleão⁹⁹ como com relação as diferentes correntes socialistas).

De acordo com os estudos de Le Play, a moral cristã seria a base mais sólida da organização social. Contudo, embora o autor aspirasse uma reforma social por meio de uma reestruturação autoritária da comunidade familiar, este “desemboca numa conclusão legislativa precisa: para restabelecer com toda a força do poder

⁹⁵ Seu objetivo é “realizar um estudo crítico das histórias anteriormente contadas pelos próprios sociólogos de modo empático, a fim de revelar o valor que essas histórias tiveram para os primeiros momentos de adaptação”. (LEVINE, D. N. *Visões da Tradição Sociológica*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p. 23). Contudo, nem todas as famílias são estudadas pelo autor, pois as preocupações de Le Play se voltavam para um grupo específico, qual seja, os trabalhadores definidos como aqueles que executam com suas próprias mãos as operações que geram os meios essenciais à subsistência da sociedade. Neste contexto, resulta que a organização material e moral da população trabalhadora e a natureza de suas atividades formam um dos traços constitutivos da sociedade.

⁹⁶ Para Kalaora e Savoye, a Escola de Le Play é um grupo de pessoas privadas reunidas sobre a base de um projeto social e de pesquisa. Apesar das múltiplas vicissitudes, esta Escola se manteve de 1856 aos nossos dias, graças à renovação, geração após geração, das iniciativas pessoais e coletivas que a move. Esta duração é por si só marcante. Ela revela claramente a estratégia de reprodução do grupo leplaysiano, e sua capacidade de desempenhar uma ação pertinente em face da evolução da sociedade francesa. (KALAORA, Bernard; SAVOYE, Antoine. *Les Inventeurs Oubliés: Le Play et ses Continueurs aux Origins des Sciences Sociales*. Paris: Champ Vallon, 1989, p. 69).

⁹⁷ MACHADO NETO, Antônio Luis. *Sociologia Jurídica*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 69.

⁹⁸ Em 1938, o legislador francês utilizou-se do pensamento de Le Play buscando as origens da instituição para obter o “pano de fundo” para as propostas parlamentares de reforma do direito sucessório.

⁹⁹ O Código de Napoleão resumiu o ideal de se elaborar um código válido para todos os tempos e lugares. Era a fé cega na codificação e o Direito. Assim, o Direito Positivo se identificava com a lei escrita.

paternal é preciso instituir uma inteira liberdade de estar”.¹⁰⁰ Na concepção deste sociólogo, para entender a sociedade humana seria imprescindível definir como se emana a sua constituição, motivo pelo qual este se preocupava com a forma do lar e os limites econômicos e culturais de qualquer civilização particular dentro da qual o indivíduo se formava.¹⁰¹ O predicado primordial e inseparável da natureza humana para o autor é que o indivíduo se agrupa por “unidades sociais”, ou seja, famílias, compostas ao menos de um pai, uma mãe e seus filhos.

A família nuclear, organização básica da sociedade, ocupava o cerne das preocupações de Pierre-Guillaume-Frédéric Le Play,¹⁰² sendo um sintoma da desagregação social observável na Europa, desde o século XVIII, provocada pela Revolução Industrial¹⁰³ e pela Revolução Francesa¹⁰⁴ e, conseqüentemente, é o

¹⁰⁰ CARBONNIER, Jean. *Sociologia Jurídica*. Traduzido por Diogo Leite de Campos. Coimbra: Almedina, 1979, p. 95.

¹⁰¹ “A característica do seu pensamento é esta busca do indivíduo e da rede de relações que o vincula a outros indivíduos, tema que é considerado como um problema em si mesmo, e não com algo determinado, por exemplo, pelos interesses de classe”. (CASEY, James. *A História da Família*. Traduzido por Sérgio Bath. São Paulo: Ática, 1992, p. 12).

¹⁰² A partir daí encontra-se a formação do axioma: a vida privada imprime seu caráter à vida pública; a família é o princípio do Estado. Assim, a família é a imagem exata da sociedade e para conhecer a constituição social basta observar os meios e o modo de existência da família trabalhadora.

¹⁰³ A Revolução Industrial operou profundas transformações na sociedade, na medida em que transformam radicalmente a ciência, a tecnologia, as fontes de energia e, em conseqüência, o funcionamento das organizações. Os notáveis resultados econômicos da Revolução Industrial resultou e justificou os primeiros estudos sociológicos em busca de respostas para as profundas transformações sociais que a industrialização havia provocado.

¹⁰⁴ Segundo Norberto Bobbio, esta Revolução “acontece efetivamente na França com a Escola da Exegese, cujo nome indica como ela se limitava a uma interpretação passiva e mecânica do Código, enquanto aquela que a sucedeu, a escola científica, assumiu este nome precisamente para destacar que se propunha uma elaboração autônoma de dados e de conceitos jurídicos cuja validade fosse independente e transcendesse o próprio Código”. (BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. Traduzido por Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995, p. 78). Os ideais consignados pela Revolução Francesa, com o tempo, entraram em choque com o desenvolvimento capitalista, enfraquecendo os valores radicais e a descrença na capacidade da razão filosófica em responder às inquietações provocadas por todas essas transformações, sendo que a sociologia propunha-se a entender e dar respostas para os dilemas que surgiam. (LOCHE, Adriana A. et al. *Sociologia Jurídica: estudos de sociologia, direito e sociedade*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 10-21). Neste sentido: “De ahí que en sus comienzos, la Sociología fuera, en gran medida, Sociología Industrial, en quanto que tomó la industria y los procesos de producción industrial como objeto de su estudio, abarcando en esa orientación toda la problemática de la empresa como factor clave de la industrialización”. (INFESTAS GIL, Angel. *Sociologia de la Empresa*. Salamanca: Amarú, 1991, p. 29). Após a Revolução Francesa, o direito privado passa a espelhar uma ideologia, refletindo em verdadeira ruptura epistemológica, sendo que o individualismo passa a ser visto como valor a ser prestigiado. Por conseguinte, a função social da família passa a ser vista como um espaço para os seus componentes desenvolverem a sua personalidade e potencialidades, sendo vista como ninho e não como nó, na função elucidada por Michele Perrot. (FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 18-19).

vértice do seu “método social”,¹⁰⁵ e em torno dela gravitaria toda a vida dos indivíduos.

Não haveria como definir a família de forma excessivamente estreita, em termos de consangüinidade ou de lar, por exemplo, pois poderia prejudicar os termos da investigação. De qualquer modo, a compreensão da instituição “família” era determinante e vista como o caminho para a recuperação do bem-estar, da paz e da prosperidade, podendo intervir nas causas do sofrimento e corrupção. Assim, “a posição de Le Play era a de que o lar reflete certas formas de organização da sociedade, e só neste contexto pode ser entendido”.¹⁰⁶

No entendimento de Le Play, para se alcançar a reforma social, seria necessário considerar o bem-estar das famílias como critério que permite conferir a imagem da sociedade, advindo a formulação do axioma: “a vida privada imprime seu caráter à vida pública; a família é o princípio do Estado”.¹⁰⁷ A este respeito, vale a pena lembrar as palavras de James Casey quando menciona que “não há dúvida de que a família constitui uma tal sociedade, progredindo até certo ponto com um ritmo todo seu, que responde aos ecos moribundos de crenças passadas”.¹⁰⁸

Pierre-Guillaume-Frédéric Le Play defendia a liberdade individual pela promoção do sentido da autoconfiança do cidadão e, neste ponto, a família deveria ser a pedra basilar de qualquer estrutura. Dentro deste conceito, defendia que a família não se localizava dentro de um conjunto de muros ou num campo, mas numa atitude mental, numa cultura - ou, como diria Fustel de Coulanges, numa idéia.¹⁰⁹

¹⁰⁵ O autor a busca da solução dos problemas do mundo está no segredo dos governos e se funda na paz. Para tanto, o seu método de investigação procura aplicar à observação das sociedades humanas um “mecanismo científico” de regras análogas e a felicidade da sociedade é alcançada quando cada indivíduo possui o “pão cotidiano” e praticava a “lei moral”. (LE PLAY, Pierre-Guillaume-Frédéric. *La Méthode Sociale*. Paris: Méridiens Klincksieck, 1989, p. 3).

¹⁰⁶ CASEY, James. *A História da Família*. Traduzido por Sérgio Bath. São Paulo: Ática, 1992, p. 16.

¹⁰⁷ LE PLAY, Pierre-Guillaume-Frédéric. *La Méthode Sociale*. Paris, Méridiens Klincksieck, 1989, p. 181.

¹⁰⁸ CASEY, James. *A História da Família*. Traduzido por Sérgio Bath. São Paulo: Ática, 1992, p. 28.

¹⁰⁹ LE PLAY, Pierre-Guillaume-Frédéric. *La Réforme Sociale em France: déduite de l'observation comparée des peuples européens*. Paris: Dentu, 1864, v.1, p. 216-218.

As formas de família podem ser diversificadas, em graus diferentes de simplicidade e de complicação sendo que a base teórica deste estudo seria de que a família poderia ser mais bem compreendida “como um sistema moral do que como uma instituição, no sentido estrito do termo”.¹¹⁰ Todavia, alguns elementos constitutivos eram essenciais para a garantia da estabilidade e da paz social.¹¹¹

A organização das classificações das famílias, segundo Pierre-Guillaume-Frédéric Le Play, se distinguia como: a família patriarcal, a família estirpe e a família “tronco”¹¹². Sendo que desta classificação, este “terceiro tipo resume em si as virtudes dos dois primeiros, sem os seus defeitos”¹¹³. A visão de Le Play permitia a união do ideal da família patriarcal com as circunstâncias de uma Europa infiltrada pelas transformações acumuladas desde a Idade Média. A família deveria ser caracterizada pela estabilidade em contraposição à família em crise ou desorganizada.

A sucessão dos acontecimentos de 1870, bem como as modificações trazidas pela legislação liberal como, por exemplo, o famoso Código Civil Francês de 1804¹¹⁴, estabeleceram um paulatino abandono das perspectivas que consideravam

¹¹⁰ CASEY, James. *A História da Família*. Traduzido por Sérgio Bath. São Paulo: Ática, 1992, p. 28.

¹¹¹ Segundo Le Play, a paz interior das famílias (trabalhadoras) seria assegurada pela combinação da indicação do (único) herdeiro capaz de perpetuar a cada geração a estabilidade e a paz do lar, da oficina de trabalho e da vizinhança, a ascendência moral e o exercício da autoridade paterna e, por fim, a organização de um regime de emigração que retenha no lar, na oficina, na comunidade, na província e no Estado, os membros mais úteis de cada geração, destinado às colônias aqueles excedentes. (LE PLAY, Pierre-Guillaume-Frédéric. *La Méthode Sociale*. Paris, Méridiens Klincksieck, 1989, p. 208-213).

¹¹² Esta última é apresentada por Le Play como a melhor e mais apta para lutar contra a desintegração social. Suas características constituem em um grupo doméstico que se reúne debaixo do mesmo teto a três gerações, a do pai e da mãe, um de seus filhos casados e sua mulher e seus filhos. Para os sociólogos, família-tronco seria um “grupo constituído por marido, mulher e um filho casado, com sua prole, vivendo todos sob o mesmo teto. Tipo de família que predomina em muitas culturas camponesas modernas, sobretudo na Europa. De acordo com o padrão regional, o herdeiro da propriedade paterna é o filho primogênito, o filho mais novo ou qualquer outro cuja escolha fica ao critério do pai. A continuidade da família-tronco prende-se à existência da propriedade indivisa de terras cujo tamanho satisfaça as necessidades tradicionais do grupo”. (*DICIONÁRIO DE SOCIOLOGIA*. Porto Alegre: Globo, 1961, p. 130). Para Le Play este tipo de família livra-se da intromissão dos juristas, das invasões da burocracia e dos exageros do regime manufatureiro, associando aos pais um único filho casado, proporcionando um dote aos demais. Assim, a família tronco dá aos indivíduos uma segurança desconhecida da família instável e uma independência incompatível com a família patriarcal.

¹¹³ MORAES FILHO, Evaristo de. *O Problema de uma Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 71.

¹¹⁴ Por este Código, a estrutura da família através da autoridade patriarcal convinha para a sociedade, e a família deveria ser dirigida por este chefe que só poderá ser um homem.

o declínio progressivo da família enquanto instituição social.¹¹⁵ Pierre-Guillaume-Frédéric Le Play acreditava que o Código Civil tivesse desencadeado um sentimento humanitário na sociedade. Ainda, são contrapostas visões otimistas ou históricas até culminar na ideia do declínio da família como mito e, com isso, as reflexões leplaysianas são fortemente imbuídas de um espírito reformista devotado à salvação da família. Por fim, a dificuldade em separar o método da normatividade contribuiu para a inserção subordinada dentro da tradição sociológica.

1.2.2 Características da sociedade e importância das famílias sob o ponto de vista de Émile Durkheim

Émile Durkheim (1858-1917), por sua vez, utilizando-se dos ensinamentos de Augusto Comte¹¹⁶, reduz a sociologia ao que há de mais estável e necessário na organização social, ou seja, numa visão organicista da sociedade¹¹⁷, destaca como temas centrais a solidariedade igualitária e a moral.¹¹⁸ É considerado um dos fundadores da moderna sociologia e condutor da Escola Sociológica Francesa, que influenciou decisivamente no desenvolvimento da sociologia científica do século XX.

¹¹⁵ “O Código Civil ignorará quase a família. Ele retoma laços com o direito antigo para devolver ao pai de família sua autoridade, mas se limita a regular os direitos e os deveres criados pelo casamento ou pela filiação. A família só existe através dos indivíduos que a compõem”. (ARNAUD, André-Jean. et al. *Diccionario Enciclopédico de Teoria e de Sociología do Direito*. Traduzido por Vicente de Paulo Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 337)

¹¹⁶ Na visão dos estudos de Comte “o estado da civilização determina necessariamente o da organização social, quer no espiritual, quer no temporal. [...]. Os melhores espíritos, os que se encontram mais próximos do estado positivo da política, começam hoje a perceber esse princípio fundamental. Compreendem que é absurdo conceber isoladamente o sistema político, fazendo dele derivar as forças da sociedade, da qual, pelo contrário, ele recebe as suas, sob pena de nulidade. Numa palavra, admitem já que a ordem política é apenas, e não poderia deixar de sê-lo, a expressão da ordem civil, o que significa, em outras palavras, que as forças sociais preponderantes, acabam sempre por tornar-se dirigentes. [...] o espírito eminentemente relativo da Filosofia Positiva apesar de sua invariável unidade, deverá gradualmente dissipar, em proveito da ordem geral, essa disposição absoluta, tão estreita quanto irracional, comum à política teológica e à metafísica, que as leva incessantemente a pretender realizar de maneira uniforme, [...] seus tipos respectivos de governos [...]”. (MORAES FILHO, Evaristo de. *Augusto Comte: sociologia*. 2.ed. São Paulo: Ática, 1989, p. 177-178).

¹¹⁷ Sua visão organicista – onde cada órgão da sociedade tem sua função específica, em íntima solidariedade uns com os outros, propiciando a manutenção do seu “corpo social” e o império da “ordem” – traduz seu posicionamento de classe para que a economia pudesse avançar.

¹¹⁸ “Quanto àquilo que se chama moral individual, se se entender isso por um conjunto de deveres de que o indivíduo é ao mesmo tempo sujeito e o objecto, que não o ligam senão a si próprio e que portanto subsistem mesmo quando ele está só, é uma concepção abstrata que não corresponde a nada na realidade. A moral, em todos os seus graus, nunca se encontrou senão no estado de sociedade, nunca variou senão em função de condições sociais”. (CRUZ, Maria Braga da. *Teorias Sociológicas: os fundadores e os clássicos (antologia de textos)*. 4.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 335).

A pretensão de Émile Durkheim era delinear a sociologia como uma ciência positiva (estudo sistemático)¹¹⁹, que acarreta ao estabelecimento de *leis* (uma relação necessária – descoberta da lógica).¹²⁰ Deste modo, verificando a circunstância singular das ciências sociais, em que “o observador está inscrito no objeto a investigar, o que não ocorre nas ciências do mundo natural, onde é patente a distinção entre o objetivo e o subjetivo”¹²¹, Durkheim pretendeu nivelar a situação do sociólogo à do naturalista.¹²²

Para tanto, na visão de Émile Durkheim, é preciso tratar o fato social como “coisa”, exatamente como o cientista da natureza trata os fenômenos naturais, ou seja, a condição para uma sociologia científica é tomar os fatos sociais como desprovidos de interioridade ou subjetividade.¹²³ Assim, tratando os fatos sociais

¹¹⁹ De certo modo, o autor poderia ser considerado um sociólogo positivista, pois sustentava que o positivismo era a única posição cognitiva possível, haja vista que o fator social sempre será o determinante. O positivismo, enquanto método de análise da realidade social teve suas origens no iluminismo do século XVIII, como filosofia crítica e até mesmo revolucionária, cujo iniciador principal foi Augusto Comte. Assim, tentando explicar a sociedade de acordo com o método das ciências naturais Durkheim se depara com ideologias predominantes da época para formar sua teoria de solidariedade.

¹²⁰ “No que diz respeito à dimensão ‘teórica’ da sociologia do direito, Durkheim parte da estreita ligação existente entre o direito e sociedade. Como resultado disso, ao decidir analisar a evolução e as características da sociedade moderna ele constata que tal análise não pode ser isolada da evolução e das características do homem moderno”. E continua dizendo André Jean-Arnaud e Maria José Fariñas Dulce que “o ponto de partida da teoria sociológica de Durkheim é uma teoria organicista positivista, inspirada na Biologia, segundo o qual a estrutura da sociedade foi constituída por uma série de órgãos ou de ‘estruturas sociais’, que executam funções sociais diferentes, cujo objetivo é manter a unidade e a coesão de todo o sistema social. Para Durkheim, tudo que existe na sociedade desenvolve uma ‘função’. Conseqüentemente, Durkheim estimula o uso das ‘funções’ que cada órgão social executa em relação às necessidades do próprio sistema social, bem como o estudo da ‘origem’ e o das ‘causas estruturais’, que proporcionam o surgimento dos órgãos sociais”. (ARNAUD, André-Jean; DULCE, Maria José Fariñas. *Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos*. Traduzido por Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 66-67).

¹²¹ MACHADO NETO, Antônio Luis. *Sociologia Jurídica*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 71

¹²² A perspectiva teórica de Durkheim é proposta num uso de uma metáfora fisiologista decorrente de suas explicações das ciências sociais a partir do método das ciências naturais e, desta forma, importante salientar que “o que se reclama do sociólogo é que se coloque num estado de espírito semelhante aos dos físicos, químicos, fisiologistas, quando se aventuram numa região ainda inexplorada do seu domínio científico. É necessário penetrar no mundo social, tenha ele consciência de que penetra no desconhecido; é necessário que se sinta em presença de fatos cujas leis são tão desconhecidas quanto o eram as da existência antes da constituição da biologia; é preciso que se mantenha pronto a fazer descobertas que não de surpreende-lo e desconcertá-lo”. (DURKHEIM, Émile. *As Regras do Método Sociológico*. 3.ed. Traduzido por Maria Isaura Pereira de Queiroz. São Paulo: Nacional, 1963, p. 23).

¹²³ Conforme já referido, para Durkheim, “fato social, então, é toda maneira de atuar, fixa ou não, suscetível de exercer sobre os indivíduos uma coerção exterior; ou, que é geral na extensão de uma sociedade, conservando existência própria, independente de suas manifestações individuais”. (DURKHEIM, Émile. *As Regras do Método Sociológico*. 3.ed. Traduzido por Maria Isaura Pereira de Queiroz. São Paulo: Nacional, 1963, p. 12).

como “coisa”, o sociólogo liberta o espírito de prejulgamentos e de prenoções.¹²⁴ Analisando desta forma, os sociólogos podem encarar uma realidade da qual participa, como se não fizesse parte dela.¹²⁵

Neste universo de valores, a moral¹²⁶ se tornava o entorno dos indivíduos, sendo objeto de estudo do investigador e, no contexto, a sociologia estudava os fatos sociais. Deste modo, a sociologia, como ciência, “deveria dedicar-se ao conhecimento racional, objetivo, observacional e necessário da sociedade”.¹²⁷ Assim, a sociedade deveria ser analisada como uma síntese de consciências individuais e, portanto, o “fato social é apenas igual a si próprio, é algo peculiar, diverso, pois, tanto do físico como biológico ou do psicológico”¹²⁸, sendo que o resultado será de natureza diversa das parcelas porque se devem considerar os fatos sociais como “coisas cuja natureza, por mais maleável que seja, não pode ser modificada pela vontade humana”¹²⁹.

Deste modo, a sociedade deve ser concebida de uma maneira completa, além dos indivíduos que a formam, transportando ao problema de uma “Sociologia

124

dos Valores”, defendida por Durkheim, em que “é de importância primordial a teoria de uma consciência coletiva irreduzível e superior à consciência dos indivíduos componentes”.¹³⁰

Deste modo, compreender as aspirações humanas individuais que objetivam transformações é algo como um ideal coletivo e inteligível (responsáveis pela intensificação das vontades individuais comuns), devendo entender estas como elemento do meio moral, que constitui o entorno das consciências individuais.¹³¹ Émile Durkheim afirma que neste estágio, quando as consciências individuais entram em relação íntima, em vez de ficarem separadas, agindo ativamente umas sobre as outras, origina-se de sua síntese uma vida psíquica de um novo gênero.

Na visão de James Casey:¹³²

¹³⁰ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 198.

¹³¹ “Primeiramente, ela se distingue daquela que leva o indivíduo solitário, pela sua intensidade especial. Os sentimentos que nascem e se desenvolvem no seio dos grupos têm uma energia que os sentimentos puramente individuais não atingem. O homem que os experimenta tem a impressão de que é dominado por forças que não reconhece como suas, das quais não é mais o dono, que o conduzem, e todo o meio no qual ele está mergulhado lhe parece sulcado por forças do mesmo gênero. Ele sente-se como que transportado para um mundo diferente daquele onde flui sua existência privada. A vida não lhe é apenas intensa; ela é qualitativamente diferente. Arrastado pela coletividade, o indivíduo desinteressa-se de si mesmo, esquece-se de si, dá-se por inteiro aos objetivos comuns. O pólo de sua conduta é deslocado e levado para fora de si. Ao mesmo tempo, as forças que são assim provocadas, precisamente porque são teóricas, não se deixam facilmente canalizar, disciplinar, ajustar a fins estritamente determinados; elas experimentam a necessidade de expandir-se simplesmente por expandir-se, por nada, sem finalidade, sob forma, às vezes, de violências estupidamente destruidoras, outras por loucuras heróicas. Em certo sentido, é uma atividade de luxo porque é uma atividade muito rica. Por todas essas razões, ela opõe-se à vida que levamos cotidianamente, assim como o superior se opõe ao inferior, o ideal à realidade. É, com efeito, nos momentos de efervescência deste tipo, que sempre foram estabelecidos os grandes ideais sobre os quais se baseiam as civilizações. Os períodos criadores ou inovadores são precisamente aqueles em que, sob a influência de circunstâncias diversas, os homens são levados a aproximar-se mais intimamente, onde as reuniões, as assembleias são mais freqüentes, as relações mais seguidas, as trocas de idéias mais ativas”. Nestas circunstâncias, observam-se períodos de ampla modificação cultural, religiosa ou política, que são vividos coletivamente em torno de ideais. Assim, “Concebe-se o ideal pairando, pessoal, acima das vontades particulares que movimenta. Se ele fosse o produto da razão individual, de onde proviria esta impersonalidade? Invocar-se-ia a impersonalidade da razão humana? [...] [Mas] se as razões se comunicam a este ponto, não será porque elas vêm de uma mesma fonte, porque participam de uma razão comum?”. (DURKHEIM, Émile. *Sociologia e Filosofia*. Traduzido por J. M. de Toledo Camargo. Rio de Janeiro: Forense, 1970, p. 108-111).

¹³² CASEY, James. *A História da Família*. Traduzido por Sérgio Bath. São Paulo: Ática, 1992, p. 32.

Durkheim não estava interessado diretamente na família, mas num certo sentido todo o seu livro pode ser lido como se não tratasse de outra coisa. O argumento fundamental é o de que a 'família' não é um agrupamento biológico produzido pelo acaso, mas uma corporação baseada em regras que podem excluir totalmente certos tipos de consangüinidade - por exemplo, o tio materno na antiga Roma. Ela precisa ser vista como parte da ordenação hierárquica das comunidades pré-industriais.

Para Émile Durkheim o indivíduo já nasce em uma sociedade, o que significa que esta e seus elementos, normas e modos de funcionamento são anteriores ao indivíduo,¹³³ possuindo os meios propícios para o desenvolvimento do indivíduo, fazendo com que este se torne participativo, ajustando-o à sociedade da qual faz parte. Esta imposição decorrerá da utilização de mecanismos de coerção social existentes nas instituições.

Dentro do enfoque central de suas obras, Émile Durkheim procura explicar a sociedade moderna mediante a divisão do trabalho, suicídio, educação e religião e, neste último tópico, trabalhou com os valores morais da família como condição para a solidariedade.

Relacionando-se o fato social com as necessidades que cumpre e satisfaz - função (exemplo: o castigo do delito, a divisão do trabalho), o social só poderia se explicar pelo social e não por constituição biológica ou por psicologia individual. Desta forma, Émile Durkheim, preocupava-se com o problema da ordem e da estabilidade social e pelo modo como se poderia evitar a desintegração da sociedade, sob a pressão dos interesses egoístas dos seus componentes.¹³⁴

Convém destacar que o autor define os princípios epistemológicos de uma ciência positiva capaz de atingir o conhecimento concreto das sociedades humanas, em forma totalmente independente das demais ciências, explicando a sociologia

¹³³ Para Adriana Loche, a sociedade é pré-existente aos seus participantes e, ao mesmo tempo, é exterior, isto é, existe fora e independente da vontade dos indivíduos. Ainda, "os indivíduos participam da sociedade pela coerção de mecanismos como a educação ou as normas do direito". Deste modo, o fato social sempre diz respeito ao coletivo. (LOCHE, Adriana A. et al. *Sociologia Jurídica*: estudos de sociologia, direito e sociedade. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 32).

¹³⁴ "Os deveres do indivíduo para consigo próprio são, na realidade, deveres para com a sociedade, correspondem a certos sentimentos coletivos que não é mais permitido ofender, nem quando o ofendido e o ofensor são uma só e a mesma pessoa, nem quando são pessoas distintas". (CRUZ, Maria Braga da. *Teorias Sociológicas*: os fundadores e os clássicos (antologia de textos). 4.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 335-336).

como ciência autônoma, o que ninguém podia definir. Num segundo momento, realiza um estudo sociológico onde evidencia o que aparenta ser um ato individual que não é outra coisa senão um ato social, onde se relaciona com a vinculação do indivíduo a fatores externos e coletivos como são a religião, a economia e a família.

No que pertine a religião, demonstra que tal experiência não é exclusividade particular, porque é um fenômeno universal. O autor, por meio de seus estudos, ressalta que a natureza dos fatos não depende da arbitrariedade individual ou de onde derivam as relações necessárias, propondo a compreensão da natureza religiosa do homem para alcançar os seus objetivos, concluindo que a religião é eminentemente social.¹³⁵ Para Émile Durkheim a religião também comportava outras funções, quais sejam: a de constituinte da família e das primeiras leis.¹³⁶

Seus antecessores, tanto Comte como Spencer consideravam esta nova ciência com um profundo espírito positivista, dando qualidade meramente organizacional¹³⁷ ou psicológica. No entanto, Émile Durkheim epistemologicamente a fez independente das restantes disciplinas científicas existentes, interpretando a existência de fenômenos especificamente sociais a que chamou de fatos sociais, que constituem unidades de estudo que não podem ser confrontadas com outras técnicas que não sejam as especificamente sociais. Portanto, em sua análise, Émile Durkheim aponta três características para os fatos sociais, quais sejam: a

¹³⁵ Para Durkheim, “as representações religiosas são representações coletivas que exprimem realidades coletivas; os ritos são maneiras de agir que surgem unicamente no seio dos grupos reunidos e que se destinam a suscitar, a manter ou a refazer certos estados mentais desses grupos”. (DURKHEIM, Émile. *As Formas Elementares da Vida Religiosa: o sistema totêmico da Austrália*. Traduzido por Joaquim Pereira Neto. São Paulo: Paulinas, 1989, p. 38).

¹³⁶ De acordo com Fustel de Coulanges, a família era formada por um grupo de pessoas a quem a crença admitia invocar os deuses e oferecer o banquete fúnebre aos ancestrais. Pelo que consta, nem os laços sangüíneos, nem o afeto, nem o poder paterno ou marital, foram o fundamento das primeiras famílias, assim, a família antiga é, desta forma, mais uma associação religiosa do que uma associação natural. Desta forma, era a religião e seus cultos que ditavam as regras familiares e mais tarde as da cidade. A religião “estabelecera primeiro o direito doméstico e o governo da gens, em seguida as leis civis e o governo municipal. O Estado estava estreitamente ligado à religião; dela nascera e com ela se confundia”. (COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma*. Traduzido por Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975, p. 279).

¹³⁷ Doutrina filosófica que sustenta que as sociedades humanas e culturais se organizam e evoluem de forma parecida, semelhante aos seres vivos.

exterioridade,¹³⁸ coercitividade,¹³⁹ e generalidade¹⁴⁰. Isidoro Alonso Hinojal¹⁴¹ aponta a forma estudada da seguinte maneira:

Émile Durkheim, de modo evidentemente simplificado e partindo de um critério evolucionista, considera a primeira forma familiar constituída por um grupo amplo de caráter político e doméstico, o clã exógamo e amorfo; tratar-se-ia de uma situação onde os limites entre pequena sociedade e grande família coincidiram.

Segundo Émile Durkheim, o agrupamento dos homens primitivos em clãs é a primeira organização social conhecida.¹⁴² Contudo, tem ocorrido uma contração da família que, historicamente, vem passando de um grupo de pessoas que pertencem aos mesmos troncos familiares, com interesses afins, contraídos por matrimônio de pessoas de distintas tribos, ascendência, procedentes de distinta localidade ou população, possuindo uma forma própria a um grupo diferenciado. Assim, mais do que a família ou a consangüinidade, o que une os seres humanos é a sua natureza mística religiosa. A contração da família corresponde à extensão do meio social, da aldeia a cidade, desta ao Estado, se manifestando pelo quebraimento progressivo do comunismo familiar.¹⁴³ As famílias do passado eram geralmente de estrutura múltipla do grupo de parentes, como um processo de contracção progressiva, até a família conjugal moderna, onde cada casamento dá origem a uma nova família.¹⁴⁴

¹³⁸ Os fatos sociais têm existência própria, independem das consciências sociais; por exemplo, em cada sociedade concreta, o matrimônio impõe direito e dever aos cônjuges, etc.

¹³⁹ O fato social exerce coerção sobre os indivíduos e a coletividade; por exemplo, nas comunidades cristãs o batismo é a porta de entrada na vida religiosa.

¹⁴⁰ O fato social se estende ao indivíduo, ao grupo e à toda sociedade.

¹⁴¹ HINOJAL, Isidoro Alonso. *A Crise da Instituição Familiar*. Rio de Janeiro: Salvat, 1979, p. 28.

¹⁴² Aljandro Navas descreve uma forma de diferenciação segmentária: “uma sociedade primitiva pode dividir-se em tribos, estas em clãs e os clãs em família. Os povoados e habitações, por sua vez, possuem a mesma estrutura interior. Essa simplificação do meio ambiente no interior da sociedade é possível pelo fato de que cada sistema conta com a igualdade dos demais sistemas. O grau de desenvolvimento deste tipo de sistema é muito pequeno, e sua complexidade muito escassa. É possível distinguir apenas papéis sexuais e de idade, e existe somente um poder político diferenciado”. (NAVAS, Alejandro. *La Teoría Sociológica de Niklas Luhmann*. Pamplona: Universidade de Navarra, 1989, p.305-307)

¹⁴³ Na visão de Maria Braga da Cruz, “é muito simplesmente um grupo de indivíduos que se acham ter sido aproximados um dos outros no seio da sociedade política, por uma comunidade mais particularmente estreita de idéias, de sentimentos e de interesses”. (CRUZ, Maria Braga da. *Teorias Sociológicas: os fundadores e os clássicos* (antologia de textos). 4.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 377).

¹⁴⁴ SARACENO, Chiara. *Sociologia da Família*. Traduzido por M. F. Gonçalves de Azevedo. Lisboa: Estampa, 1997, p. 23.

Émile Durkheim¹⁴⁵, invertendo a ordem natural do progresso, sugere que

a vida coletiva não nasceu da vida individual, mas, ao contrário, foi a segunda que nasceu da primeira. É apenas sob essa condição que se pode explicar como a individualidade pessoal das unidades sociais pôde formar-se e crescer sem desagregar a sociedade.

Obtempera-se que Émile Durkheim não responde qualquer questão sociológica na base individualismo, eis que a base de toda a sua teoria é fundada na sociedade.¹⁴⁶ A família faz parte de um estado democrático, ou seja, é uma peça no para o desenvolvimento da sociedade.

As premissas de suas análises aparecem hoje superadas na medida em que estão impregnadas do evolucionismo encetado no final do século XIX. Porém este evolucionismo não significa uma escala de valores, a família de hoje não é nem mais nem menos perfeita que a do passado.¹⁴⁷ Esta é distinta porque as circunstâncias são diferentes.

1.2.3 Teoria das estruturas familiares de Talcott Parsons

Talcott Parsons (1902-1979), sociólogo norte-americano, durante suas pesquisas buscou integrar todas as ciências sociais numa ciência única da ação

¹⁴⁵ DURKHEIM, Émile. *Da Divisão do Trabalho Social*. Traduzido por Eduardo Brandão. 2.ed. São Paulo: Martins Fortes, 1999, p. 279.

¹⁴⁶ Durkheim sintetiza que “a sociologia individualista apenas aplica à vida social o princípio da velha metafísica materialista: pretende, realmente, explicar o complexo pelo simples, o superior pelo inferior, o todo pela parte, o que é contraditório em sua própria expressão. Certamente, o princípio oposto não nos parece menos insustentável; não se poderia melhor, com a metafísica idealista e teológica, derivar a parte do todo, porque o todo nada é sem as partes que o compõem e não pode tirar do nada daquilo que necessita para existir. Só resta, pois, explicar os fenômenos que se produzem no todo pelas propriedades características do todo, o complexo pelo complexo, os fatos sociais pela sociedade, os fatos vitais e mentais pelas combinações sui generis de que resultam. É esse o único percurso que pode seguir a ciência”. (DURKHEIM, Émile. *Sociologia e Filosofia*. Traduzido por J. M. de Toledo Camargo. Rio de Janeiro: Forense, 1970, p. 43).

¹⁴⁷ No estudo de Durkheim, a família era vislumbrada como “uma espécie de sociedade completa, cuja acção se estende tanto sobre a nossa atividade econômica como sobre a nossa atividade religiosa, política, científica, etc. Tudo aquilo que fazemos com alguma importância, mesmo fora de casa, nela ecoa e provoca as relações apropriadas”. (CRUZ, Maria Braga da. *Teorias Sociológicas: os fundadores e os clássicos* (antologia de textos). 4.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 377).

humana, se dedicando ao funcionalismo¹⁴⁸ sob a influência do antropólogo Bronislaw Malinowski, a partir das obras de Freud e Durkheim, buscou em sua teoria a questão da personalidade e da moralidade. Segundo o autor, a sociologia é uma disciplina teórica cujo centro de interesse reside em separar os problemas de integração dos sistemas sociais com atenção especial nos obstáculos que se opõem a integração e os casos em que ela resulta fracassada.

Usando a terminologia de Max Weber¹⁴⁹, Talcott Parsons chamou os sistemas sociais funcionalmente diferenciados de sistemas de ação social, todavia passou a estabelecer o social não a partir da estrutura, e sim da ação, invertendo, assim, as posições conceituais, concebendo a estrutura social em cada unidade social.¹⁵⁰

Sua análise não parte de uma noção de complexidade e de dinamicidade do sistema e sim, do pressuposto de que toda a organização social¹⁵¹ tende para uma cooperação harmoniosa, um equilíbrio natural, negando os conflitos internos que a

¹⁴⁸ “A perspectiva funcionalista vê a sociedade como um conjunto de instituições sociais que desempenham funções específicas, assegurando a continuidade e o consenso de todo o social. De acordo com esta perspectiva, a família desempenha funções importantes que contribuem para satisfazer as necessidades básicas da sociedade e para a reprodução da ordem social”. (GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. 4.ed. Traduzido por Alexandra Figueiredo. Lisboa: Fundação Calouste Goubenian, 2004, p. 177). Para os funcionalistas, todo o fato sociológico pode e deve ser explicado por meio de sua específica função no interior de uma determinada cultura.

¹⁴⁹ Max Weber (1864-1920) é considerado, para a sociologia, um clássico de primeira grandeza, pois seu pensamento tem sido bastante relido na atualidade, proporcionando instrumentos para a compreensão do mundo moderno. Além de criticar os pressupostos do positivismo, Weber realizou um cuidadoso estudo das religiões mundiais, mostrando que a marca fundamental da modernidade é a racionalização da cultura e da sociedade. “Para Weber, a razão humana, na versão encarnada pela economia capitalista e pela burocracia do Estado, é uma força que, ao mesmo tempo em que ‘desencanta’ o mundo, invade todas as esferas da vida humana, ocasionando a perda da liberdade e do sentido da vida”. (SELL, Carlos Eduardo. *Sociologia Clássica: Durkheim, Weber [e] Marx*. Itajaí: UNIVALI, 2001, p. 95).

¹⁵⁰ A sociedade é vista como uma realidade concreta identificável e diferenciada através de subsistemas sociais, de acordo com o modelo analítico dos sistemas de ação e suas respectivas funções. Neste sentido, “a teoria sociológica de matriz sistêmica de Talcott Parsons - Teoria dos Sistemas de Ação - tem a pretensão de construir um sistema geral de análise diretamente aplicável a todos os sistemas de ação”. (MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. A unidade do sistema jurídico em Niklas Luhmann: a assunção do modelo autopoietico. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 82-88, jun.-dez. 1998, p. 83). O modelo sistêmico aplicado à família considera que “as ações e comportamentos de um dos membros influenciam e simultaneamente são influenciados pelos comportamentos de todos os outros”. (CALIL, Vera Lúcia Lamanno. *Terapia familiar e de casal*. São Paulo: Summus, 1987, p. 17).

¹⁵¹ “Organização é sempre definida como um subsistema de um sistema social de maior amplitude”. (ETZIONI, Amitai. *Organizações complexas: um estudo das organizações em face dos problemas sociais*. Traduzido por João Antônio de Castro Medeiros. São Paulo: Atlas, 1981, p. 46-47).

compõem. Conseqüentemente, a teoria de sistemas de ação de Talcott Parsons é considerada mecânica ou estática, pois qualquer alteração nos elementos ou inter-relações¹⁵² que afastam o ponto de equilíbrio natural do sistema social tende a ser sanado por alterações inerentes ao sistema de modo a restaurar a própria harmonia.¹⁵³ Analisando por outro prisma, este propõe quatro subsistemas ciberneticamente hierarquizados, mas interativos, quais sejam: orgânico, psíquico, social e cultural, sendo que estes, possuem funções que contribuirão para a integração do indivíduo e o equilíbrio.¹⁵⁴

O postulado fundamental de Talcott Parsons se funda no fato de que “a ação humana apresenta sempre os caracteres de um sistema. A ação humana presta-se muito bem à análise sistemática, porque nunca é simples nem isolada”.¹⁵⁵ Assim,

¹⁵² O sistema social com mais elevado nível de auto-suficiência é a sociedade “constituída por uma pluralidade de pessoas em interação, normalmente em substancial número, que agem dentro da estrutura significativa de uma cultura comum e que também mantém uma identidade como um sistema transcendendo a duração de vida de cada ser humano”. (PARSONS, Talcott. *Sociedades: perspectivas evolutivas e comparativas*. Traduzido por Dante Moreira Leite. São Paulo: Pioneira, 1966, p. 34).

¹⁵³ Para Fernando Noronha, “na sociedade global (por oposição às sociedades menores, como a família, a escola e as comunidades locais) as quatro funções essenciais estão nitidamente definidas: a função de adaptação diz respeito à economia, constituindo o sistema econômico; a prossecução de metas cabe às entidades governativas (sistema político); a manutenção de padrões diz respeito à cultura, formando o que nos escritos mais recentes de Parsons é camado de ‘sistema fiduciário’; finalmente, a função de integração cabe ao que Parsons chama a ‘comunidade societária’ que é ‘the core structure of a society’ e é constituída pela estrutura coletiva na qual os membros estão unidos ou, de alguma maneira, associados, da qual a mais importante característica é a solidariedade orgânica de Durkheim”. As relações de independência entre estes quatro subsistemas que Parsons inclui no sistema da sociedade global foi elaborado através de um diagrama que serve para entendimento e adaptação e visualização para um equilíbrio entre os elementos. (NORONHA, Fernando. *Direito e Sistemas Sociais: a jurisprudência e a criação de direito para além da lei*. Florianópolis: UFSC, 1998, p. 60-62). Neste quadro: Entre o subsistema adaptativo (economia) e o subsistema de prossecução de metas (política) existe o sistema de mobilização de recursos. Entre o sistema adaptativo e a manutenção de padrões (lugar de compromissos culturais e motivacionais – sistema fiduciário) existe o sistema de trabalho, consumo e mercado. Entre o subsistema de prossecução de metas (política) e o subsistema integrativo (direito – como normas – e controle social – comunidade societária) existe o sistema de apoio político. Entre o sistema de manutenção de padrões e o sistema integrativo existe o sistema de legalidade, solidariedade compromisso. Entre o sistema adaptativo e o integrativo existe o sistema alocativo padrão e entre o subsistema de prossecução de metas e manutenção de padrões existe o sistema de legitimação. (PARSONS, Talcott. *Social Systems and the evolution of action theory*, New York: Free Press of Glencoe, 1977, p. 366)

¹⁵⁴ PARSONS, Talcott. *Sociedades: perspectivas evolutivas e comparativas*. Traduzido por Dante Moreira Leite. São Paulo: Pioneira, 1969, p. 52-53.

¹⁵⁵ SCHWARTZBERG, Rober-Gerard. *Sociologia Política: elementos de ciência política*. Traduzido por Domingos Mascarenhas. São Paulo: Difel, 1979, p. 119. “Um princípio fundamental a respeito da organização dos sistemas vivos é que suas estruturas são diferenciadas quanto a várias exigências que lhe são impostas por seus ambientes”. (PARSONS, Talcott. *Sociedades: perspectivas evolutivas e comparativas*. Traduzido por Dante Moreira Leite. São Paulo: Pioneira, 1969, p. 20).

para atingir o pensamento deste sociólogo, mister compreender a sociedade por meio da plurisignificação de seus fatores constituintes. A família e a escola são grupos primários, na visão do autor, e reforçam valores na sociedade. Logo, segundo essa corrente, a família é uma agência socializadora cujas funções concentram-se na formação da personalidade dos indivíduos.¹⁵⁶ Deste modo, na inteligência de Horkheimer e Adorno,¹⁵⁷

a sociedade é uma espécie de contextura formada entre todos os homens e na qual uns dependem dos outros, sem exceção; na qual o todo apenas pode subsistir em virtude da unidade das funções assumidas pelos co-participantes, a cada um dos quais se atribui, em princípio uma tarefa funcional; e onde todos os indivíduos, por seu turno, estão condicionados, em grande parte, pela sua participação no contexto geral.

Talcott Parsons, ao considerar as inter-relações entre os subsistemas e os ambientes da ação, assegura ser fundamental considerar o fenômeno da interpenetração. Segundo seu entendimento é possível que o caso mais conhecido da interpenetração seja a interiorização de objetos sociais e normas culturais na personalidade do indivíduo, sendo que os processos de intercâmbio entre os

¹⁵⁶ PARSONS, Talcott. *El sistema de las sociedades modernas*. Traduzido por Augustin Contin. México: Trillas, 1974, p. 15-16. Neste contexto, “Talcott Parson is a noted structural functionalist theorist in sociology. Structural-functional theory focuses on the advantages of the social structure for both individuals and society Structural-functionalists analyze the social structure in terms of manifest (intended) and latent (unintended) function. The focus is also on consensus and on how societal institutions must function in harmony for a society to be successful. The law is viewed as one social institution, which functions with other institutions, such as the economy and the family. The laws is to maintain social order. In his article “The law and Social Control”, Parsons (1962) (1980) describes law as generalized mechanism of social control. Law is an important component of the social structure and reinforces the values, norms, and rules that organize society. The primary function of law according to Parsons, is to mitigate conflict and promote an integrative social process for social discourse. Through the law, the norms is a society are reinforced, often by use of various legal sanctions”. (GRANA, Sheryl J.; et al. *The social context of law*. 2.ed. New Jersey: Rentice Hall, 2002, p. 35). Tradução livre: “A teoria estrutural funcionalista de Talcott Parsons é notável para a sociologia. A teoria estrutural-funcionalista focaliza as vantagens da estrutura social para ambos, indivíduos e sociedade estrutural-funcionalista, analisando a estrutura social nos termos de sua função manifesta e latente. O foco está também no consenso de como as instituições societais devem funcionar em harmonia para que uma sociedade seja bem sucedida. A lei é vista como uma instituição social que possui funções com outras instituições, tais como a economia e a família. As leis servem para manter a ordem social. Em seu artigo “The law and Social Control”, Parsons (1962) (1980) descreve a lei como o mecanismo generalizado do controle social. A lei é um componente importante da estrutura social e reforça os valores, as normas, e as regras que organizam a sociedade. A função preliminar da lei, de acordo com Parsons, é mitigar o conflito e promover um processo social integrativo para o discurso social. Com a lei, as normas de uma sociedade são reforçadas freqüentemente pelo uso de várias sanções legais”.

¹⁵⁷ HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor. Temas básicos de sociologia. In: FORACCHI, Marialice Mencarini; MARTINS, José de Souza. *Sociologia e Sociedade: leituras de introdução à sociologia*. Rio de Janeiro: LTC, 1999, p. 263.

sistemas podem ocorrer devido à existência de zonas de interpenetração. Deste modo, para poder “comunicar-se” simbolicamente, os indivíduos necessitam observar códigos comuns, organizados culturalmente, como, por exemplo, os de linguagem, que se integram nos sistemas de sua interação social. Assim, sopesamos que os sistemas sociais são abertos e participam num intercâmbio contínuo de insumos e produtos com os seus ambientes.

Talcott Parsons fez uma análise da família examinando a terminologia do parentesco como guia da estrutura social definindo-a como um sistema aberto, multilinear e conjugal.¹⁵⁸ Para Talcott Parsons, “como o sistema social é constituído pela interação de indivíduos humanos, cada membro é ator (que tem objetivos, idéias, atitudes, etc.) e objeto de orientação, tanto para si mesmo como para outros atores”.¹⁵⁹

O equilíbrio é a essência do sistema social e para que haja uma renovação contínua é imperioso que os indivíduos que se introduzam, assimilem e internalizem os valores e as normas que vigoram. O estudo da sociedade enquadra-se por meio de três dimensões, quais sejam: a lógica,¹⁶⁰ a substantiva,¹⁶¹ e a ideológica¹⁶².

Convém salientar que para a teoria funcionalista¹⁶³ existe a omissão das transformações nos contornos familiares, que não satisfazem ao modelo da família

¹⁵⁸ A família conjugal seria composta por pais e filhos, reservando o termo parente para todos os outros membros ligados pela condição de parentesco.

¹⁵⁹ PARSONS, Talcott. *Sociedades: perspectivas evolutivas e comparativas*. Traduzido por Dante Moreira Leite. São Paulo: Pioneira, 1969, p. 20.

¹⁶⁰ Explicação teleológica do funcionalismo - Exemplo - a religião existe, tendo por função manter as bases morais da sociedade ou, que o Estado existe com a finalidade de coordenar as diversas atividades que são encontradas nas sociedades complexas. Em ambos os casos, uma consequência é usada para explicar uma causa: a existência da religião e do Estado.

¹⁶¹ Destaque em demasia do elemento normativo da vida social, minimiza o conflito social, exaltando em demasia o papel da solidariedade social; exalta a natureza harmoniosa dos sistemas sociais; não explica a mudança social e até chega a tratá-la como anormal. Possivelmente, esta seja a crítica mais justa ao funcionalismo: exalta em demasia a natureza harmoniosa dos sistemas sociais - o que, na verdade, não ocorre gratuitamente.

¹⁶² Procura comprovar a relação existente entre o funcionalismo e o comprometimento dessa teoria com a sociedade conservadora, incentivando as relações harmoniosas entre as diferentes partes de um sistema social que se manifesta desigual e irreverente em suas relações de propriedade, da riqueza, de distribuição dos bens produzidos que, por isso mesmo, consolida as relações inabaláveis de poder.

¹⁶³ O funcionalismo claro e direto buscou entender um conjunto muito grande de relações que a instituição familiar envolve e, além disso, é uma tentativa de trazer juntas, em sua teoria, a questão da personalidade e a da moralidade, a partir das obras de Freud e de Durkheim.

nuclear e da sociedade contemporânea. Logo, “as famílias que não se encaixavam no modelo ‘ideal’ da família branca, de classe média dos subúrbios, eram vista como desviantes”.¹⁶⁴

Talcott Parsons define a sociedade como um sistema social constituído por subsistemas que devem atuar um com os outros para manter o equilíbrio, pois existindo equilíbrio, há a internacionalização de valores. Entende que todo o sistema social é considerado como um sistema formado por condutas e relações interativas concretas.

O Direito então, seria um dos subsistemas sociais que, além de apresentar como função a integração social, desempenharia até a tarefa de determinar e desempenhar os meios de controle social por meio dos quais se comunicam aos usuários dos sistemas as regras de conduta que necessitam ser adotadas. Conforme a concepção funcionalista, o Direito forma o meio mais eficaz de controle social.¹⁶⁵

As relações que os componentes que participam na formação de um sistema respondem a uma determinada ordem a qual Parsons denomina interdependência. Os sistemas que se convertem em um objeto de estudo são os que contam com a permanência. Existe, então, um processo ordenado de trocas a que Talcott Parsons chama de equilíbrio móvel e que se relaciona com o princípio de crescimento. Assim, o sistema social depende da vontade em que se pode conservar o equilíbrio dos sistemas de personalidade de seus membros dentro de certos limites de variação. O indivíduo adaptado é aquele que aceita as normas e leis de uma sociedade sem questioná-las.

¹⁶⁴ GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. 4.ed. Traduzido por Alexandra Figueiredo. Lisboa: Fundação Calouste Goubenkian, 2004, p. 177.

¹⁶⁵ PARSONS, Talcott. *El sistema de las sociedades modernas*. Traduzido por Augustin Contin. México: Trillas, 1974, p. 29-31. Talcott Parsons descreve a lei como uma estrutura generalizada do controle social. Deste modo, o direito é um elemento importante da estrutura social e avigora os valores, normas e regulamentos que estabelecem a organização da sociedade. A função essencial da lei, segundo este, é abrandar o conflito e impulsionar o processo social em prol do diálogo social. Assim, as normas, numa sociedade, são intensificadas através da lei e, muitas vezes, pela utilização de várias sanções legais.

Tanto para Talcott Parsons como para Émile Durkheim, a base que fundamenta o sistema social como nos subsistemas é a continuidade, a conservação, a ordem, a harmonia e o equilíbrio. Contudo, a diferença entre Talcott Parsons e Émile Durkheim reside no aspecto coercitivo da sociedade frente ao indivíduo, eis que o primeiro menciona que é necessária uma complementação do sistema social e do sistema de personalidade, uma vez que ambos os sistemas tem necessidades básicas que podem ser resolvidas de forma complementar.¹⁶⁶

O ponto principal para análise da estrutura de qualquer sistema social é o seu padrão de valores que define a orientação básica do sistema em relação à situação em que opera. Na visão de Talcott Parsons, a família constitui apenas parcialmente uma organização que terá de ser um sistema de valor inferior,¹⁶⁷ pois faz parte integrante de um sistema de ordem mais elevada.

Segundo Talcott Parsons, os processos de industrialização segmentaram a família primeiro em razão de sua rede de parentesco, logo reduzindo o tamanho do grupo doméstico a uma família conjugal, com um reduzido número de filhos. Este grupo é uma unidade de residência e de consumo. Restam perdidas as suas funções de produção, suas funções políticas e religiosas. A função principal da família é socializar os filhos e, sobretudo, assegurar o equilíbrio psicológico dos adultos.

1.2.4 Visão de Philippe Ariès no que diz respeito às famílias

Philippe Ariès (1914-1984) contribuiu para os estudos sobre a família pois,

¹⁶⁶ Para Luhmann, Parsons trabalhou especificamente de modo juris-sociólogo, defendendo uma posição antiutilitarista. Para Parsons “a ação não era senão pelas normas, no sentido amplo do termo. A normatividade é de certa maneira a língua que organiza a sociedade ou os sistemas sociais. E o direito aparecia de qualquer forma do modo como ele se encontra”. (LUHMANN, Niklas. Banco de memória da teoria da sociologia do direito. Bielefeld, 7 jan. 2001. In: ARNAUD, André-Jean (org.); LOPES JÚNIOR, Dalmir (org.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Traduzido por Dalmir Lopes Júnior, Daniele Andréa da Silva Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 255-300. Entrevista concedida Pierre Guibentif, p. 265).

¹⁶⁷ “O sistema de valor da organização implica na aceitação básica dos valores mais generalizados do sistema superior, a não ser que se trate de uma organização divergente, não integrada no sistema superior”. (ETZIONI, Amitai. *Organizações Complexas: um estudo das organizações em face dos problemas sociais*. Traduzido por João Antônio de Castro Medeiros. São Paulo: Atlas, 1981, p. 47).

partindo da análise de obras de arte e literatura, defendeu idéias que focalizaram a infância, no que diz respeito às condições e à natureza histórica e social das crianças.

Com suas obras, rompe-se a idéia da imemorialidade de uma família patriarcal extensa, instaurando novos sentimentos da maternidade e da criança. O estudo possui duas linhas de raciocínio: a constatação da ausência do sentido da “infância”, sendo esta um estágio para o desenvolvimento humano; e a constatação de que este processo de definição da infância é um período distinto da vida adulta, abrindo espaço para a criança e para a família nas sociedades.

O autor examina o advento da família moderna através da infância e da vida sentimental, estudando a relação entre a escola e a família. Analisa a constituição da família a partir do final da Idade Média, e, quando enfrenta a questão do público e do privado, procura deixar claro que estas considerações não eram vistas como hoje na sociedade moderna.¹⁶⁸

Para Ariès, a família não é uma instituição natural uma vez que pode assumir configurações diferenciadas em sociedades ou grupos heterogêneos. A mutabilidade seria característica do grupo familiar e, em razão disto, não haveria definição de família. Salienta-se que o modelo nuclear de família somente se consolidou a partir do século XVIII.¹⁶⁹

¹⁶⁸ No final da Idade Média as atividades como o trabalho, o lazer e o convívio familiar, já não eram mais compartilhadas, elemento constitutivo do individualismo moderno. O homem, no anseio de se proteger, utiliza-se de dois recursos: “1) o direito de escolher mais livremente (ou pensar que assim escolhe) sua condição, seu estilo de vida; e 2) o recolhimento junto à família, transformada em refúgio, centro do espaço privado”. (ARIÈS, Philippe. Por uma História da Vida Privada. In: _____ (org.). et al. *História da Vida Privada: da Renascença ao Século das Luzes*. Traduzido por Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, v.3, p. 8).

¹⁶⁹ A partir do século XVIII, sob o influxo das meditações cartesianas, fundamentantes da concepção de ciência vigente dos termos modernos, surgiram as idéias do movimento do Direito Racional Jusnaturalista. Naquela época “sistema” coincidia com a idéia que se tem de um todo funcional composto por partes relacionadas entre si e articuladas de acordo com um princípio comum. (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da Ciência Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 31).

Na visão de Philippe Ariès, até século XII, não existia nenhum sentimento diferenciado do “ser criança”.¹⁷⁰ Por volta do século XIII, a criança começou a ser representada com características um pouco diferentes que foram se modificando durante os séculos XIV e XV, podendo indicar que elas participavam do cotidiano dos adultos. Até aproximadamente o século XVI¹⁷¹ não havia uma definição do que seria vida familiar, pois muitos hábitos eram realizados junto com toda a comunidade.¹⁷²

Segundo Philippe Ariès, o sentimento de família surgiu a partir do século XV, pois antes, a família era uma realidade moral e social, mais do que sentimental. Neste contexto, “a família quase não existia sentimentalmente entre os pobres, e, quando havia riqueza e ambição, o sentimento se inspirava no mesmo sentimento provocado pelas antigas relações de linhagem”.¹⁷³

Philippe Ariès interpreta que o sentimento de valorização da intimidade significou a incorporação do modelo de sociabilidade próprio do individualismo liberal, correlato à constituição do indivíduo ‘livre’ para competir no mercado. Logo, a

¹⁷⁰ “O sentimento da infância não significa o mesmo que afeição pelas crianças corresponde à consciência da particularidade infantil, essa particularidade que distingue essencialmente a criança do adulto, mesmo jovem”. (ARIÈS, Philippe. *História Social da Criança e da Família*. 2.ed. Traduzido por Dora Flaksman. Rio de Janeiro: LTC, 1981, p. 156).

¹⁷¹ “Em todo o lugar, mas especialmente no centro, a família camponesa transformou-se no núcleo de um grupo comunitário. O século XVI não apresenta, pelo menos aparente, uma ruptura com esses aspectos. As famílias burguesas e até mesmo as famílias camponesas adotam o modelo nobre: cada uma deseja colocar bem alto a honra de sua ‘casa’. Entretanto, a família se contrai. [...] Ariès insistiu, com muita propriedade, sobre o aparecimento do tema iconográfico da família: ‘o jantar da família’, a ‘Santa Família’, as cenas de família”. (ARNAUD, André-Jean. et al. *Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito*. Traduzido por Vicente de Paulo Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 337).

¹⁷² “A densidade social não deixava lugar para a família. Não que a família não existisse como realidade vivida: seria paradoxal contestá-la. Mas ela não existia como sentimento ou como valor”. (ARIÈS, Philippe. *História Social da Criança e da Família*. 2.ed. Traduzido por Dora Flaksman. Rio de Janeiro: LTC, 1981, p. 273).

¹⁷³ ARIÈS, Philippe. *História Social da Criança e da Família*. 2.ed. Traduzido por Dora Flaksman. Rio de Janeiro: LTC, 1981, p. 231. Assim, o movimento da vida coletiva arrastava numa mesma torrente as idades e as condições sociais, sem deixar a ninguém o tempo da solidão e da intimidade. Nessas existências densas e coletivas, não havia lugar para um setor privado. A família cumpria a função de assegurar a transmissão da vida, dos bens e dos nomes, mas não alcançava demasiadamente a sensibilidade. Os mitos desprezavam o casamento, enquanto as realidades como a aprendizagem das crianças alargavam o laço afetivo entre pais e filhos.

família moderna¹⁷⁴ “separa-se do mundo e opõe à sociedade o grupo solitário de pais e filhos. Toda a energia do grupo é consumida na promoção das crianças, cada uma em particular, e sem nenhuma ambição coletiva: as crianças, mais do que a família”.¹⁷⁵ Assim, com o tempo, a vida familiar estendeu-se a quase toda a coletividade, de tal modo que as pessoas se olvidaram de sua origem aristocrática e burguesa.

O autor menciona que os acontecimentos marcantes para uma mudança na composição dos espaços, tornando-os privados ou públicos, seria o novo papel do Estado, o desenvolvimento da alfabetização e ampliação do hábito da leitura com o surgimento da imprensa¹⁷⁶, e o surgimento de novas formas de religião.¹⁷⁷ Assim, no final do século XVI, houve uma mudança em relação com a criança, passando o homem a preocupar-se mais com a sua preservação, com as doenças, tratamentos e curas. Caracteriza-se esta primeira fase, pela conquista da intimidade individual que, na maioria das vezes, relaciona-se com o amor.

No século XVII, novas relações entre indivíduo e grupo se estabeleciam¹⁷⁸, tornando o indivíduo mais independente da família, surgindo a individualidade do sujeito.¹⁷⁹ Nesta segunda fase encontra-se a organização dos grupos de

¹⁷⁴ “A família moderna como família afectiva nasce de uma redefinição do lugar dos filhos, antes das relações de casal, desde pequenos: de elos da cadeia geracional que perpetua uma linhagem, ou de força de trabalho em miniatura e em formação, com objectivos em si, a centro afectivo e simbólico da própria afectividade familiar. Esta redefinição, enquanto modifica as relações, esconde também de forma diferente as diversas idades e o percurso do crescimento”. (SARACENO, Chiara. *Sociologia da Família*. Traduzido por M. F. Gonçalves de Azevedo. Lisboa: Estampa, 1997, p. 122)

¹⁷⁵ ARIÈS, Philippe. *História Social da Criança e da Família*. 2.ed. Traduzido por Dora Flaksman. Rio de Janeiro: LTC, 1981, p. 271.

¹⁷⁶ “É na relação familiar, com base no processo de comunicação, que o ser humano interioriza os elementos sócio-culturais do seu meio, através do processo de socialização e os integra na estrutura da sua personalidade, face às experiências vividas na e com a família e se adapta ao meio social”. (ROCHER, Guy. *Sociologia geral*. Lisboa: Presença, 1989, p. 126).

¹⁷⁷ ARIÈS, Philippe. Por uma História da Vida Privada. In: _____ (org.). et al. *História da Vida Privada: da Renascença ao Século das Luzes*. Traduzido por Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, v.3, p. 9.

¹⁷⁸ “A partir da segunda metade do século XVII, na família aristocrática, e sobretudo burguesa, privatizada, os filhos tornam-se cada vez mais o centro e o objecto de precisas atenções e estratégias educativas”. (SARACENO, Chiara. *Sociologia da Família*. Traduzido por M. F. Gonçalves de Azevedo. Lisboa: Estampa, 1997, p. 131).

¹⁷⁹ “A vida no passado, até o séc. XVII, era vivida em público”. (ARIÈS, Philippe. *História Social da Criança e da Família*. 2.ed. Traduzido por Dora Flaksman. Rio de Janeiro: LTC, 1981, p. 273).

convivialidade e é estabelecida a conversa, com alguém em particular, como modo de amenizar a solidão.

Deste modo, a família passa a desfrutar de um espaço mais íntimo, relacionando estas mudanças à inovação do local e à nova configuração da cidade. Destarte, existiram duas posições distintas em relação à criança: uma que a concebia como ser ingênuo - necessitando de mimos - e outra que esta estava em fase de crescimento - necessitando de educação e moralização, ou seja, da interferência do poder político e religioso na vida privada das famílias.¹⁸⁰ Continua dizendo o autor¹⁸¹:

No séc. XVIII a família começou a manter a sociedade à distância, a confiná-la a um espaço limitado, aquém de uma zona cada vez mais extensa de vida particular. A organização da casa passou a corresponder a essa nova preocupação de defesa nesse mundo.

Assim, “a partir do momento em que as crianças passaram a permanecer com suas famílias a escolarização deixou de ser exclusividade daqueles que deviam ingressar na vida religiosa, tornando-se o meio normal para a iniciação social e aprendizagem”.¹⁸² Conseqüentemente, a família e seus laços afetivos se intensificaram e concentraram-se em torno da criança, começando a surgir os sentimentos de igualdade.¹⁸³

¹⁸⁰ “A análise de Ariès segue duas linhas distintas, embora entrecruzadas: uma é o surgimento e progresso da domesticidade; a outra, o desenvolvimento da escola. São dois aspectos do mesmo processo, relacionado com a educação dos jovens para participar em uma sociedade não hierarquizada, profissionalizada, onde o status não era herdado mas precisava ser alcançado”. (CASEY, James. *A História da Família*. Traduzido por Sérgio Bath. São Paulo: Ática, 1992, p. 175).

¹⁸¹ ARIÈS, Philippe. *História Social da Criança e da Família*. 2.ed. Traduzido por Dora Flaksman. Rio de Janeiro: LTC, 1981, p. 265.

¹⁸² ZAMBERLAM, Cristina de Oliveira. *Os Novos Paradigmas da Família Contemporânea: uma perspectiva interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 15.

¹⁸³ “O clima sentimental era agora completamente diferente, mais próximo do nosso, como se a família moderna tivesse nascido ao mesmo tempo que a escola, ou, ao menos, que o hábito geral de educar as crianças na escola”. (ARIÈS, Philippe. *História Social da Criança e da Família*. 2.ed. Traduzido por Dora Flaksman. Rio de Janeiro: LTC, 1981, p. 232).

Nesta terceira etapa a família, como forma de vida cotidiana, torna-se lugar de refúgio, de afetividade e atenção. Com novas funções, a família acolhe e defende o indivíduo, separando-se do espaço público com o qual se comunicava.¹⁸⁴

Na modernidade, a família passa a existir enquanto valor e como uma sociedade fechada, onde seus membros gostam de permanecer e que é evocada com prazer, deixando de existir apenas como uma instituição do Direito Privado para a transmissão dos bens e do nome e “assumiu uma função moral e espiritual, passando a formar os corpos e as almas”.¹⁸⁵ Assim, a família moderna emerge com a retirada da sociabilidade do recinto doméstico. Os estudos deste sociólogo apresentam a argumentação empírica contra a identificação da família nuclear tomada como referência teórica pelos funcionalistas e sobre o predomínio de uma estrutura patriarcal extensa no passado.

1.2.5 Famílias contemporâneas na perspectiva de William Josiah Goode

William Josiah Goode (1917-2003), sociólogo especializado em família, apresenta uma definição de desorganização familiar dizendo que pode ser como “o colapso da unidade familiar, a dissolução ou fratura de uma estrutura de papéis sociais quando um ou mais membros deixam de desempenhar adequadamente as suas obrigações afetas aos papéis”.¹⁸⁶

A família, sendo uma instituição muito flexível, se transforma com o passar do tempo, mas esta transformação não é rápida.¹⁸⁷ O autor explorou um conjunto de conceitos com a ajuda de materiais históricos e antropológicos e contribuiu para o

¹⁸⁴ A família, a partir do século XIX passa, então, a ser lugar de refúgio, de afetividade, ou seja, um local onde se dão relações permeadas por sentimentos entre o casal e os filhos, adquirindo novas funções de absorver e defender o indivíduo. (BRUSCHINI, C. Teoria Crítica da família. In: AZEVEDO, Maria Amélia (org.); GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo (org.). *Infância e Violência Doméstica: fronteiras do conhecimento*. 2.ed. São Paulo: Cortez, 1997, p. 52).

¹⁸⁵ ARIÈS, Philippe. *História Social da Criança e da Família*. 2.ed. Traduzido por Dora Flaksman. Rio de Janeiro: LTC, 1981, p. 277.

¹⁸⁶ GOODE, William Josiah. *A Família*. Traduzido por Antônio Augusto Arantes Neto. São Paulo: Pioneira, 1970, p. 151.

¹⁸⁷ Neste sentido, “o sistema familiar não se transforma com rapidez, mas a tendência é a redução da família”, não desaparecendo, continuando sendo uma unidade econômica central. Assim, “a família continuará sendo importante econômica, social, psicológica e emocionalmente durante as próximas gerações”. (HINOJAL, Isidoro Alonso. *A Crise da Instituição Familiar*. Rio de Janeiro: Salvat, 1979, p. 9-12).

estudo da família. Percebe que o significado estratégico da família “deve ser encontrado em sua função de mediadora do ponto de vista da sociedade mais ampla, pois ela liga o indivíduo à estrutura social”.¹⁸⁸ Logo, a sociedade somente sobreviverá se os indivíduos forem motivados para servir as necessidades de produção, proteção, socialização¹⁸⁹, etc., ou seja, a família é a única instituição social formalmente desenvolvida em todas as sociedades e constituída de indivíduos que são integrantes de uma trama social mais ampla. Por meio disso, a sociedade pode retirar do indivíduo a sua contribuição necessária para manutenção do coletivo, sendo que, neste contexto, a família contribui para a sociedade com serviços de reprodução, manutenção física de seus membros, atribuição de “status” à criança, socialização e controle social. Para o autor:¹⁹⁰

O sistema da família conjugal específica, também, as obrigações decorrentes da posição de cada membro com muito menos detalhe que um sistema de família multiplicada no qual as tarefas de empresariado, liderança ou produção são atribuídas segundo a posição da família. Conseqüentemente, permitem-se mais amplas variações individuais no desempenho do papel da família, a fim de possibilitar os membros a adaptarem-se à série das possíveis exigências do sistema industrial bem como das de outros membros da família.

Assim, na medida em que todas as outras instituições dependem de sua contribuição, “a família é a base instrumental mais importante da estrutura social inclusiva, pois o desempenho de um papel que é aprendido na família se torna o modelo ou protótipo do desempenho dos papéis exigidos nos outros segmentos da sociedade”.¹⁹¹

¹⁸⁸ GOODE, William Josiah. *A Família*. Traduzido por Antônio Augusto Arantes Neto. São Paulo: Pioneira, 1970, p. 13. Na perspectiva do autor, a família é sempre tributária daquilo que é uma sociedade e, com isso, os valores e as normas vigentes numa sociedade são aquelas que regulam o modo de ser familiar.

¹⁸⁹ A conseqüência da socialização é a adaptação da pessoa ao meio social e neste processo o indivíduo reconhece-se nos outros e constrói a sua identidade.

¹⁹⁰ GOODE, William Josiah. *Revolução Mundial e Padrões de Família*. Traduzido por Leônidas Contijo de Carvalho. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1969, p. 21.

¹⁹¹ GOODE, William Josiah. *A Família*. Traduzido por Antônio Augusto Arantes Neto. São Paulo: Pioneira, 1970, p. 17.

William Josiah Goode entende que a família conjugal é tecnicamente um tipo ideal¹⁹² empregando essa estrutura conceitual como medida e modelo no exame das verdadeiras tendências do tempo ou dos padrões contemporâneos. De outro modo, dentro de um aspecto sociológico, a família é focalizada como instituição social considerando como sua única e peculiar característica o aspecto social da interação familiar. Refere William Josiah Goode:¹⁹³

Os sistemas familiares apresentam as características de legitimidade e autoridade, que não são categorias biológicas. Os valores relativos à família ou os direitos e deveres inerentes aos 'status' familiares, tais como o de pai ou de filha, não são categorias psicológicas, mas são peculiares ao nível teórico da sociologia. [...] A utilização de uma abordagem sociológica consiste deixar escapar algumas informações importantes sobre a interação familiar correta mas, por outro lado, ficando num determinado nível teórico, conduz a alguma sistematização, a algum rigor.

A família conjugal integra-se igualmente no sistema tecnológico moderno por causa de sua ênfase na emocionalidade, especialmente nas relações entre marido e mulher, pois, para William Josiah Goode,¹⁹⁴ a família tem “a tarefa de restaurar o equilíbrio emocional recíproco do individualismo em tal estrutura de funções”.

As transformações sociais e familiares resultam da ideologia do amor na visão do sociólogo. A partir da existência de uma maior autonomia existe uma maior concentração na relação conjugal, construindo, assim, um modelo matrimonial baseado na intimidade e da cumplicidade entre os cônjugues.

¹⁹² “O tipo ideal colide nitidamente com a realidade e a teoria num aspecto importante. Considerações teóricas sugerem que, sem a aplicação de pressão política, não se pode limitar a família em sua rede de parentes, como sugere a construção típica e ideal”. (GOODE, William Josiah. *Revolução Mundial e Padrões de Família*. Traduzido por Leônidas Contijo de Carvalho. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1969, p. 14).

¹⁹³ GOODE, William Josiah. *A Família*. Traduzido por Antônio Augusto Arantes Neto. São Paulo: Pioneira, 1970, p. 21.

¹⁹⁴ GOODE, William Josiah. *Revolução Mundial e Padrões de Família*. Traduzido por Leônidas Contijo de Carvalho. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1969, p. 20. Para o autor, a família desempenha determinadas funções sociais que se foram alterando ao longo dos tempos, sendo alvo de uma reestruturação funcional. A família, primeiramente, exercia a função de reprodução biológica, a função de socialização e a função econômica, o que modificou após a Revolução Industrial. Na era pré-industrial, a relação entre família e trabalho não se distinguia. Assim, as mudanças familiares correlacionam-se com as mudanças sociais.

Para avaliar a importância da família, William Josiah Goode¹⁹⁵ comenta que seria

necessário compreender, pelo menos, de que modo as relações sociais de parentesco mais elementares são utilizadas como se fôsem as pedras angulares de estruturas sociais mais complexas que desempenham tarefas importantes na sociedade.

William Josiah Goode cita que “a característica mais importante da construção típica e ideal da família conjugal é a relativa exclusão de grande parte dos parentes afins e consangüíneos dos negócios cotidianos”.¹⁹⁶ O autor percebe que o sistema familiar conjugal faz parte de um sistema maior, e a mudança tecnológica ou industrial é o grande fator da mudança familiar.

Após a Segunda Guerra Mundial notou-se uma grande regularidade empírica genérica, no sentido de que os sistemas familiares tradicionais estão desaparecendo. Discorre William Josiah Goode que, “desde que cada sistema inicia a partir de um ponto básico diferente, a direção da mudança em qualquer padrão familiar dado pode ser diferente”.¹⁹⁷ As mudanças das estruturas familiares, observadas em todo o mundo, sugerem que as variáveis sociais primordiais se encontram no processo de industrialização, pois, onde quer que se desencadeie tal processo, o sistema familiar move-se para um tipo de estrutura “conjugal” que tenha poucos liames de parentela com consangüíneos distantes, e que realce a unidade

¹⁹⁵ GOODE, William Josiah. *A Família*. Traduzido por Antônio Augusto Arantes Neto. São Paulo: Pioneira, 1970, p. 100.

¹⁹⁶ GOODE, William Josiah. *Revolução Mundial e Padrões de Família*. Traduzido por Leônidas Contijo de Carvalho. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1969, p. 11. William Josiah Goode define a desorganização da família como o fracionamento da unidade familiar, a dissolução ou quebra de uma estrutura de papéis sociais quando um ou vários membros não desempenham adequadamente as obrigações próprias de seu papel e enumera cinco tipos de desorganização, quais sejam: ilegitimidade, dissolução por divórcio anulatório, separação ou abandono, ‘família fora’ (empty shell family), ausência involuntária de um dos esposos e falhas involuntárias importantes no desempenho dos seus papéis. (GOODE, William Josiah. *The Family*. New Jersey: Prentice-Hall, 1964, p. 91-92).

¹⁹⁷ GOODE, William Josiah. *A Família*. Traduzido por Antônio Augusto Arantes Neto. São Paulo: Pioneira, 1970, p. 176.

nuclear composta de marido e mulher com a respectiva prole.¹⁹⁸ A maioria dos estudiosos, diante deste fenômeno cede à tentação de presumir que a industrialização constitua a variável independente e a mudança familiar a dependente.¹⁹⁹

Deste modo, a família é vista como componente da estrutura social global, sem, no entanto, deixar de apreendê-la na sua especificidade em face de outras instituições, pois ela atende a determinadas necessidades sociais, biológicas e culturais, sem deixar de reter as conexões da instituição familiar com outras instituições e com a sociedade em conjunto.

William Josiah Goode também comenta que “a importância da família como uma unidade do sistema de mobilidade social e, então, como um elemento que facilita a mudança social, também pode ser notada num outro acontecimento histórico importante: a Revolução Francesa”.²⁰⁰ Com isso, algumas famílias burguesas tornaram-se nobres e começaram a viver de acordo com o estilo do estrato mais elevado, transferindo, assim, a sua linha familiar para a nobreza.

Assim, William Josiah Goode detém-se nas bases biológicas da família, nos padrões de legitimidade e ilegitimidade de seus membros, nos padrões de seleção dos cônjuges e de casamento, nos diversos tipos de unidades domésticas, nos grupos organizados de descendentes, nas relações entre esposos e pais, nas conexões entre família e estratificação social, na dissolução dos sistemas familiares e nas mudanças dos sistemas de parentesco. Portanto, o conhecimento sociológico da família torna-se instrumento indispensável para enfrentar os problemas sociais.

¹⁹⁸ Para o autor não existe grande extensão na rede de parentes mencionando que “o local do domicílio do casal não mais será, em grande parte, determinado por sua família, visto que os laços são fracos. O casal terá uma residência ‘neolocal’, isto é, montará uma nova casa por ocasião do casamento. Isto, por sua vez, reforça a relativa independência, porque diminui a frequência da interação social com os parentes”. (GOODE, William Josiah. *Revolução Mundial e Padrões de Família*. Traduzido por Leônidas Contijo de Carvalho. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1969, p. 11).

¹⁹⁹ HOSELITZ, Bert F. (ed.); MOORE, Wilbert E. (ed.). *Industrialization and Society*. Mouton: UNESCO, 1970, p. 239.

²⁰⁰ GOODE, William Josiah. *A Família*. Traduzido por Antônio Augusto Arantes Neto. São Paulo: Pioneira, 1970, p. 189.

William Josiah Goode tem um esquema de argumentação parsoniano, mas não se relaciona de modo causal, as mudanças que se passam na família e na sociedade industrial.²⁰¹ Ao contrário, enfatiza que o processo de industrialização pode estar associado à família, tratando-se de uma relação complexa, pois depende de um conjunto maior de circunstâncias e fatores que são econômicos, culturais e circunstanciais.

Contudo, utilizando-se da teoria de Talcott Parsons, William Josiah Goode atribuiu uma contribuição empírica ao afirmar que a família conjugal emerge de forças sociais da industrialização e da urbanização.

²⁰¹ GOODE, William Josiah. *Revolução Mundial e Padrões de Família*. Traduzido por Leônidas Contijo de Carvalho. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1969, passim.

2 NORMATIZAÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES E NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

A partir do momento que a família se revela como uma realidade social, causadora dos mais variados fenômenos, se torna imprescindível destacar que, antes de qualquer ordenamento jurídico, evidentemente que esta se submete à determinados preceitos religiosos, morais, ou mesmo internos, de forma que o Direito sempre irá trabalhar com conceitos preexistentes, na tentativa de organizá-los.²⁰²

Assim, para entendermos a evolução do Direito de Família²⁰³, desde os primórdios da normatização das relações familiares até a atualidade, cumpre iniciar destacando o arrazoado por Antônio Carlos Wolkmer,²⁰⁴ quando este aduz que

²⁰² VIANA, Rui Geraldo Camargo. A família. In: _____ (org.); NERY, Rosa Maria de Andrade (org.). *Temas Atuais de Direito Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 46-48.

²⁰³ “Considerando-se o Direito não mais como um dado positivado nas normas jurídicas, mas como algo que se constrói dia após dia, admite-se a presença e a possibilidade da existência de espaços não envolvidos pelo Direito, ou de situações que com ele concorram, quebrando o monopólio da produção jurídica estatal”. (RAMOS, Carmem Lucia Silveira. Família constitucionalizada e pluralismo jurídico. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família na Travessia do Milênio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 64). Fustel de Coulanges declara que “o passado nunca morre totalmente para o homem. O homem pode esquecê-lo mas continua sempre a guardá-lo em seu interior, pois o seu estado tal como se apresenta em cada época é o produto e o resumo de todas as suas épocas anteriores. E se cada homem escutar a sua própria alma nela poderá encontrar e distinguir as diferentes épocas e o que cada uma dessas lhe legou”. (COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma*. Traduzido por Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975, p. 9). Neste sentido, ressalta-se o posicionamento de Pietro Perlingieri, para quem: “O estudo do direito - e portanto, do direito tradicionalmente definido ‘privado’ - não pode prescindir da análise da sociedade na sua historicidade local e universal, de maneira a permitir a individualização do papel e do significado da juridicidade na unidade e na complexidade do fenômeno social”. (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3.ed. Traduzido por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 1). Importante ressaltar, neste contexto, um trecho da obra de Guilherme Calmon Nogueira da Gama quando menciona que “a evolução da família, desde a época do Direito Romano, é fruto de uma série de influências das mais variadas, cumprindo assinalar que as modificações ainda encontram-se em andamento, bastando para tanto ser relembradas as discussões que vêm sendo travadas mundialmente e, particularmente no Brasil, envolvendo assuntos da maior relevância, inclusive, quanto à própria noção atual de família e as repercussões jurídicas daí decorrentes”. (GAMA, Guilherme Camon Nogueira da. *O Companheirismo: uma espécie de família*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 37).

²⁰⁴ WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 37.

as raízes e a evolução das instituições jurídicas só poderão realmente ser compreendidas na dinâmica das contradições e do processo de relações recíprocas, quer sob o reflexo de um passado colonial, patrimonialista e escravocrata, quer sob o impacto presente da dominação social de uma elite agrária, da hegemonia ideológica de um liberalismo conservador e da submissão econômica aos Estados centrais do capitalismo avançado. Ao analisar o processo de formação de nossas instituições e de seus atores sociais, verifica-se que a herança colonial (patrimonialismo e mentalidade conservadora) marcou profundamente o desenvolvimento posterior da sociedade brasileira.

A “herança colonial” referida pelo autor acima mencionado teve suas origens em meados do ano de 1532, quando se organizou econômica e civilmente a sociedade brasileira, a qual tinha como base fundamental a agricultura, e como condições de desenvolvimento a estabilidade patriarcal da família e a regularidade do trabalho por meio da escravidão²⁰⁵. Nesta época vigia um ordenamento jurídico posto pelos descobridores das terras, o qual permaneceu em vigor mesmo após a proclamação da Independência do Brasil, em 7 de setembro de 1822, pois em 20 de outubro de 1823 foi editado um Decreto que determinou a manutenção em nosso ordenamento jurídico das regras dispostas pelo Direito Português²⁰⁶, bem como pelo Direito Canônico²⁰⁷, o que ocorreu até a edição do Decreto n. 181, de 24 de janeiro

²⁰⁵ FREYRE, Gilberto. *Casa-Grande & Senzala*. 12.ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1963, p. 69.

²⁰⁶ É importante destacar que o Direito de Família Português teve influência do Direito Romano, do Direito Canônico e do Direito Bárbaro, sendo que, do Direito Romano herdou especialmente a forma quase patriarcal de família. (DANTAS, San Tiago. *Direitos de Família e das Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 65).

²⁰⁷ Podemos afirmar que, as primeiras normas reguladoras do Direito de Família conservavam regras trazidas do Direito Canônico, onde se distinguiam os fins primários e secundários do matrimônio, distinguindo assim, fins sociais e fins individuais deste. Como fins primários, a sociedade conjugal deveria se estabelecer para procriação e educação dos filhos, sendo proibido o casamento de pessoas impossibilitadas de procriar; e, como finalidade secundária, havia o objetivo da ajuda mútua e a união sexual. Rosana Amara Girardi Fachin refere que: “A ausência de um sistema jurídico unitário e positivado, após o ‘descobrimento’ do novo território pelos portugueses, e a diversidade de situações vivenciadas pelas hostis condições de colonização num processo de fusão de culturas muito diferentes da européia fizeram do Estado e da Igreja as instituições mais presentes na vida familiar indicando e ditando as regras para o campo público e para a vida privada”. (FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em Busca da Família do Novo Milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 27). Quanto à natureza jurídica do casamento, para o direito canônico, este tinha a natureza jurídica de um contrato, onde a troca de consentimento era indicativa da natureza contratual do ato, subordinando-se às regras e aos princípios a que está submetida à formação dos contratos. Esse acordo de vontades, contudo, não se rege nos seus efeitos pelas disposições relativas aos contratos de direito patrimonial, eis que, estabelecido o vínculo, as partes adquirem direitos e assumem obrigações, indeclináveis e irrenunciáveis, não podendo ser dissolvido pela vontade unilateral nem pelo mútuo consentimento. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito Civil: alguns aspectos da sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 254-256). Do mesmo modo, para o Direito Canônico somente as relações afetivas decorrentes do matrimônio entre homem e mulher eram reconhecidas e autorizadas, pois a Igreja elevava o casamento à instituição divina, transformando-o em sacramento.

de 1890,²⁰⁸ que estabeleceu as regras para o casamento civil.²⁰⁹

Embora a Constituição de 1824²¹⁰ dispusesse sobre a necessidade de organização de um Código Civil Brasileiro, inserindo no ordenamento as idéias do pensamento iluminista que inspirou a Revolução Francesa²¹¹, o conservadorismo dominante na sociedade imperial escravocrata da época impedia a efetiva implementação das influências emanadas pelo movimento de renovação legislativa, motivo pelo qual “malograram, no Império, três tentativas de codificação²¹²: a de Teixeira de Freitas (1859) a de Nabuco de Araújo (1872) e a de Felício dos Santos (1881)”.

²⁰⁸ Há autores que atribuem a Rui Barbosa a autoria do Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890. No entanto, San Tiago Dantas esclarece que Rui Barbosa redigiu somente o Decreto 119-A, de 7 de janeiro de 1890, que decretou a separação da Igreja do Estado. (DANTAS, San Tiago. *Direitos de Família e das Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 66).

²⁰⁹ Orlando Gomes afirma que o Direito de Família no Brasil “tem como fontes históricas o Direito Canônico e o Direito português, representado este sobretudo pelos costumes que os lusitanos trouxeram para o Brasil como seus colonizadores”. (GOMES, Orlando. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 54).

²¹⁰ Segundo Orlando Gomes: “A Constituição de 25 de março de 1824 prescreveu, no art. 179, n. XVIII, que se organizasse, quanto antes, um Código Civil, fundado nas sólidas bases da Justiça e da Equidade. A despeito de todas as tentativas feitas para o cumprimento dessa determinação, sobreveio a República, em 1889, sem se ter realizado a reforma legislativa de base, aspirada desde a proclamação da Independência. As Ordenações Filipinas, embora alteradas e completadas, sobreviveram à queda do Império, conservando a sua extraordinária vitalidade nos primeiros vinte e cinco anos do regime republicano. E assim completaram 314 anos de existência”. (GOMES, Orlando. *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*. Bahia: Universidade da Bahia, 1958, p. 13).

²¹¹ Sérgio Resende de Barros afirma que “a Revolução Francesa foi além da ordem política. Buscou revolucionar também a ordem das idéias. Nasceu aí um movimento intelectual chamado ideologia. Pretendeu fazer na ordem do pensamento a revolução que se fizera na ordenação do poder político. Visava a criar um mundo científico realmente novo, refazendo – com um novo fundamento racional – todas as ciências, inclusive a moral, a política e o direito”. (BARROS, Sérgio Resende de. *A ideologia do afeto*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 4. n. 14, p. 5-10, jul.-set. 2002, p. 5).

²¹² GOMES, Orlando. *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*. Bahia: Universidade da Bahia, 1958, p. 17. Rui Geraldo Camargo Viana sustenta que: “Codificar não é compilar, nem consolidar. Codificar é disciplinar de forma englobada, unificada, toda matéria referente a uma parte substancial do ordenamento jurídico, de modo que todas as relações jurídicas pertinentes à matéria codificada tenham tratamento unitário. É, portanto, consubstanciar em uma lei uma parte significativa do Direito”. (VIANA, Rui Geraldo Camargo. *A família*. In: _____ (org.); NERY, Rosa Maria de Andrade (org.). *Temas Atuais de Direito Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 49). Niklas Luhmann entende que “a codificação do sistema jurídico é dada por diferença do direito e do não direito e, a partir disso, os textos escritos sobre a reflexão interna do sistema podem ser mais precisos quanto a esse enunciado”. (LUHMANN, Niklas. *A restituição do Décimo Segundo Camelo: Do sentido de uma análise sociológica do Direito*. In: ARNAUD, André-Jean (org.); LOPES JÚNIOR, Dalmir (org.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Traduzido por Dalmir Lopes Júnior, Daniele Andréa da Silva Mão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 57).

Todavia, as influências francesas da Escola da Exegese²¹³ continuavam rompendo fronteiras, transformando os conceitos políticos e ideológicos de diversos países, notadamente quando, em 1804 entrou em vigor o Código Civil Francês²¹⁴ o qual, posteriormente, foi denominado de Código de Napoleão,²¹⁵ instrumento fundamental para a consolidação dos ideais revolucionários em um Direito simples e unitário, que estabeleceria, objetivamente, quais eram as leis universais e imutáveis que deveriam regular sua conduta.²¹⁶

Conforme lição de Francisco Amaral,²¹⁷ este movimento de *codicização*²¹⁸ pode ser resumido nas seguintes palavras:

²¹³ A Escola da Exegese, movimento ideológico que precedeu a edição do Código de Napoleão, “deve seu nome à técnica adotada pelos seus primeiros expoentes no estudo e exposição do Código de Napoleão, técnica que consiste em assumir pelo tratamento científico o mesmo sistema de distribuição da matéria seguido pelo legislador e, sem mais, em reduzir tal tratamento a um comentário, artigo por artigo, do próprio código”. (BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. Traduzido por Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995, p. 83). Deste modo, como elucida Marcelo Campos Galuppo, o que caracteriza a Escola da Exegese seria “o princípio segundo o qual ‘in claris cessat interpretatio’ a lei clara dispensa, segundo a Escola da Exegese, sua interpretação, precisando, então, somente ser aplicada”. (GALUPPO, Marcelo Campos. *O Direito Civil no contexto da superação do positivismo jurídico: a questão do sistema*. In: FIUZA, César (coord.); SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.); NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 170).

²¹⁴ Sobre o Código Civil Francês de 1804, convém ressaltar que foi a primeira das codificações modernas. Sua comissão foi formada por Napoleão Bonaparte e foi constituída por juristas práticos que trabalharam com os costumes, direito romano, as Ordenações Reais, Leis da Revolução, jurisprudência e doutrina, bem como direito canônico. Em 1807 o referido Código Civil passou a ser denominado como Código de Napoleão. (AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 122)

²¹⁵ O crime do Código de Napoleão, segundo a ideologia de Le Play, foi arruinar a família-tronco, substituindo-a por uma instituição de participação forçosa das sucessões e da limitação da liberdade testamentária. (BONNECASE, Julien. *La Filosofía del Código de Napoleón Aplicada al Derecho de Familia*. 2.ed. México: José M. Cajica Jr., 1945, p. 242-243).

²¹⁶ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. Traduzido por Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995, p. 65.

²¹⁷ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 120-121.

²¹⁸ Para José Castan Tobeñas, “a idéia de sistema liga-se diretamente à de codificação, agrupamento de normas jurídicas da mesma natureza em um corpo unitário e homogêneo. Distingue-se da compilação, mero ajuntamento de leis, geralmente por ordem cronológica, e da consolidação, que é a reunião de leis pelo critério da matéria, simplificando-se e apresentando-se no seu último estágio. Em senso estrito significa o processo de elaboração legislativa que marcou os séculos XVIII e XIX de acordo com os critérios específicos decorrentes do jusnaturalismo e do iluminismo, e que produziu os códigos, leis gerais e sistemáticas”. (TOBEÑAS, José Castan. *Derecho Civil Español, Común y Foral*. 9.ed. Madrid: Reus, 1985, p. 204). Ainda, convém mencionar que “o Código apresenta-se como um sistema de regras organicamente subordinadas e coordenadas, com pretensões de generalidade e plenitude, agrupadas em institutos e redigidas de modo conciso”. (MOZOS, José Luis De Los. *Derecho Civil Español*. Salamanca: Universidade Pontifícia, 1977, v.1, p. 190). Assim, Francisco Amaral afirma que “a codificação apresenta vantagens, como a de simplificar o sistema jurídico, facilitando o conhecimento e a palisação do direito, permitindo ainda elaborar os princípios gerais do ordenamento que ‘servirão de base para adaptar o direito à complexidade da vida real’, o que explica o triunfo da codificação nos três séculos”. (AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 121).

Em senso estrito, significa o processo de elaboração legislativa que marcou os séculos XVIII e XIX, de acordo com critérios científicos decorrentes dos jusnaturalismo e o iluminismo, e que produziu os códigos, leis gerais e sistemáticas.

Sua causa imediata é a necessidade de unificar e uniformizar a legislação vigente em determinada matéria, simplificando o direito e facilitando o seu conhecimento, dando-lhe ainda mais certeza e estabilidade. Eventualmente, constitui-se em instrumento de reforma de sociedade como reflexo da evolução social. Seu fundamento filosófico ou ideológico é o jusracionalismo, que vê nos códigos o instrumento de planejamento global da sociedade pela reordenação sistemática e inovadora da matéria jurídica, pelo que se afirma que os códigos jusnaturalistas foram atos de transformação revolucionária.²(vo)-421 Twrídica,

centro deste regramento, envolto pelos ideais de liberalismo e individualismo que permeavam o século XIX.²²²

Sobre o marco de início das transformações ocorridas naquela época em nosso ordenamento jurídico, Cláudio De Cicco²²³ registra a Revolução de 15 de novembro de 1889, esclarecendo que:

A Revolução de 15 de novembro de 1889 que, pacificamente, colocou um ponto final no reinado de D. Pedro II, inaugurando a era republicana, não foi apenas a substituição da forma de governo, monárquico e hereditário, pela forma de governo republicano e eletivo. [...] O Império tinha detrás de si não só os anos que decorreram entre 1822 e 1889, mas, pelo fato de ter representado uma continuidade dinástica que datava da Idade Média ou pelo menos de 1640 com a ascensão dos Bragança ao trono de Portugal, toda a longa tradição de mando e poder que tinha de certo modo 'fundado' a nacionalidade portuguesa, de que a brasileira se considerava de algum modo herdeira. A nova ordem de coisas implantada em 15 de novembro tinha uma motivação inteiramente diversa: a evolução, o progresso, sob a liderança de uma elite [...]

Com o advento da República, então, mais dois novos projetos do Código Civil Brasileiro foram propostos: o de Coelho Rodrigues, em 1890, que acabou sendo abandonado, e o de Clóvis Beviláqua, concluído em 1899,²²⁴ o qual resultou na primeira codificação civil do ordenamento jurídico brasileiro, comumente denominada de Código Civil Brasileiro de 1916.

²²² Carmem Lucia Silveira Ramos destaca que: "Preocupado em romper com o regime absolutista e seus privilégios de classe, eliminando, ao mesmo tempo, o que foi qualificado como o caráter dispersivo e inseguro do direito medieval, pelas peculiaridades de sua conotação pluralista, o liberalismo jurídico consagrou, no século XIX, a completude e unicidade do direito, que passou a ter como fonte única o Estado, com seu poder ideologicamente emanado do povo, a neutralidade das normas com relação a seu conteúdo, e a concepção do homem como sujeito abstrato, como os postulados fundamentais do Estado de Direito". (RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 4).

²²³ DE CICCIO, Cláudio. *Direito: tradição e modernidade*. São Paulo: Ícone, 1993, p. 115.

²²⁴ WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 89. Sobre este projeto de Clóvis Beviláqua, transformado na Lei n. 3.071 de 1916, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda refere que aprox

2.1 PRIMEIRA CODIFICAÇÃO E O “MODELO TRADICIONAL DE FAMÍLIA” PREVISTO

As relações jurídicas referentes à família brasileira foram reguladas, em sua origem, pelo Código Civil Brasileiro de 1916, o qual refletiu uma noção de família voltada para o modelo existente na transição do século XIX para o século XX.²²⁵ Este momento histórico nos remete ao Brasil Colônia, época em que a família, denominada tradicional ou clássica, estruturava-se sobre duas idéias básicas: a da família como base fundamental da sociedade e a do casamento como meio natural e legal para a constituição da família, que era definida como patriarcal, heterossexual, hierarquizada e matrimonializada.²²⁶

Segundo Gilberto Freyre:²²⁷

A família, não o indivíduo, nem tampouco o Estado nem nenhuma companhia de comércio, é desde o século XVI o grande fator colonizador no Brasil, a unidade produtiva, o capital que desbrava o solo, instala as fazendas, compra escravos, bois, ferramentas, a força social que se desdobra em política, constituindo-se na aristocracia colonial mais poderosa da América.

Sérgio Adorno²²⁸ também elucida a importância da família na sociedade brasileira daquela época, quando aduz:

²²⁵ Luiz Edson Fachin destaca que: “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 de patrimônio e de uma primeira base de aprendizado”. (FACHIN, Luiz Edson. *Elementos Críticos do Direito de Família*: curso de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 34).

²²⁶ Orlando Gomes mencionava que o modelo de família expresso no Código representava os interesses básicos de uma elite letrada, de uma sociedade ainda patriarcal, que não perdera seu caráter privatista, e tampouco se libertara da estreiteza do arcabouço econômico, apesar de golpeada com a abolição da escravatura. O Código Civil apreendeu um modelo de família representada pelos sentimentos e filosofia da classe senhoril - dominante na época. (GOMES, Orlando. *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*. Bahia: Universidade da Bahia, 1958, p. 33-34).

²²⁷ FREYRE, Gilberto. *Casa-Grande & Senzala*. 12.ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1963, p. 83.

²²⁸ ADORNO, Sérgio. educação e Patrimonialismo. In: MARTINS, Carlos Benedito (org.). *O Público e o Privado na Educação Brasileira Contemporânea*. Campinas: Centro de Estudos de Educação e Sociedade, 1991, p. 9.

Até meados do século XVIII, as cidades brasileiras retratavam a ordem colonial. Criadas por senhores rurais, habitadas por uma população heterogênea, constituída de proprietários, homens livre, pobres e cativos, eram ordenadas a partir da formação familiar. A construção das casas delimitava o espaço das ruas. O público estava invadido pelo privado. Não havia rigorosamente atividade social que não gravitasse às voltas do lar. O próprio comércio de produtos - que ocasionalmente não fossem produzidos nas unidades domésticas - dava-se às portas das casas. A cidade colonial reeditou a família em suas múltiplas formas de organização, tornando-se para o senhorio uma cidade familiar.

As famílias funcionavam como unidade de produção, sendo constituídas pelo pai, pela mãe e pela prole.²²⁹ Quanto mais numerosa a prole, mais força de trabalho e maiores condições de sobrevivência garantia para toda a família. O pai²³⁰ era considerado o chefe do grupo familiar, e somente a ele competia a tomada de decisões sobre questões pertinentes a este grupo, além dos direitos e dos deveres perante a sociedade, sendo que esta autoridade inibia qualquer atitude dos filhos e da esposa. Tinha a característica patriarcal, pois, como já mencionado, o homem era o chefe da família, exercendo total poder sobre os membros desta. Sua preocupação era com a unidade familiar, sendo que os sentimentos de seus membros eram relegados a um segundo plano. Conseqüentemente, a esposa e os filhos ocupavam posição de subordinação, de inferioridade no organismo familiar, o que determinava a desigualdade predominante.²³¹

²²⁹ Sérgio Buarque de Holanda sustenta que a família não era constituída apenas pelos laços consangüíneos, expondo que: “Nos domínios rurais é o tipo de família organizada segundo as normas clássicas do velho direito romano-canônico, mantidas na Península Ibérica através de inúmeras gerações, que prevalece como base e centro de toda a organização. Os escravos das plantações e das casas, e não somente escravos, como os agregados, dilatam o círculo familiar e, com ele, a autoridade imensa do pater-familias. Esse núcleo bem característico em tudo se comporta como seu modelo da antigüidade, em que a própria palavra ‘família’, derivada de *famulus*, se acha estreitamente vinculada à idéia de escravidão, e em que mesmo os filhos são apenas os membros livres do vasto corpo, inteiramente subordinado ao patriarca, os *liberti*”. (HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 17.ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1984, p. 49).

²³⁰ Destacando a importância da figura do pai naquela época, Elisabeth Roudinesco assinala que “o pai é aquele que toma posse do filho, primeiro porque seu sêmen marca o corpo deste, depois porque lhe dá seu nome. Transmite portanto ao filho um duplo patrimônio: o do sangue, que imprime uma semelhança, e o do nome – prenome e patronímico –, que confere uma identidade, na ausência de qualquer prova biológica e de qualquer conhecimento do papel respectivo dos ovários e dos espermatozoides no processo da concepção. Naturalmente, o pai é reputado pai na medida em que se supõe que a mãe lhe é absolutamente fiel”. (ROUDINESCO, Elisabeth. *A Família em Desordem*. Traduzido por André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 22).

²³¹ Não é novidade que o sistema patriarcal transformava os laços afetivos existentes entre homem e mulher em relações de poder. A partir da dominação econômica, exercida pelo marido sobre a mulher, ela introjeta sua inferioridade, traduzindo-se esta dependência psicológica em tendências masoquistas, frigidez e carência sexual, o que ela compensa afetivamente, na relação com os filhos, sobretudo, os filhos homens.

Esta desigualdade vinha expressamente indicada nos artigos do Código Civil Brasileiro de 1916 que tratavam dos direitos e deveres do marido e dos direitos e deveres da mulher, os quais elevavam o homem à categoria de “chefe da sociedade conjugal”, enquanto a mulher era apenas “companheira, consorte e auxiliar nos encargos de família”.²³²

Simone de Beauvoir²³³ descreve a posição da mulher e as desigualdades existentes entre os gêneros, quando refere que:

A mulher, em se casando, recebe como feudo uma parcela do mundo; garantias legais protegem-na contra os caprichos do homem; mas ela torna-se vassala dele. Economicamente ele é o chefe da comunidade, é portanto ele quem a encarna aos olhos da sociedade. Ela toma-lhe o nome, associa-se a seu culto, integra-se em sua classe, em seu meio; pertence à família dele, fica sendo sua ‘metade’. Segue para onde o trabalho dele a chama; é essencialmente de acordo com o lugar em que ele trabalha que se fixa o domicílio conjugal; mais ou menos brutalmente ela rompe com o passado, é anexada ao universo do esposo, dá-lhe sua pessoa, deve-lhe a virgindade e uma fidelidade rigorosa. E perde uma parte dos direitos que o código reconhece à celibatária.

A característica da matrimonialização decorre de que somente as famílias constituídas a partir do matrimônio válido eram erigidas a categoria de legítimas, e os filhos daí advindos eram também considerados legítimos.²³⁴

O Código Civil Brasileiro de 1916 repudiava as relações extramatrimoniais, manifestando seu inconformismo com a ausência de normas a respeito, e tornando ineficazes todos os atos praticados entre parceiros adúlteros, ao passo que eliminava a possibilidade de se extrair quaisquer conseqüências jurídicas de

²³² “O discurso tradicional, que justifica a exclusão das mulheres pela diferença de função entre os sexos, promove um fenômeno de compensação que deixar há sinais ao longo de todo o século XIX: excluem-se as mulheres da vida política em função da idealização do papel maternal. Se a maternidade fora utilizada para justificar a promoção política da mulher, agora fundamenta sua invalidação”. (TUBERT, Silvia. *Mulheres sem Sombra: maternidade e novas técnicas reprodutivas*. Traduzido por Graciela Rodriguez. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1996, p. 114-115).

²³³ BEAUVOIR, Simone de. *O Segundo Sexo: a experiência vivida*. 3.ed. Traduzido por Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980, v.2, p. 169.

²³⁴ Neste ponto reconhecemos claramente a influência do Direito Canônico na formação destes valores, sendo indiscutível a interferência da religião e da moral no estabelecimento dos vínculos familiares e na adoção das soluções legislativas. Pelo sistema codificado, a família legítima somente se constituía através do matrimônio válido, o que implicava afastar de qualquer proteção legal aos filhos de uniões não matrimonializadas. (BOEIRA, José Bernardo. *Investigação de Paternidade: posse de estado de filho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 19-20).

vínculos afetivos que não fosse o casamento.²³⁵ Portanto, somente aos filhos provenientes das uniões matrimonializadas eram conferidos o estatuto privilegiado da legitimidade, estes, gozando então de proteção legal.²³⁶ Aqueles filhos, porventura havidos fora do casamento, eram considerados ilegítimos, os quais, por não se enquadrarem no modelo emoldurado pelo sistema e por representarem uma ameaça a segurança da família, eram ignorados pelo ordenamento jurídico, sendo-lhes relegados a uma situação social marginalizada, e vedado qualquer espécie de proteção legal.²³⁷ Tal situação era legalmente justificada pela necessidade de manutenção da estabilidade e garantia da estrutura familiar, o que decorre, ainda, a aplicação da presunção *pater is est*, segundo a qual o filho da mulher casada tem por pai o marido desta, de tal forma que nem mesmo a confissão de adultério da esposa era capaz de afastar tal presunção.²³⁸

²³⁵ Este modelo de família codificado tinha por principal objetivo a proteção ao patrimônio formado por determinada entidade familiar. Cláudia Fonseca ressalta que a realidade social era diversa daquela juridicamente prevista: “Lembramos que os espaços onde se realizava a norma oficial eram tradicionalmente poucos. Se, num primeiro momento, historiadores acreditavam que a concubinação no Brasil colonial restringia-se principalmente à população negra, pesquisas recentes mostram que a união livre, assim como a mulher chefe-de-família, não eram de forma alguma privilégio exclusivo dos escravos e seus descendentes. Na sociedade brasileira, especialmente no século XIX, eram os matrimônios, e não a concubinação, que se realizavam num círculo limitado”. (FONSECA, Cláudia. Ser mãe, mulher e pobre. In: PRIORE, Mary del (org.). *História das Mulheres no Brasil*. São Paulo: Contexto, 1997, p. 528).

²³⁶ Gustavo Tepedino afirma: “A filiação, de acordo com o Código Civil Brasileiro qualificava-se como civil, quando derivada da adoção e, se oriunda da consangüinidade, legítima ou ilegítima. A primeira destas resultava do casamento válido; a segunda, da relação sexual extramatrimonial. Os filhos ilegítimos, por sua vez, eram considerados filhos naturais, quando derivados de relação extramatrimonial entre pessoas sem impedimento legal para o casamento; e chamados espúrios, se fruto de relação entre pessoas com impedimento legal para o casamento. a designação de filhos espúrios compreendia tanto os filhos adulterinos, isto é, oriundos de relação adulterina, onde pelo menos um dos pais, no momento da concepção, se encontrava casado com terceira pessoa, como os filhos incestuosos, provenientes de relação sexual entre parentes próximos”. (TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Direitos de Família e do Menor: inovações e tendências, doutrina e jurisprudência*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 225-226).

²³⁷ As famílias integrantes da classe social da elite do século XIX e início do século XX geravam proles numerosas, sendo que os filhos homens eram mais valorizados que as filhas mulheres, uma vez que viabilizavam a perpetuação do nome da família e a condição de classe. Para as famílias, gerar uma prole numerosa significava dar sua contribuição à sociedade, fortalecendo a rede de parentesco consangüíneo e, por afinidade, as suas estratégias de ajuda mútua.

²³⁸ Esta presunção, baseada exclusivamente no fato de alguém haver nascido no seio de uma família constituída pelo sagrado laço do matrimônio, buscava prestigiar a família constituída pelo casamento, preservando com isto a “paz das famílias”, aceita como único reduto em que era possível a procriação. (VELOSO, Zeno. *Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 13).

Ao dissertar sobre o tema, Luiz Edson Fachin²³⁹ salienta que:

O Código Civil, mesmo alargando o universo de aplicação da regra *pater is est* (compreendendo como legítimos os filhos nascidos durante o casamento, os concebidos antes do matrimônio e os nascidos após o matrimônio, num período determinado), fixou-se de modo firme na proteção da legitimidade da filiação, com indisfarçável desvantagem aos filhos ilegítimos. Cede o Código tão-somente quando determinadas circunstâncias, dadas *a priori*, se apresentarem, e ainda se, e apenas se, o marido desejar utilizar-se de sua prerrogativa e contestar a paternidade.

A questão do patrimônio era um assunto que influenciava demais nas relações familiares e toda a sociedade, haja vista que o Código Civil Brasileiro de 1916 se mostrava totalmente influenciado pela questão, relegando a segundo plano o indivíduo enquanto sujeito de direitos decorrentes das relações jurídicas entabuladas.²⁴⁰

A família da época era fundada nas relações estritamente econômicas, onde o patrimônio possuía muito mais importância do que a própria família, visto que a determinação dos parceiros para o casamento era feita pelos pais de ambos os nubentes, e não por estes, sucumbindo a *affectio*.

O Código Civil Brasileiro de 1916 manteve a previsão do regime dotal para os casamentos, muito utilizado entre as famílias imperiais ou nobres. Neste regime, o varão recebia da mulher, ou de alguém por ela, uma porção de bens, intitulados de dote, para que, dos rendimentos deles, possa o marido “tirar subsídio à sustentação,

²³⁹ FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992, p. 33.

²⁴⁰ Gustavo Tepedino refere que: “O Código Civil, como se sabe, quando entrou em vigor, em 1917, refletia o pensamento dominante das elites européias do século XIX, consubstanciado no individualismo e no liberalismo jurídicos. O indivíduo, considerado sujeito de direito por sua capacidade de ser titular de relações patrimoniais, deveria ter plena liberdade para a apropriação, de tal sorte que o direito civil se estruturava a partir de dois grandes alicerces, o contrato e a propriedade, instrumentos que asseguravam o tráfego jurídico com vistas à aquisição e à manutenção do patrimônio”. (TEPEDINO, Gustavo. *A Constitucionalização do Direito Civil: perspectivas interpretativas diante do novo código*. In: FIUZA, César (coord.); SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.); NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 116).

dos encargos matrimoniais, sob a condição de restituí-lo depois de dissolvida a sociedade conjugal”.²⁴¹

Arnaldo Rizzardo²⁴² destaca, a respeito do regime dotal de bens, que, “em primeiro lugar, diante do art. 289, assegura-se ao marido o direito de administrar o patrimônio dotal, de perceber seus frutos e de usar das ações judiciais que forem necessárias”, o que demonstrava a total supremacia do homem sobre a mulher.

Desta forma se reporta Zeno Veloso,²⁴³ quando afirma que:

O declínio do regime dotal é conseqüência da ascensão da mulher na sociedade, de sua participação, cada vez mais efetiva, na atividade econômica, da equiparação entre ela e o marido, deixando este de ser o chefe e senhor da sociedade conjugal, nem tendo mais o dever de, sozinho,

enquanto que, à mulher, incumbia apenas desempenhar o papel de esposa e mãe, sendo para ela destinadas somente tarefas domésticas.²⁴⁴

O Direito reconhecia à mulher condições inferiores intrínsecas, confirmando a tendência conservadora que consagrava a superioridade do homem, investindo este de poderes autoritários sobre a pessoa e sobre o patrimônio da mulher e dos filhos, como relata Florisa Verucci:²⁴⁵

O marido era o chefe da sociedade conjugal e o administrador exclusivo dos bens do casal, e somente ele tinha o direito de fixar o domicílio da família, do qual, se se afastasse por qualquer motivo a mulher poderia ser acusada de abandono do lar, com perda do direito a alimentos e até à guarda dos filhos. [...] [a mulher] Não podia trabalhar sem sua autorização. No desquite litigioso, o marido só estava obrigado a lhe prestar alimentos se a mulher fosse inocente e pobre. Os bens particulares da mulher também respondiam pelas dívidas do marido.

Os filhos, atendo-se ao dever de respeito ao pai, também sentiam o poder paterno na direção de suas vidas, devendo submeter suas escolhas, tanto profissionais como amorosas, às necessidades familiares.

O pátrio poder era exercido exclusivamente pelo pai, e somente quanto aos filhos legítimos, cabendo a este a administração dos bens destes, sendo inerente a esse exercício o usufruto de tais bens. Somente subsidiariamente, na falta ou impedimento do marido, era deferido à mãe o exercício do pátrio poder.

Esse condicionamento dos integrantes da família patriarcal em conduzirem suas vidas em função da proteção dos interesses da mesma revela um organismo dotado de caráter transpessoal, preocupado principalmente com sua continuidade, pelo qual a família existia para além das pessoas, e sua manutenção como

²⁴⁴ “Como regra geral, a Igreja continuou a defender nesse período uma nítida divisão de funções para o homem e para a mulher. Enquanto ao primeiro competia, fundamentalmente, a sustentação econômica da família, mediante o trabalho profissional fora de casa, a tarefa específica da mulher era a educação dos filhos menores, com atividades restritas ao âmbito do lar”. (AZZI, Riolando. *Família, mulher e sexualidade na Igreja do Brasil (1930-1964)*. In: MARCÍLIO, Maria Luiza (org.). *Família, Mulher, Sexualidade e Igreja na História do Brasil*. São Paulo: Loyola, 1993, p. 103-104).

²⁴⁵ VERUCCI, Florisa. *A Mulher do Direito de Família Brasileiro: uma história que não acabou*. Brasília: Teotônio Vilela, 1999, p. 14.

instituição era reconhecida como finalidade superior, prevalecendo sobre as aspirações dos membros que a compunham²⁴⁶.

Sobre a supremacia masculina e a importância da tradição mantida pelas famílias, afirma Luiz Edson Fachin:²⁴⁷

Na verdade, quando a família clássica atribui poderes ao pai, à primeira vista, está colocando a supremacia do homem na relação conjugal. Mas, num segundo momento, verifica-se que o interesse maior a ser tutelado não é o do marido, e sim o da família enquanto instituição.

No modelo codificado original, vigia o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial, onde somente era possível se anular um casamento, mas nunca dissolvê-lo, pois a dissolução era admitida somente com a morte de um dos cônjuges.²⁴⁸ A única alternativa para os cônjuges que não mais conseguissem manter o relacionamento era o desquite, rigidamente vinculado ao sistema da culpa e a causas especificadamente previstas, que colocava fim à comunhão de vida sem quebra do vínculo matrimonial, o que impedia os ex-cônjuges de realizarem novo enlace matrimonial.²⁴⁹

²⁴⁶ Mário José Filho destaca que: “No Brasil colonial e imperial, na época dos grandes engenhos de açúcar e das plantações de café, a chamada família patriarcal – modelo predominante, principalmente nas classes sociais abastadas – era fruto de interesses econômicos e políticos. O casamento intimamente ligado às questões de ‘status’, destacava a importância da fortuna e da pureza de sangue. A família, longe de constituir um espaço de procriação ou satisfação sexual uma vez que geralmente isso acontecia fora do espaço familiar – era formada não necessariamente com base em relações afetivas, e sim, na tentativa de aumentar os privilégios e poder. Nesse período, então, eram freqüentes as uniões com fortes matizes incestuosos, primos entre si, tios e sobrinhos”. (JOSÉ FILHO, Mário. *A Família como Espaço Privilegiado para a Construção da Cidadania*. Franca: UNESP, 2002, p. 28).

²⁴⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos Críticos do Direito de Família*: curso de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 33.

²⁴⁸ Por influência do Direito Canônico foi estabelecido no Código Civil Brasileiro de 1916 a indissolubilidade do matrimônio, pois consideravam que o homem não poderia interferir no sacramento realizado por obra divina. Ademais, o Direito Canônico também foi responsável pela criação da doutrina que estabelecia os impedimentos matrimoniais, adotada pelo Código Civil Brasileiro de 1916.

²⁴⁹ Riolando Azzi afirma que “a manutenção da família dentro de uma estrutura conservadora fazia parte do esforço global da Igreja para evitar qualquer alteração significativa na ordem social vigente no país. [...] Assim sendo, pode-se afirmar que, durante toda a primeira metade do século XX, a Igreja colocou a preservação dos valores morais da família como uma de suas metas prioritárias, propugnando por uma ordem social conservadora que impedisse quanto possível as transformações sociais em marcha no país”. (AZZI, Riolando. *Família, mulher e sexualidade na Igreja do Brasil (1930-1964)*. In: MARCÍLIO, Maria Luiza (org.). *Família, Mulher, Sexualidade e Igreja na História do Brasil*. São Paulo: Loyola, 1993, p. 110-111).

Frente a estes impedimentos de constituição de nova família por meio do casamento, surgiu uma tendência de constituição de família pelo concubinato, onde os desquitados estruturavam suas novas famílias com base na vontade de permanecerem juntos pelo afeto mútuo.

Desta forma, podemos verificar que o modelo emoldurado pelo Código Civil Brasileiro de 1916 demonstrava que a família desta época era basicamente uma unidade criada para fins econômicos, políticos, culturais e religiosos, que asseguravam, por meio de todas suas funções, a estabilidade do Estado.²⁵⁰

Enquanto que as relações estabelecidas no âmbito da autonomia da vontade ficavam restritas ao Direito Privado, as relações em que o Estado poderia intervir eram exclusivamente de Direito Público, marcando-se de forma definitiva esta separação.

2.2 DICOTOMIA ESTABELECIDADA ENTRE O DIREITO PÚBLICO E O DIREITO PRIVADO

Com a promulgação do Código Civil Brasileiro de 1916,²⁵¹ restou consagrada

²⁵⁰ Rosana Amara Girardi Fachin destaca o nascimento do Direito de Família brasileiro com as seguintes palavras: “No Brasil, o nascimento desse Direito de Família, gestado na Colônia e embalado pelo Código Civil, se dá pelo atestado de exclusão que separa as pessoas e instituições na sociedade. Eis aí o primeiro degrau daquele abismo originariamente apontado, isto é, o afastamento entre o sistema jurídico e a maioria da população. A ele se adiciona um segundo degrau, qual seja, a distância, compreendida dentro do próprio Direito, entre o discurso formal e a realização desses direitos. Nesta perspectiva de historicidade, a busca das novas relações familiares sugere um repensar da intervenção do Judiciário nos litígios de família”. (FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em Busca da Família do Novo Milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 32-33).

²⁵¹ Ludwig Raiser afirma que o movimento oitocentista de codificação assentou esta concepção dicotômica quando aduz que: “Solo la dottrina ottocentesca portò a compimento questo processo, elevando ad assioma la bipartizione dell’ordinamento in diritto pubblico e diritto privato. Questa suddivisione rispondeva alla necessita di una sistemazione scientifica, ma fu determinata anche dal forte influsso del liberalismo politico-economico. Il diritto privato fu così associato al regno apolitico dell’economia, mentre il diritto pubblico fu definito come diritto della Costituzione e dell’apparato amministrativo”. (RAISER, Ludwig. *Il Compito del Diritto Privato*. Traduzido por Marta Graziadei. Milão: Giuffrè, 1990, p. 223). Tradução livre: “Somente a doutrina oitocentista carregou o cumprimento deste processo, elevando o axioma da bipartição do ordenamento em direito público e direito privado. Esta subdivisão respondeu a necessidade de uma sistematização científica, mas foi determinada também pela influência forte do liberalismo político-econômico. O direito privado conseqüentemente era associado ao reino apolítico da economia, quando o direito público era definido como direito da Constituição e do instrumento administrativo”.

perante o ordenamento jurídico brasileiro a efetiva separação entre o Direito Privado²⁵² e o Direito Público²⁵³, restando ao primeiro, representado pela nova codificação, regular todas as relações jurídicas entabuladas entre os particulares, enquanto que ao segundo, representado pela Constituição Federal da época, restou expressar a vinculação entre o Estado e os indivíduos.²⁵⁴

Para contextualizar melhor a distinção entre o Direito Público e o Direito Privado convém ressaltar o entendimento consagrado por Hans Kelsen²⁵⁵, para quem o Direito Privado representa uma relação entre sujeitos em posição de igualdade, enquanto que o Direito Público representa uma relação entre um sujeito

²⁵² Convém ressaltar o entendimento de André-Jean Arnaud quando menciona que “ao direito privado pertence o direito civil (núcleo originário do conjunto do direito civil), e os ramos especializados que dele provieram historicamente, e que dizem respeito, notadamente, ao comércio de terra, de mar e ao comércio aéreo, às questões rurais de trabalho, etc. Estão vinculados ao direito público as matérias constitucionais e administrativas, financeiras e processuais. O direito penal e o direito criminal têm sido vinculados, ao sabor da história, a uma ou a outra ordem.” (ARNAUD, André-Jean. et al. *Diccionario Enciclopédico de Teoria e de Sociología do Direito*. Traduzido por Vicente de Paulo Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 267). As relações privadas e intersubjetivas são estruturadas a partir de uma concepção de propriedade absoluta e de plena liberdade contratual nos Códigos Civis.

²⁵³ Nelson Godoy Bassil Dowe define Direito Público como normas em que o Estado toma parte, ou seja, “regulam as relações em que o Poder Público (a União, o Estado membro, o município e suas respectivas autarquias) é parte”. (DOWE, Nelson Godoy Brasil. *Instituições de direito público e privado*. São Paulo: Nelpa, 1999, p. 5).

²⁵⁴ Jeni Vaitsman afirma que “Parsons e Bales interpretam a dicotomia entre público e privado a partir dos conceitos de papéis instrumentais e expressivos. Os primeiros associados aos homens, ao mundo público e ao trabalho remunerado necessário para atender às necessidades materiais da família. Os segundos associam-se às mulheres e às crianças, ao mundo privado do trabalho doméstico e à satisfação das necessidades afetivas da família”. (VAITSMAN, Jeni. *Flexíveis e Plurais: identidade, casamento e família em circunstâncias pós-modernas*. Rio de Janeiro: Rocco, 1994, p. 15-16). Ao iniciar seu estudo sobre a Teoria Geral do Direito Civil, Carlos Alberto Bittar descreve as diferenças entre o Direito Público e o Direito Privado da seguinte forma: “Nas relações de Direito Público, intervém o Estado e entidades reconhecidas como públicas, em que, diante do respectivo poder de império (ius imperii), há posição de prevalência ou situação de imposição ou de exigência, a que se submete o particular. Não há, portanto, paridade no elo relacional. Já no âmbito privado, as relações desencadeiam-se entre entes incluídos em um mesmo plano, sob a disciplina geral do Direito Civil, enquanto algumas, diante das particularidades de que se revestem, ganham colorações próprias em diferentes ramos especiais”. (BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 4). A distinção entre o público e o privado também é referida por Evaristo de Moraes Filho, quando este refere: “A dicotomia pode ser prática e cômoda para o uso comum dos juristas, mas em realidade, em face da ciência, não pode subsistir. Todo direito é privado, se se levar em conta que são sempre os indivíduos que estão em causa e agem; mas, sobretudo, todo direito é público, neste sentido que ele é uma função social e que todos os indivíduos são, ainda que a títulos diversos, funcionários da sociedade”. (MORAES FILHO, Evaristo de. *O Problema de uma Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 127). Assim, pode-se dizer que a distinção entre privado e público está em profunda crise, pois em uma sociedade complexa como a atual é tarefa bastante difícil localizar um interesse privado que seja completamente autônomo, independente, isolado do interesse público.

²⁵⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6.ed. Traduzido por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 310-311.

supra-ordenado e um sujeito subordinado. Deste modo, “a distinção entre Direito privado e público tem tendência em assumir um significado de uma oposição entre Direito e poder não jurídico e semi-jurídico, e, especialmente, de um contraste entre Direito e Estado”.²⁵⁶

Destaca-se, ainda, o referido por Norberto Bobbio²⁵⁷ quando aduz que

podemos corretamente falar de uma grande dicotomia quando nos encontramos diante de uma distinção da qual se possa demonstrar a capacidade de: a) dividir um universo em duas esferas, conjuntamente exaustivas, no sentido de que todos os entes daquele universo nelas tenham lugar, sem nenhuma exclusão, e reciprocamente exclusivas, no sentido de que um ente compreendido na primeira não pode ser simultaneamente compreendido pela segunda; b) de estabelecer uma divisão que é ao mesmo tempo total, enquanto todos os entes nela tenha lugar, e principalmente, enquanto tende a fazer convergir em sua direção outras dicotomias que se tornam, em relação a ela, secundárias.

Desta forma, embora não haja um consenso sobre as características diferenciadoras, pode-se perceber claramente que o Direito Público remetia ao âmbito da coletividade e ao exercício do poder, enquanto que o Direito Privado se

²⁵⁶ GIRARDI, Viviane. *Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 38. Anna Elisabetta Galeotti já afirmava que: “A distinção entre público e privado é outra constante do pensamento liberal, embora variem as interpretações da caracterização, da extensão e das tarefas da esfera pública em relação à privada. O status de cidadão/cidadã é conferido aos indivíduos pertencentes à unidade política em questão enquanto membros da esfera pública, política, ou seja, participantes com igual dignidade da administração da cidade, segundo os procedimentos e as diversas formas previstas pelo ordenamento; objeto das decisões e dos provimentos públicos são, portanto, questões que dizem respeito a cada um enquanto cidadão/cidadã, na qualidade de membro da esfera pública. Grande parte da história dos direitos de cidadania coincide com a capacidade, por parte de grupos organizados do público, de redefinir questões ‘privadas’ como objetos próprios da agenda pública”. (GALEOTTI, Anna Elisabetta. *Cidadania e diferença de gênero: o problema da dupla lealdade*. In: BONACCHI, Gabriela (org.); GROPPI, Angela (org.). *O Dilema da Cidadania: direitos e deveres das mulheres*. Traduzido por Álvaro Lorencini. São Paulo: UNESP, 1995, p. 238). Buscando estabelecer a diferenciação entre Direito Público e Direito Privado, Michele Costa da Silveira acrescenta que, “baseado na diversa função das normas jurídicas, surgiram várias construções, como aquelas que assumem como critério de distinção a contraposição entre os conceitos de obrigatoriedade e liberdade. A norma de direito público seria caracterizada pela obrigatoriedade, enquanto limitadora do arbítrio do indivíduo. A de direito privado, ao contrário, pela liberdade, à medida que propicia ao sujeito um espaço mais ou menos amplo, em que ele pode agir dentro de um âmbito de licitude. O direito público seria a parte do ordenamento jurídico que depende do próprio ordenamento e do Estado, ao passo que o direito privado seria aquela parte que o mesmo direito público, limitando-se, reserva uma esfera lícita de atuação ao sujeito”. (SILVEIRA, Michele Costa da. *As grandes metáforas da bipolaridade*. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 23-24).

²⁵⁷ BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política*. 3.ed. Traduzido por Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1990, p. 13-14.

relacionava exclusivamente com as relações entabuladas no âmbito particular da vida dos indivíduos. Como consequência, esta diferenciação deixava sobressair a tese da supremacia da esfera do público sobre o privado decorrente do processo de fortalecimento do Estado Liberal²⁵⁸, ao qual incumbiria regular todas as possíveis relações entre particulares dentro de um código, sem que houvesse a necessidade de intervenção do Direito Público sobre o Direito Privado, como forma de preservar a autonomia dos indivíduos.²⁵⁹

A finalidade precípua do estabelecimento de uma codificação civil então, era criar um conjunto normativo que disciplinasse todos os fatos possíveis da vida social do indivíduo, de forma que ao consultá-lo, à luz de determinada situação concreta, fosse possível detectar todos os efeitos jurídicos aplicáveis, sem que houvesse necessidade do acréscimo de alguma interpretação ao texto legal que não a puramente literal.²⁶⁰

No entender de Ricardo Luis Lorenzetti:²⁶¹

²⁵⁸ Paulo Luiz Netto Lôbo afirma que: “O constitucionalismo e a codificação (especialmente os códigos civis) são contemporâneos ao advento do Estado Liberal e da afirmação do individualismo jurídico. Cada um cumpriu seu papel: um, o de limitar profundamente o Estado e o poder político (Constituição), a outra, o de assegurar o mais amplo espaço de autonomia aos indivíduos, nomeadamente no campo econômico (codificação)”. (LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Constitucionalização do Direito Civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 141, p. 99-109, jan.-mar. 1999, p. 101).

²⁵⁹ Na tentativa de definir a questão da autonomia privada, Pietro Perlingieri aduz que: “Querendo tentar uma definição inicial e considerando-a como mero ponto de partida para os sucessivos desenvolvimentos críticos, pode-se entender por ‘autonomia privada’, em geral, o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas como consequência de comportamentos – em qualquer medida – livremente assumidos”. (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3.ed. Traduzido por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 17).

²⁶⁰ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Constituição e Codificação: primórdios do binômio. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 61-62. Francisco dos Santos Amaral Neto afirma que a codificação das leis motivou a tecnicização da ciência jurídica e a desresponsabilização dos juristas, no sentido de que as atividades resumiram-se em ser apenas “técnico-cognoscitiva”, e não mais “prático-valorativa”. Este processo almejava a simplificação do direito, com a exclusão de matérias de outra natureza e implicava na unificação do sujeito de direito, superando todas as diferenças subjetivas decorrentes da diversidade de classes sociais, da profissão, da religião, da raça, do sexo, do estado familiar, etc. (AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Descodificação do Direito Civil. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 16, 1996, Fortaleza. *Anais*. Brasília: OAB, 1996, p. 510-511).

²⁶¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. Traduzido por Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 125.

O Código constitui-se em um reflexo da criação do Estado Nacional; sua pretensão era ordenar as condutas jurídico-privadas dos cidadãos de forma igualitária; uma só norma, aplicável por igual, a todos os cidadãos, sejam nacionais ou estrangeiros [...]. Por fim, significou o Código uma garantia de separação entre a sociedade civil e o Estado.

Destaca Luiz Edson Fachin²⁶² que a estrutura deste sistema clássico de Direito Privado estava centrada em três pilares fundamentais: o contrato (“expressão mais acabada da suposta autonomia da vontade”), a família (“organização social essencial à base do sistema”), e os modos de apropriação (“nomeadamente a posse e a propriedade, como títulos explicativos da relação entre as pessoas e sobre as coisas”).²⁶³ Este modelo demonstrava claramente os ideais de liberalismo e individualismo dominante nas relações privadas do século XVIII e XIX, pois explicitamente fundado no princípio da autonomia da vontade,²⁶⁴ donde se extrai a idéia de liberdade e a regra da não ingerência do poder público, notadamente no âmbito da esfera familiar de cada indivíduo, onde se destacava o poder absoluto do marido-pai, “chefe da família”.²⁶⁵

²⁶² FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 12-13.

²⁶³ Sobrepôs o legislador o caráter de linhagem, preocupado com a estabilidade do grupo familiar, ostentado em traços berrantes; quais sejam, aqueles pautados na conservação do patrimônio formado pelo chefe de família, fortalecendo o clã parental e excluindo-se por sua vez, os que dele não fazem parte. (GOMES, Orlando. *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*. Bahia: Universidade da Bahia, 1958, p. 26).

²⁶⁴ Judith Martins-Costa sustenta que: “Autonomia da vontade’ designa uma construção ideológica, datada dos finais do século passado por alguns juristas para opor-se aos excessos do liberalismo econômico [...]. Para o sucesso desta construção, foram adotados e distorcidos alguns dos postulados kantianos atinentes à ‘liberdade individual’, liberdade natural e moral de querer ou de determinar-se de tal ou qual modo, identificando-se a busca do fundamento do poder objetivamente reconhecido aos sujeitos, pelo ordenamento, de criar normas jurídicas (‘poder negocial’), com a vontade real ou psicológica dos sujeitos para criar normas jurídicas, vontade quem nesta acepção, seria a raiz ou causa dos efeitos jurídicos”. (MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo. In: _____ (org.). *A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 615).

²⁶⁵ Para Paulo Luiz Netto Lôbo, o Estado liberal concretizou o ideário iluminista da liberdade e igualdade dos indivíduos, sendo esta liberdade estava diretamente voltada à aquisição, domínio e transmissão da propriedade, enquanto que a igualdade atinha-se a seu aspecto formal, pois abstraía os sujeitos de direito de suas condições materiais ou existenciais. Entretanto, refere o autor que “a família, nas grandes codificações liberais, permaneceu no obscurantismo pré-iluminista, não se lhe aplicando os princípios da liberdade ou da igualdade, porque, para a ideologia liberal burguesa, ela era concebida como unidade de sustentação do *status quo*, desconsiderando as pessoas humanas que a integravam”. (LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 6, n. 24, p. 136-156, jun.-jul. 2004, p. 140-141).

A família era sopesada como uma realidade privada, relevante apenas para seus membros. Contudo, a família “não é apenas um bem particular, isto é, um ‘mundo privado’, mas configura um espaço público, no qual são vividos valores e práticas comuns de inegável significado social”. Esta situação implica em “reconhecer o valor social da família para as funções de solidariedade e reciprocidade que ela desenvolve”.²⁶⁶

A família então, era tida como o refúgio ao qual o indivíduo se encaminhava ao retirar-se do espaço público, pelo que se mantinha o consenso tradicional da mulher pertencente ao domínio familiar e privado e do homem ligado ao domínio da atividade pública, na qual se inclui a participação política. Essa demarcação e distinção de papéis sociais foram uma das principais causas da exclusão das mulheres do pleno exercício da cidadania.²⁶⁷

Hannah Arendt²⁶⁸ elaborou uma análise sobre a divisão estabelecida entre o espaço público e o espaço privado a partir da superioridade masculina apresentada perante a esfera social. O domínio familiar distinguia-se do espaço público, porque nele os homens viviam juntos por suas necessidades e carências, enquanto que a divisão de papéis era considerada óbvia: a manutenção individual era tarefa do homem; enquanto que a preservação da espécie era tarefa da mulher.

²⁶⁶ PETRINI, João Carlos. Notas para uma antropologia da família. In: FARIAS, Cristiano Chaves de. (coord.) *Temas atuais de Direito e Processo de Família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 60-61.

²⁶⁷ Sobre as normas de conduta relacionada às mulheres, Michel Foucault aduz que: “Trata-se de uma moral de homens: uma moral pensada, escrita, ensinada por homens e endereçada a homens, evidentemente livres. Conseqüentemente, moral viril onde as mulheres só aparecem a título de objeto ou no máximo como parceiras às quais convém formar, educar e vigiar, quando as tem sob seu poder, e das quais, ao contrário, é preciso abster-se quando estão sob o poder de um outro (pai, marido, tutor). Aí está, sem dúvida, um

A mulher era identificada somente pela sua vida privada, como centro do lar e da família, pois permanecia distante das atividades públicas, transformando-se em mãe e dona de casa e, com isso, totalmente dependente do homem, o qual se encontrava inserido no espaço público e privado, vez que também era o responsável pelo sustento do lar.²⁶⁹

Pierre Bourdieu²⁷⁰ refere que a própria sociedade legitimava a permanência destas estruturas simbólicas, a partir das quais era elaborada esta divisão dicotomizada do universo feminino e do universo masculino, é dizer, do espaço privado e do espaço público:

A divisão sexual entre os sexos parece estar 'na ordem das coisas', como se diz por vezes para falar do que é normal, natural, a ponto de ser inevitável: ela está presente, ao mesmo tempo, em estado objetivado nas coisas (na casa, por exemplo, cujas partes são todas 'sexuadas'), em todo o mundo social e, em estado incorporado, nos corpos e nos habitus dos agentes, funcionando como sistemas de esquemas de percepção, de pensamento e ação. [...] É a concordância entre as estruturas objetivas e as estruturas cognitivas, entre a conformação do ser e as formas do conhecer, entre o curso do mundo e as expectativas a este respeito, que torna possível esta referência ao mundo que Husserl descrevia com o nome de 'atitude natural', ou de 'experiência dóxica' - deixando, porém, de lembrar as condições sociais de sua possibilidade. Essa experiência apreende o mundo social e suas divisões arbitrárias, a começar pela divisão socialmente construída entre os sexos, como naturais, evidentes, e adquirir, assim, todo um reconhecimento de legitimação.

Diante desta perspectiva, a mulher era consagrada como um objeto de propriedade de seu marido, e, neste contexto, suas vontades pessoais não eram questionadas, uma vez que as funções eram previamente estabelecidas para os

²⁶⁹ Para Anna Elisabetta Galeotti: "A distinção público/privado corresponde, de fato, à diferença de gênero, em que o público está para o masculino e o privado para o feminino, tal como os dois gêneros foram simbolicamente elaborados na cultura patriarcal. Além disso, a dicotomia não coloca uma distinção horizontal, mas implica uma ordem vertical de importância, em que o público é sobreposto ao privado, ao qual se associa não só a imagem de refúgio e proteção, mas também a de falta e ausência". (GALEOTTI, Anna Elisabetta. Cidadania e diferença de gênero: o problema da dupla lealdade. In: BONACCHI, Gabriela (org.); GROPPI, Ângela (org.). *O Dilema da Cidadania: direitos e deveres das mulheres*. Traduzido por Álvaro Lorencini. São Paulo: UNESP, 1995, p. 240).

²⁷⁰ BOURDIEU, Pierre. *A Dominação Masculina*. Traduzido por Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999, p. 17.

gêneros²⁷¹ e permaneciam bem definidas perante a sociedade: o homem na figura de pai provedor, e a mulher no papel da mãe perfeita.

A possibilidade de igualdade e reciprocidade entre os sexos foi manifestamente excluída, porquanto o ordenamento jurídico brasileiro consagrou as desigualdades vivenciadas pelas mulheres na sociedade ao conferir-lhes um estatuto de incapacidade e subordinação no espaço privado, levando à construção de uma identidade psicológica de submissão, a qual era comumente transmitida de geração em geração.²⁷²

Neste contexto, Luiz Alberto Warat²⁷³ afirma que:

Quando se fala em gênero, se está colocando em discussão as implicações que o exercício do poder tem sobre a configuração da subjetividade masculina e feminina. O gênero determina as áreas de poder diferenciadas para ambos os tipos de subjetividade masculina ou feminina, com distintos efeitos sociais. Para o homem o poder econômico-racional. Para as mulheres o poder dos afetos. O homem na liderança política, constituindo o mundo. A mulher na liderança emocional, dentro do âmbito doméstico, com o controle dos afetos que circulam a família. a mulher como elemento de contenção do homem confrontados com as hostilidades da vida pública. A luta para o homem e o amoroso para a mulher.

Assim, o estereótipo feminino foi construído sob esta perspectiva masculina, ante a dicotomia estabelecida entre o espaço público e o espaço privado, ou seja, a mulher era vista exclusivamente em função dos outros, atuando no papel de mãe e

²⁷¹ Marlene Neves Strey diferencia sexo e gênero dizendo: “O primeiro se refere ao que é anatômico e fisiologicamente herdado geneticamente, e o segundo seria o que diferencia homens e mulheres através de uma construção histórica, social e cultural. As distintas culturas humanas criam, fixam e recriam o fato de que a espécie humana é sexuada, porém isso vai ter uma grande variabilidade, dependendo da cultura e dos contextos históricos, religiosos, econômicos e políticos principalmente”. (STREY, Marlene Neves. *Mulher, gênero e representações*. In: _____ (org.). *Mulher, Estudos de Gênero*. São Leopoldo: UNISINOS, 1997, p. 84).

²⁷² Simone de Beauvoir descreve esta subalternidade feminina nas seguintes palavras: “A própria mulher reconhece que o universo em seu conjunto é masculino; os homens modelaram-no, dirigiram-no e ainda hoje o dominam; ela não se considera responsável; está entendido que é inferior, dependente; não aprendeu as lições de violência, nunca emergiu, como um sujeito, em face de outros membros da coletividade; fechada em sua carne, em sua casa, apreende-se como passiva, em face desses deuses de figura humana que definem fins e valores”. (BEAUVOIR, Simone de. *O Segundo Sexo: a experiência vivida*. 3.ed. Traduzido por Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980, v.2, p. 364).

²⁷³ WARAT, Luis Alberto. A questão do gênero no Direito. In: DORA, Denise Dourado (org.). *Feminino e Masculino: igualdade e diferenças na justiça*. Porto Alegre: Sulina, 1997, p. 59-60.

no papel de esposa, enquanto que somente o homem era visto em função de si mesmo.

Todavia, aos poucos despontaram grandes reflexões acerca desta perspectiva dicotômica, pelo que Joan Wallach Scott²⁷⁴ refere que não se tratava apenas de um discurso sobre a diferença dos sexos, “mas também às instituições, às estruturas, às práticas quotidianas, como também aos rituais e a tudo que constitui as relações sociais”, que culminaram com grandes transformações impostas para a sociedade e, conseqüentemente, para o Direito.

Tais reflexões foram aperfeiçoando-se no decorrer dos tempos, até a promulgação da Constituição Federal de 1988, que marcou o início de uma nova fase para o Direito de Família, a qual muitos intitulam como a “Constitucionalização do Direito de Família”.

2.3 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA: O INÍCIO DA SUPERAÇÃO DOS PARADIGMAS LIBERAIS-INDIVIDUALISTAS

Novas concepções de entidades familiares e de estabelecimento da filiação foram se tornando realidades presentes numa sociedade que, paulatinamente, foi se modificando e moldando uma estrutura familiar em que o indivíduo tomava como principal objetivo a busca pela felicidade, unindo nesta a afeição e a solidariedade entre seus membros, gerando um enorme descompasso entre a realidade social vivida no âmbito destas relações e as regras de Direito que lhe eram pertinentes,²⁷⁵ uma vez que as funções atribuídas à família se alteraram de forma que esta passou

²⁷⁴ SCOTT, Joan Wallach. *Direitos Sociais da Mulher*. Revista Estudos Feministas, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 114-124, 1998. Entrevista concedida a Miriam Grossi, Maria Luiza Heilborn, e Carmen Rial, p. 115.

²⁷⁵ “A crise da família conjugal moderna, desta forma, constitui-se numa crise das relações de gênero fundadas na dicotomia entre público e privado instituída na formação das sociedades modernas. Um conjunto de práticas e valores que foi desafiado como parte de um duplo movimento: por um lado, o aprofundamento dos processos de modernização e, por outro, as críticas aos seus impasses, que configuraram como tendências pós-modernas”. (VAITSMAN, Jeni. *Flexíveis e Plurais: identidade, casamento e família em circunstâncias pós-modernas*. Rio de Janeiro: Rocco, 1994, p. 22).

a ser o refúgio privilegiado de seus membros contra a agitação da vida nas cidades e das pressões econômicas e sociais.²⁷⁶

Destarte, faz-se relevante destacar que a industrialização vivenciada intensamente a partir dos anos cinquenta foi um dos acontecimentos históricos e sociais que marcaram profundamente a alteração deste modelo de família, considerando a urbanização e ao êxodo rural, porquanto a família deixou de ser encarada como unidade de produção, e o que antes era produzido em escala doméstica foi substituído pela produção fabril.²⁷⁷

Para Maria Beatriz Nader,²⁷⁸ a inserção das mulheres no mercado de trabalho trouxe influências para estas conquistas:

²⁷⁶ A evolução social relatou alterações profundas, sentidas na estrutura familiar brasileira em diversos momentos e, principalmente, após uma série de alterações de dispositivos constantes no Código Civil Brasileiro de 1916, mediante a promulgação de diversas leis, tais como o Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121/62), a Lei do Divórcio (Lei n. 6.515/77), e diversas outras Leis que vieram a culminar com a delimitação da família brasileira estabelecida pela Constituição Federal de 1988, que reconheceu a família como instituição base da sociedade, igualou todas as situações e estados de filiação existentes, paternidade e maternidade, reconheceu outras formas de entidades familiares como a família monoparental e a união estável, estabeleceu a igualdade entre os cônjuges, estabelecendo ainda, o direito ao livre planejamento familiar. Assim Paulo Luiz Netto Lôbo discorre sobre o assunto fazendo referência que “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.” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do direito civil. Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 36, n. 141, p. 99-109, jan.-mar. 1999, p. 103.

²⁷⁷ Silvana Maria Carbonera relata sobre o assunto que a urbanização causou a alteração de costumes, tendenciando ao desaparecimento da grande prole, devido ao alto custo de criação de um filho, o que propiciava um ambiente mais afetivo. Desta forma, o enxugamento da família acabou contribuindo para que ela pudesse se tornar uma comunidade muito mais coesa, favorável à aproximação entre seus membros. (CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 283). Por sua vez, Rolf Madaleno esclarece que: “O mundo testemunhou, a partir da Revolução Industrial, um súbito enxugamento da família que migrou do campo para os grandes centros industriais, reduzindo a quantificação da composição familiar. Surge pequeno grupo, formado por pais e filhos centrado no seu domicílio o ninho, o abrigo reservado à exposição dos seus assuntos familiares mais íntimos. No começo a tendência foi a de concentrar a mulher nas atividades domésticas, no trato diário da prole conjugal e conferir ao esposo a chefia econômica do lar. Organizada a família nesse modelo social e político de conveniente divisão imaterial e econômica das funções conjugais, fica fácil constatar que cada membro precisava alcançar sua realização pessoal com a responsável execução das tarefas conjugais tradicionalmente destinadas a cada esposo. Desenhada a nova família para uma concepção mais íntima, com natureza privada e, perdendo com o seu estreitamento, a sua finalidade principal de exploração econômica rural, a sociedade defronta-se com um outro tipo de conjunto familiar, voltado para a realização i

As alterações ocorridas em torno da inserção da mulher no mercado de trabalho foram vinculadas com o crescimento quantitativo das unidades domésticas gerenciadas pelas mulheres. O papel de protegida muda, passando, ela, não mais ser obrigada a organizar sua vida em torno das atividades domésticas, engajando-se em profissões.

Outra alteração significativa foi a revolução sexual iniciada a partir da década de sessenta, a qual marcou o declínio do modelo patriarcal de família, pois a aspiração dos movimentos sociais era o reconhecimento da igualdade entre os gêneros, a fim de que as mulheres pudessem exercer plenamente a sua cidadania, tal qual os homens a exerciam.²⁷⁹

Nas palavras de Jeni Vaitsmann:²⁸⁰ “Com o aprofundamento da modernização, da industrialização e da urbanização, as mulheres redefiniram sua posição na sociedade e com isto abalou-se a dicotomia entre público e privado atribuída segundo o gênero”.

Isto ocorreu porque, com a inserção da mulher no mercado de trabalho, esta passou a trazer sua colaboração econômica para o lar, o que alargou sua esfera de atuação nos campos social, político e jurídico, impulsionando a alteração dos tradicionais papéis da família patriarcal, influenciando definitivamente na sua situação jurídica e, principalmente, na sua vida familiar.

²⁷⁹ Rodrigo da Cunha Pereira refere que: “A partir da Revolução Industrial, com a redivisão sexual do trabalho, o movimento feministas e o declínio da ideologia patriarcal, os paradigmas norteadores da família começaram a mudar. Ela deixou de ser apenas um núcleo econômico e de reprodução para ser espaço de companheirismo, camaradagem e livre expressão do amor e do afeto”. (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: a sexualidade vista pelos tribunais*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 2). Com a Revolução Industrial, as mulheres passaram a ser aceitas na vida pública, saindo da clausura estabelecida para estas no âmbito doméstico. Todavia, para a sociedade industrial estas representavam apenas uma mão-de-obra barata, não sendo o reconhecimento de sua capacidade como cidadã o marco para a superação do estigma da desigualdade. Marta Julia Marques Lopes sobre a matéria refere que: “Mulher-mãe, esposa, trabalho doméstico, e homem-força, razão, trabalho extralhar. Evidentemente, esse coquetel de naturalizações dá origem a uma mistura mais pesada para as mulheres, já que casa e família são confundidas como se fossem a mesma coisa. A casa, no entanto, é uma unidade material e local de muito trabalho. Nestas condições, as mulheres são duplamente interessantes para o sistema produtivo. Trabalham fora por salários mais baixos, e reproduzem, graciosamente, a força de trabalho e o trabalho material da casa”. (LOPES, Marta Julia Marques. *Mulheres, Saúde e Trabalho*. In: STREY, Marlene Neves. (org.). *Mulher, Estudos de Gênero*. São Leopoldo: UNISINOS, 1997, p. 109).

²⁸⁰ VAITSMAN, Jeni. *Flexíveis e Plurais: identidade, casamento e família em circunstâncias pós-modernas*. Rio de Janeiro: Rocco, 1994, p. 17.

A nova organização da família seguia o fenômeno social da chamada lei de contínuo estreitamento das relações familiares, processo que foi impulsionado também a partir do momento em que despontou a possibilidade de controle da reprodução, o que permitiu à mulher a reformulação do seu lugar na esfera privada e sua efetiva participação na esfera pública.²⁸¹

Frente a estas mudanças, o Direito Civil foi se transformando, uma vez que não havia mais espaço para aquelas concepções limitadoras do indivíduo, da família, da propriedade, do contrato e da responsabilidade civil, que marcaram profundamente o período oitocentista.²⁸²

Este cenário sofreu significativas alterações, especialmente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 que, superando a dicotomia estabelecida entre o Direito Público e o Direito Privado,²⁸³ já em seu preâmbulo prestigiava valores inerentes ao Estado Democrático de Direito, como os direitos sociais e individuais, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade²⁸⁴, a

²⁸¹ LÔBO, Paulo Luiz Neto. A repersonalização das relações de família. In: BITTAR, Carlos Alberto (coord.). *O Direito de Família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 73.

²⁸² “A releitura de estatutos fundamentais do Direito Privado é útil e necessária para compreender a crise e a superação do sistema clássico que se projetou para o contrato, a família e o patrimônio. A complexidade desse fenômeno apresenta, neste momento, um interessante banco de prova que se abre em afazeres epistemológicos que acolhem as novas demandas da juridicidade. Assim nos alimentamos do tormento de saber pouco e por isso não temos o direito de viver em paz. Sabemos, porém, que o Direito (como um todo, e o Direito Civil, em particular) não é somente isso que está aí.” (FACHIN, Luiz Edson. “Virada de Copérnico”: um convite à reflexão sobre o Direito Civil brasileiro contemporâneo. In: _____ (coord.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 319).

²⁸³ Maria Celina Bodin de Moraes explicita o declínio da dicotomia estabelecida entre o Direito Público e o Direito Privado nos seguintes termos: “Defronte de tantas alterações, direito privado e direito público tiveram modificados seus significados originários: o direito privado deixou de ser o âmbito da vontade individual e o direito público não mais se inspira na subordinação do cidadão”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 17, n. 65, p. 21-32, jul.-set. 1993, p. 26)

²⁸⁴ Niklas Luhmann traz o entendimento de que a igualdade parece como uma norma que regula a comunicação interna e a desigualdade como uma norma que regula a comunicação com o ambiente. O termo grego isonomia referia-se à igualdade de cidadãos situados no mesmo estrato da sociedade. Estes cidadãos se proclamavam (ou representavam), com êxito, como a própria e inteira sociedade, mas isonomia pressupunha desigualdade em relação a outros estratos da sociedade (LUHMANN, Niklas; GEORGI, Raffaele de. *Teoria de la sociedad*. Guadalajara: [s.e.], 1993, p. 288)

liberdade e a harmonia social.²⁸⁵

Esta renovação do Direito Privado foi alcançada à luz do Direito Público na medida em que as normas até então consideradas “privadas” invadiram a Constituição Federal promulgada em 1988²⁸⁶, o que fez reforçar a constatação da invalidade da perspectiva dicotômica dos dois clássicos ramos do ordenamento, nos quais a modificação dos padrões constitucionais passou a valorar o Direito Privado.²⁸⁷

A interpenetração das normas até então tidas como privadas na Carta Constitucional, bem como o contrário, passou a ser fato comum, encontrando-se com freqüência nos diplomas reguladores dos direitos privados normas atinentes ao Direito Público e vice-versa.

Consagrava-se então, a primeira Constituição Brasileira a integrar na declaração de direitos, os direitos sociais, tendo em vista as Constituições anteriores

²⁸⁵ Como indica Norberto Bobbio: “De la crítica de las doctrinas igualitarias contra la concepción e la práctica liberal del Estado nacieron las peticiones de los derechos sociales que han transformado el sistema de relaciones entre el individuo y el Estado e la misma organización del Estado, incluso en los regímenes que acaso de la tradición liberal del siglo pasado. [...] Liberalismo e igualitarismo hunden sus raíces en concepciones de la sociedad profundamente distintas; individualista, conflictual y pluralista, la liberal; totalizadora, armónica y monista, la igualitaria. Para el liberal el fin principal es la expansión de la personalidad individual, considerada abstractamente como un valor en sí misma; para el igualitario, desarrollo armónico de la comunidad. Distintos son los modos de concebir la naturaleza y las tareas del Estado: limitado y garante el Estado de los primeros, expansionista e intervencionista el Estado de los segundos”. (BOBBIO, Norberto. *Igualdad y Libertad*. Traduzido por Pedro Aragón Rincón. Barcelona: Paidós, 1993, p. 91-92).

²⁸⁶ “Depois da Constituição de 1988, de qualquer maneira, nós temos o ‘registro de nascimento da democracia’. Isto deu uma maior autonomia para os juristas e, portanto, uma grande responsabilidade. No que nos interessa, percebe-se que a Constituição permite que se relacione o Direito com novos temas, como a bioética, a ecologia, a educação, a saúde, etc. Isto quer dizer, que a Constituição legitima esse debate e exige para o seu enfrentamento uma perspectiva epistemológica mais sofisticada. O fato de a Constituição assegurar Direitos não os concretiza sem uma observação jurídica baseada numa postura teórica apta a relacioná-los com a complexidade da sociedade atual”. (ROCHA, Leonel Severo. Sistema de Direito e Transdisciplinaridade: de Pontes de Miranda a Autopoiese. In: COPPETTI, André (org.); STRECK, Lenio Luiz (org.); _____ (org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 188).

²⁸⁷ SILVEIRA, Michele Costa da. As grandes metáforas da bipolaridade. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A Reconstrução do Direito Privado*: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 48.

em que estas normas se encontravam espalhadas no âmbito da ordem econômica, não constando em título exclusivamente dedicado.²⁸⁸

Segundo Gustavo Tepedino:²⁸⁹

O quadro de intensas modificações ocorridas nas últimas décadas no âmbito do direito de família revela, do ponto de vista fenomenológico, inegável transformação da estrutura familiar, identificada amplamente pela doutrina e, especialmente, pelos cientistas sociais. É do ponto de vista axiológico, contudo, que se pode entrever a mais profunda alteração no vértice do ordenamento, não obstante o eloquente silêncio - seja consentido o oxímoro - da doutrina a este respeito, a impor radical reformulação dos critérios interpretativos adotados em matéria de família.

A Constituição Federal, centro reunificador do direito privado, disperso na esteira da proliferação da legislação especial, cada vez mais numerosa, e da perda de centralidade do Código Civil, parece consagrar, em definitivo, uma nova tábua de valores.

Para o Direito de Família, a Constituição Federal de 1988 foi considerada como o grande marco divisor do panorama histórico, pois ampliou significativamente o campo dos direitos e garantias fundamentais, trazendo uma tendência totalmente voltada para o ser humano, e não para o patrimônio destes, dando dimensão aos direitos e garantias, incluindo nos direitos fundamentais os direitos sociais

²⁸⁸ Rodrigo da Cunha Pereira descreve o tratamento conferido à família pelas Constituições anteriores, quando discorre que: “A primeira Constituição do Brasil, outorgada em 1824 pelo Imperador D. Pedro I, não fez nenhuma referência à família ou ao casamento. Tratou apenas, em seu capítulo III (artigo 105 a 115), da família imperial e de seu aspecto de dotação. A Segunda Constituição do Brasil e primeira da República (1891) também não dedicou capítulo especial à família. Entretanto, em seu artigo 72, §4º, dizia: ‘A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita’. Esse artigo ficou inserido nesta Constituição em razão da separação Igreja/Estado. A partir do regime republicano, o catolicismo deixou de ser a religião oficial e com isto tornou-se necessário mencionar o casamento civil como vínculo constituinte da família brasileira. Até então era dispensável, pois as famílias constituíam-se pelo vínculo do casamento religioso, que tinha automaticamente efeitos civis, já que não havia a separação dos poderes Igreja/Estado. A Segunda Constituição da República (1934) dedicou um capítulo à família, onde em quatro artigos (114 a 147) estabelecia as regras do casamento indissolúvel. Foi, portanto, a partir desta Constituição que, seguindo uma tendência internacional e com as modificações sociais, as Constituições passaram a dedicar capítulos à família e a tratá-la separadamente, dando-lhe maior importância. As Constituições de 1937, 1946, 1967 e 1969 (Emenda n. 1/69), seguindo a mesma linha de pensamento, traziam em seu texto um sentido único de que o casamento indissolúvel era a única forma de se constituir uma família”. (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A família: estruturação jurídica e psíquica. In: _____ (coord.). *Direito de Família Contemporâneo: doutrina, jurisprudência, direito comparado e interdisciplinaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 15-16).

²⁸⁹ TEPEDINO, Gustavo. As novas relações familiares. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 16, 1996, Fortaleza. *Anais*. Brasília: OAB, 1996, p. 497.

reconhecendo, ainda, a necessidade da constitucionalização do Direito de Família.²⁹⁰

Diante desta realidade, Judith Martins-Costa²⁹¹ enfatiza que

dúvidas não há de que o Direito Civil em nossos dias é também marcado pela socialidade, pela situação de suas regras no plano da vida comunitária. A relação entre a dimensão individual e a comunitária do ser humano constitui tema de debate que tem atravessado os séculos, desde, pelo menos, Aristóteles, constituindo, mais propriamente, um problema de filosofia política, por isso devendo ser apanhado pelo Direito posto conforme os valores da nossa - atual - experiência jurídica.

Neste sentido, Paulo Luiz Netto Lôbo²⁹² afirma que “até 1988, têm-se a história do contínuo desmonte da família patriarcal, deslegalizando e deslegitimando as desigualdades jurídicas”, pois foi a partir deste momento que o ato formal do casamento deixou de interessar ao Estado, passando este a se preocupar com a

²⁹⁰ A Constituição Federal de 1988 é um marco fundamental na longa evolução do Direito de Família no Brasil. A Carta Magna recepcionou a família repersonalizada eliminando os traços de desigualdade entre marido e mulher e ampliando as relações familiares, relevando aspectos de afeição mútua, liberdade, felicidade e do afeto. Segundo Luiz Edson Fachin, “da família matrimonializada por contrato, chegou-se à família informal, precisamente porque afeto não é um dever e a coabitação uma opção, um ato de liberdade”. (FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 98). Gustavo Tepedino assevera que “a Constituição de 1988, como se procurou sublinhar, altera o objeto da tutela jurídica no âmbito do direito de família. a regulamentação legal da família voltava-se, anteriormente, para a máxima proteção da paz doméstica, considerando-se a família fundada no casamento como um bem em si mesmo, enaltecida como instituição essencial. Hoje, ao revés, não se pode ter dúvida quanto à funcionalização da família para o desenvolvimento da personalidade de seus membros, devendo a comunidade familiar ser preservada (apenas) como instrumento de tutela da dignidade da pessoa humana”. (TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: BARRETTO, Vicente (org.). *A Nova Família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 56).

²⁹¹ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 144.

²⁹² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Educação: o Ensino do Direito de Família no Brasil. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Repensando o Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 326. Ivete Ribeiro e Ana Clara Torres Ribeiro afirmam que “os discursos institucionais orientadores de desenhos de Família no caso brasileiro, durante o período de 1964-1984, sofreram alterações substantivas sob influências de processos de mudança social, tanto gerados internamente na sociedade, quanto aqueles que teriam funcionado como rebatimento de dimensões da conjuntura internacional. Certamente que *práticas* familiares concretas, alternativas aos modelos, parâmetros e princípios considerados como socializadores tradicionais, e que até então eram propalados como hegemônicos, começaram a ser cristalizadas – por exemplo – ao nível jurídico-legal, apontando para deslocamentos de conteúdos, ou mesmo para a substituição deles. Ou seja: acontecem alterações em aspectos da essencialidade dos Valores, dos objetivos coletivos que pautavam as formas de viver e sobreviver, como que na busca da adequação mínima possível entre *princípios/ética* e *práticas/moral* referidos às famílias”. (RIBEIRO, Ivete; RIBEIRO, Ana Clara Torres. *Família e Desafios na Sociedade Brasileira: valores como um ângulo de análise*. Rio de Janeiro: Centro João XXIII, 1993, p. 97).

importância do grupo familiar, qualquer que seja a sua origem, garantindo-lhe a proteção e os direitos postos à disposição.²⁹³

Visualizava-se uma tutela essencialmente voltada para a dignidade dos membros da família, viabilizando o desenvolvimento da personalidade destes, o que implicava a substituição do centro valorativo do Direito de Família, como refere Luiz Edson Fachin²⁹⁴:

A Constituição Federal de 1988 impôs ao Direito Civil o abandono da postura patrimonialista herdada do Século XIX, em especial do Código Napoleônico, migrando para uma concepção em que se privilegia o desenvolvimento humano e a dignidade da pessoa concretamente considerada, em suas relações interpessoais, visando à sua emancipação.

Era possível conjecturar a Constituição Federal de 1988 como um convite à liberdade, pois, rompendo com o que estava ancorado no modelo codificado, transformou alguns princípios sob os quais o Código Civil fundava seu sistema, instituindo a equiparação dos filhos matrimoniais e extramatrimoniais, estabelecendo assim a unicidade da filiação, além de considerar merecedoras da proteção do

²⁹³ Ana Carla Harmatiuk Matos afirma que: “Com o advento da Constituição Federal de 1988, novos conceitos surgiram. Uma outra concepção de família tomou corpo no ordenamento jurídico brasileiro. É uma família centrada na afetividade, onde já não há a necessidade de um vínculo materializado no papel, ou seja: o casamento não é mais a base única dessa família, questionando-se a idéia da família restritamente matrimonial”. (MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *As Famílias não Fundadas no Casamento e a Condição Feminina*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 97-98). Ao referir sobre a legitimação das diversas formas de constituição de família, Orlando Gomes aduz que: “Sob todos esses aspectos, verifica-se o interesse do Estado moderno de legitimar as uniões estáveis, provenham ou não de matrimônio. Importa menos o ato solene de constituição da família do que a vontade contínua de manter os vínculos afetivos que sustentam a conservação do grupo familiar. As transformações por que passou a família favorecem sua organização a latere do matrimônio, mormente nos países em que vigora o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial”. (GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 44). Gustavo Tepedino menciona que “o mecanismo é finalmente consagrado, no caso brasileiro, pelo texto constitucional de 5 de outubro de 1988, que inaugura uma nova fase e um novo papel para o Código Civil, a ser valorizado e interpretado juntamente com inúmeros diplomas setoriais, cada um deles com vocação universalizante”. E, continua discorrendo que “a Constituição de 1988 retrata uma opção legislativa concordatária, em favor de um Estado social destinado a incidir, no que concerne às relações jurídicas privadas, sobre um direito civil repleto de leis especiais, chamadas de estatutos, que disciplinam exaustivamente inteiras matérias extraídas da incidência do Código Civil”. (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 8).

²⁹⁴ FACHIN, Luiz Edson. Apreciação crítica do Código Civil de 2002 na perspectiva constitucional do Direito Civil contemporâneo. *Revista Jurídica*, São Paulo, n. 304, fev.2003, p. 17. Para o autor, a Constituição Federal passou a ocupar o lugar classicamente deferido ao Código Civil Brasileiro, tornando-se a Lei Fundamental donde se insurgia a base do Direito de Família através de regras e princípios fundamentais. (FACHIN, Luiz Edson. *Elementos Críticos do Direito de Família: curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p; 56-57).

Estado outras formas de entidades familiares que não aquela fundada exclusivamente com o matrimônio.²⁹⁵

Perante a sociedade, o importante é que fossem resguardadas as condições fundamentais para a existência das famílias, independente da forma de sua constituição, as quais eram decorrentes da solidariedade, do amor, do carinho e do afeto entre seus membros.

Para Rodrigo da Cunha Pereira:²⁹⁶

O Estado não pode mais controlar as formas de constituição das famílias. No final deste século, ela é mesmo plural. O gênero família comporta várias espécies, como a do casamento, que maior proteção recebe do Estado, das uniões estáveis e a comunidade dos pais e seus descendentes (CF, art. 226). Estas e outras formas vêm exprimir a liberdade dos sujeitos de constituírem família da forma que lhes convier, no espaço de sua liberdade.

²⁹⁵ “Paralelo a esse deslocamento atual do paradigma da codificação para a constitucionalização, contata-se ao longo da história do direito civil a proliferação de microssistemas legais, tratando cada um ao seu modo de matérias específicas não previstas pelo Código Civil de 1916, e aparentemente incomunicáveis entre si, o que poderia levar a uma leitura de fragmentação do sistema jurídico tido como unitário e sistematicamente organizado. [...] Não obstante, ainda que considerada a mudança do eixo central da codificação para a ordem constitucional e a proliferação de estatutos normativos específicos, o sistema jurídico guarda sua unidade, exigindo diante dessa aparente fragmentação uma interpretação coerente com os valores atuais que informam e possibilitam a leitura sistematizada da ordem legal positivada. E, nesse aspecto, a norma constitucional é imperativa”. (GIRARDI, Viviane. *Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 37-38). Como afirma Ricardo Luis Lorenzetti “os códigos perderam a sua centralidade, porquanto esta se desloca progressivamente. O código é substituído pela constitucionalização do Direito Civil, e o ordenamento codificado pelo sistema de normas fundamentais.” (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. Traduzido por Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 45).

²⁹⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A família: estruturação jurídica e psíquica. In: _____ (coord.). *Direito de Família Contemporâneo: doutrina, jurisprudência, direito comparado e interdisciplinaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 32. Neste mesmo sentido, argumenta Pietro Perlingieri: “É necessário ter a consciência de que existem diversos modelos de família não fundada no casamento. As razões colocadas na base da família de fato são várias: razões ideológicas, contestadas do sistema, ligadas a situações econômicas de abandono cultural, a falta de confiança. É da máxima importância notar que essas razões não equivalem a simples motivos, irrelevantes para a construção dos modelos, mas cada uma delas, radicadas em um particular contexto social e moral, responde a uma própria função. Cada modelo de família não-fundada no casamento acaba por ser único, expressão de determinadas instâncias morais e sociais. [...] A família não-fundada no casamento, quando responde à exigência Educativa dos filhos e de desenvolvimento das pessoas que dela fazem parte, representa um valor merecedor de tutela”. (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3.ed. Traduzido por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 257).

Deste modo, a promulgação de normas constitucionais até então pertinentes ao âmbito do Direito Privado consagrava o abandono do caráter patrimonialista herdado do século XIX, especificamente do Código Napoleônico, migrando para um ponto de vista em que se eleva o desenvolvimento humano e a dignidade da pessoa.²⁹⁷

Todas estas modificações repercutiram no desenho jurídico da família, de forma que Silvana Maria Carbonera²⁹⁸ afirma:

A Constituição Federal de 1988, nitidamente relacionada a em Estado do Bem-Estar Social, demonstrou acentuada preocupação com o social, o que resultou na maior intervenção nas relações sociais. Estas também foram sentidas na esfera da família, onde houve a ampliação da tutela a situações anteriormente não protegidas.

A família foi reconhecida como um espaço mais igualitário, com a mulher adotando muitas vezes a posição do chefe ou exercendo a mesma autoridade do marido, tendo inclusive, uma nova postura frente aos filhos, deixando de ser uma relação de autoridade para uma relação mais afetiva e amorosa,²⁹⁹ ou seja, a família passou a ser valorizada pelo seu caráter instrumental, sendo formada como um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de ascensão

²⁹⁷ A dignidade da pessoa humana foi consagrada no artigo 1º da Constituição Federal de 1988, sendo elencada como um dos fundamentos do Estado Brasileiro. José Afonso da Silva a define da seguinte forma: “Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. [...] Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a Educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana”. (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 106).

²⁹⁸ CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 294.

²⁹⁹ Diogo Leite de Campos descreve esta evolução da família da seguinte forma: “A família deixa de ser um grupo unido pela necessidade, nomeadamente econômica, para se acentuar na independência de cada um dos membros. O ambiente familiar torna-se um local onde cada um procura a satisfação das suas aspirações pessoais e que está pronto a deixar se a não encontra”. (CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direito da Família e das Sucessões*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 65).

da dignidade de seus membros, alterando o conceito de unidade familiar que não é mais singular mas cada vez mais flexível e plural.³⁰⁰

Convém registrar que o advento da Constituição Federal de 1988 ocasionou a quebra de muitas barreiras morais até então existentes, o que se elevou principalmente após a promulgação da Lei n. 10.406/02, a qual instituiu o novo Código Civil Brasileiro,³⁰¹ vez que restaram muitos conflitos estabelecidos no âmbito das relações familiares que não foram regulados por esta codificação, mantendo presente a aplicação das diretrizes consagradas pela Magna Carta, notadamente aquela que consagrou no afeto a razão pela qual os indivíduos buscam viver em família..

2.3.1 A “repersonalização” da instituição “família” como consequência da valorização do afeto presente nestas relações

A partir da Carta Constitucional de 1988, o casamento não era mais a única forma legítima em torno da qual poderia nascer uma família, pois restou consagrada

³⁰⁰ Aponta Gustavo Tepedino que: “Hoje não se pode ter dúvida quanto à funcionalização da família para o desenvolvimento da personalidade de seus membros, devendo a comunidade familiar ser preservada (apenas) como instrumento de tutela da dignidade humana e, em particular, da criança e do adolescente”. (TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Direitos de Família e do Menor: inovações e tendências, doutrina e jurisprudência*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 231). Este foi o primeiro passo para o reconhecimento da complexidade com que estas relações se constituem, na forma como Jacques Lacan referiu quando afirmou que: “A família não é um grupo natural, mas cultural. Ela não se constitui apenas por um homem, mulher e filhos. Ela é antes uma estruturação psíquica, onde cada um de seus membros ocupa um lugar, uma função. Lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos, sem entretanto estarem necessariamente ligados biologicamente. Tanto é assim, uma questão de lugar, que um indivíduo pode ocupar o lugar de pai sem que seja pai biológico. Exatamente por ser uma questão de lugar, de função, que é possível, no Direito, que se faça e que exista o instituto da adoção. Da mesma forma, o pai ou a mãe biológica podem ter dificuldade, ou até mesmo não ocupar o lugar de pai ou de mãe, tão necessários (essenciais) à nossa estruturação psíquica e formação como seres humanos”. (LACAN, Jacques. *Os complexos familiares*. Traduzido por Marco Antônio Coutinho Jorge. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990, p. 13). Segundo as lições de José Afonso da Silva: “A família é uma comunidade natural composta, em regra, de pais e filhos, aos quais a Constituição, agora, imputa direitos e deveres recíprocos, nos termos do artigo 229, pelo qual os pais têm o dever de assistir, criar e Educar os filhos menores, havidos ou não da relação do casamento (artigo 227, §6º), ao passo que os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 56).

³⁰¹ “O atual estágio legislativo teve que suplantir barreiras de natureza ideológica, sociológica, política, religiosa e econômica. Muito ainda, sem dúvida, será feito em matéria de atualização no campo de família. Nessa ebulição social, mostra-se árdua uma codificação, tanto que o Projeto de 1975 que redundou no Código Civil de 2002 dormitou por muitos anos no Congresso”. (VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito de Família*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003, v.6, p. 29).

a pluralidade de formas de constituição desta.

Assim, o modelo de família institucionalizado passou a ser baseado na pluralidade de formas de sua constituição: matrimonializada ou apenas pela união fática, constituída por ambos os genitores e filhos ou de caráter monoparental³⁰², originada por laços de sangue ou por meio da sócio-afetividade.³⁰³

Em conseqüência, concluiu-se que esta pluralidade de formas de constituição de entidade familiar não era recente perante a sociedade, porém, até aquele momento foram veementemente negligenciadas pelo ordenamento jurídico, que sustentava o casamento como sendo a única forma legítima de constituição de família.

Com a Constituição Federal de 1988 tais formas de entidades familiares encontraram espaço e importância na doutrina e na jurisprudência pátria, considerando a intensificação do discurso em prol da proteção e promoção da dignidade da pessoa humana.

³⁰² A família monoparental, também chamada de unilateral, é o cume do processo de encolhimento da família, da sua passagem da grande família, extensa, para a família conjugal, alcançando sua última fase de encolhimento, reduzindo-se a relação entre o pai, a mãe, e seu filho ou filha. (LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias Monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 22). Sobre as entidades familiares denominadas de famílias monoparentais, importante trazer a explicação de Rui Geraldo Camargo Viana, quando este afirma que “embora o inconformismo, o fato incontestável ao qual se rendeu nossa Constituição, é que ao lado do casamento constituíram-se outras entidades familiares, avultando das estatísticas o número de mulheres e homens sem par, criando isoladamente seus filhos [...]. A monoparentalidade é, em verdade, antítese real da família natural, mas que clamava respaldo jurídico justamente para proteção dos filhos expostos a toda série de discriminações nas relações públicas e privadas, ditadas pelo moralismo cristão casamentário”. (VIANA, Rui Geraldo Camargo. A família. In: VIANA, Rui Geraldo Camargo (org.); NERY, Rosa Maria de Andrade (org.). *Temas Atuais de Direito Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 31-32).

³⁰³ “No mundo contemporâneo, as mudanças ocorridas na família relacionam-se com a perda do sentido da tradição. Vivemos numa sociedade aonde a tradição vem sendo abandonada como em nenhuma outra época da História. Assim, o amor, a família, a sexualidade e o trabalho, antes vividos a partir de papéis preestabelecidos, passam a ser concebidos como parte de um projeto em que a individualidade conta decisivamente e adquire cada vez maior importância social”. (SARTI, Cynthia A. Família e Individualidade: um problema moderno. In: CARVALHO, Maria do Carmo Brant de (org.). *A Família Contemporânea em Debate*. 2.ed. São Paulo: EDUCS, 1997, p. 43).

Neste contexto, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka³⁰⁴ destaca que:

A evolução dos costumes, em face da diversa necessidade humana a cada época, nos informa que a família pôde se apresentar, neste cenário, com roupagem diferenciada, ela também. Desta maneira, reconhece-se, por exemplo, entre os diferentes modelos familiares - diferentes no que respeita à origem ou à própria estrutura de composição - a família matrimonial, a família comportamental, a família concubinária, a família monoparental, e a família homossexual. Esta dissimilitude de modelos revela, rigorosamente, que a família deva mesmo ser considerada como um 'grupo espontâneo de pessoas' - constituído por pai, mãe e filhos - acolhidos em uma determinada época histórica pela sociedade daquele tempo', [...].

Com estas profundas transformações vivenciadas pela família³⁰⁵, deixando de ser unidade de caráter religioso, social e econômico, passando a ser um grupo constituído sobre a afetividade³⁰⁶, o companheirismo e a afeição mútua estabelecida entre seus membros, o modelo de entidade familiar que prevaleceu é o eudemonista³⁰⁷, ou seja, aquele modelo que admite a felicidade individual ou coletiva como fundamento da conduta humana moral.³⁰⁸

Heloisa Helena Barboza³⁰⁹ elucida esta busca pela realização individual dizendo:

³⁰⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 7-17, abr.-jun. 1999, p. 11.

³⁰⁵ Sobre o assunto, José Bernardo Ramos Boeira discorre que: "A família, ao transformar-se, valoriza as relações de sentimentos entre seus membros, numa comunhão de afetividade recíproca no seu interior. Assim, sob uma concepção eudemonista, a família e o casamento passam a existir para o desenvolvimento da pessoa, realizando os seus interesses afetivos e existenciais, como apoio indispensável para a sua formação e estabilidade na vida em sociedade". (BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de paternidade: posse de estado de filho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 22-23).

³⁰⁶ "A vantagem maior do afeto é a possibilidade da realização da ternura da vida de cada um, nos momentos de paz e nas ameaças de conflito". (CUNHA, João Paulo. A ética do afeto. In: GROENINGA, Giselle Câmara (coord.); PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de Família e Psicanálise*. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 86).

³⁰⁷ Família eudemonista pode ser entendida como àquela centrada nas relações de afeto onde seus indivíduos buscam a sua felicidade e a sua auto realização como fim supremo. Ainda, convém ressaltar que este tipo de família caracteriza-se como àquela que se justifica exclusivamente pela busca da felicidade da realização pessoal de seus indivíduos.

³⁰⁸ "A realização pessoal da afetiva e da dignidade humana, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época." (LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 6, n. 24, p. 136-156, jun.-jul. 2004, p. 155).

³⁰⁹ BARBOZA, Heloisa Helena. O Direito de Família Brasileiro no final do século XX. In: BARRETTO, Vicente (org.). *A Nova Família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 72.

Cada um busca na família sua própria realização, seu próprio bem-estar. Não se pretende dizer com isso, que a procriação perdeu sentido ou valor. Ao contrário: ganha em importância e atenção, porque é algo que os parceiros de uma experiência afetiva buscam espontaneamente e não mais algo a que não se podem subtrair, seja por imposição social, seja como salário do sexo. Sob este aspecto, a descoberta e rápida disseminação da pílula anticoncepcional desempenhou papel de altíssima relevância.

O reconhecimento pela Constituição Federal do pluralismo de entidades familiares permitiu considerar de que não importava a forma de organização ou o seu disciplinamento jurídico, mas sim a função que a família exercia na formação do novo indivíduo. Assim, a partir de 1988, o mundo familiar apresentava-se, então, numa vibrante variedade de formas de organização, com crenças, valores e práticas desenvolvidas na busca de soluções para as vicissitudes que surgiam no decorrer da vida de cada um de seus membros.³¹⁰ Esta flexibilização representou a necessidade de encarar as relações familiares como relações de afeto, sendo que este vínculo estabelecido de forma voluntária entre os indivíduos, despido de qualquer coação moral ou jurisdicional.

Deste modo, passou a predominar sobre as regras estabelecidas pelo sistema jurídico positivado, de forma que o próprio regramento passou a se alterar para uma realidade social que se impunha.³¹¹

³¹⁰ MUNIZ, Francisco José Ferreira. A família na evolução do Direito brasileiro. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Direitos de Família e do Menor: inovações e tendências, doutrina e jurisprudência*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 77-78. O reconhecimento constitucional da pluralidade de formas de constituição de família abriu espaço para relações mantidas exclusivamente pelo afeto e no desejo de estar junto, uma vez que estas são fundadas sem o formalismo e as exigências pertinentes ao casamento, garantindo a proteção legal, de forma igualitária, a todos os sujeitos destas famílias.

³¹¹ João Paulo Cunha afirma que: “No âmbito das ações de moralidade, é preciso usar raios infravermelhos, que mostram uma parte oculta para preservar o todo. A visão dos impasses morais, neste sentido, só é possível com um desarmamento dos preconceitos e dos conceitos construídos com inteligência e estrutura pelos séculos afora. A noção de afeto entre neste campo com uma boa carga e uma potência de fazer entender melhor algo que nos foge á primeira vista. No campo da ética e do direito, muitas vezes o que mais interessa é a norma e, consequentemente, a interdição ao desvio. Nestes casos, independentemente do processo que gera a proibição (seja dado de forma universal ou objeto de consenso construído), a ação sobre as pessoas e seus atos se ancora em um objeto de certezas que é externo. O afeto é o que antecede à norma. Onde falha o afeto, a lei urge”. (CUNHA, João Paulo. A ética do afeto. In: GROENINGA, Giselle Câmara (coord.); PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de Família e Psicanálise*. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 84).

Sérgio Gischokow Pereira³¹² prevê um estágio progressivo para o Direito de Família, quando afirma que:

O direito de família evolui para um estágio em que as relações familiares se impregnam de autenticidade, sinceridade, amor, compreensão, diálogo, paridade e realidade. Trata-se de afastar a hipocrisia, a falsidade institucionalizada, o fingimento, o obscurecedor dos fatos sociais, fazendo emergir as verdadeiras valorações que orientam as convivências grupais. O regimento da família não pode insistir em perniciosa teimosia, no obsessivo ignorar das profundas modificações consuetudinárias, culturais e científicas; petrificado, mumificado e cristalizado em um mundo irreal, sob pena de sofrer do mal da ineficácia.

A afetividade foi reconhecida como o elemento nuclear e definidor da união familiar, especialmente no que se refere ao estabelecimento da filiação, vez que se sobrepunha ao fator biológico da consangüinidade ou da presunção legal, pois se destacava na família a relação marcada pelo convívio, amparo, amor e dedicação entre os indivíduos que a compõem.³¹³

Como menciona Carmem Lúcia Silveira Ramos:³¹⁴

Se os laços de sangue constituem motivo para que se caracterize uma família, a justificativa de sua existência cada vez mais se apoia no afeto e na solidariedade, até porque o consentimento e a afeição gradativamente se solidificam como pilares de sustentação do grupo familiar.

A verdade jurídica cedeu vez à imperiosa passagem e instalação da verdade da vida, que está a desnudar aos olhos de todos, homens e mulheres, jovens e

³¹² PEREIRA, Sérgio Gischokow. Tendências modernas do Direito de Família. *Ajuris*, Porto Alegre, v. 15, n. 42, p. 52-86, mar. 1988, p. 52.

³¹³ Cumpre registrar as eloqüentes palavras de Maria Tereza Maldonado, quando esta refere que: “Os laços de sangue e os laços de amor são duas realidades que nem sempre andam juntas. [...] Vínculos de carne e de sangue podem ser os mais ‘visíveis’ e fáceis de traçar nas origens genealógicas. Mas que outras histórias, que outros vínculos sutis, ‘invisíveis’, mais difíceis de traçar origens aos nossos olhos limitados, também existem, e deste modo tão profundo e sólido?”. (MALDONADO, Maria Tereza. *Os Caminhos do Coração: pais e filhos adotivos*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 7). Seguindo os ensinamentos de Luiz Edson Fachin: “A família, ao transformar-se, valoriza as relações afetivas entre seus membros. O que conta na família nuclear é a satisfação das necessidades pessoais numa comunhão de sentimentos e de afeto, isto é, de vida e de história. Sob a concepção eudemonista da família, não é o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade”. (FACHIN, Luiz Edson. *Elementos Críticos do Direito de Família: curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 25).

³¹⁴ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. *Família sem Casamento: de relação existencial de fato à realidade jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 110.

velhos, conservadores e arrojados, a mais esplêndida de todas as verdades: neste tempo em que até o milênio mudou, mudou a família, mudou o seu cerne fundamental, mudou a razão de sua constituição, existência e sobrevivência, mudam as pessoas que a compõem, pessoas estas que passam a ter coragem de admitir que se unem principalmente por amor. Pietro Perlingieri³¹⁵ resume as características apresentadas pela família quando afirma que

o sangue e os afetos são razões autônomas de justificação para o momento constitutivo da família, mas o perfil consensual e a affectio constante e espontânea exercem cada vez mais o papel de denominador comum de qualquer núcleo familiar. O merecimento de tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas que se traduzem em uma comunhão de vida.

As relações de afeto passaram a caminhar à frente nos projetos familiares e, por isso, conduziu à ascensão da responsabilidade pela constituição das famílias, assim como podem conduzir à interrupção do casamento ou da união estável, garantindo aos seus membros o direito à recuperação ou reformulação de seu projeto pessoal de felicidade, mantida a responsabilidade original, em face daqueles que ainda se encontram em liame de dependência.³¹⁶

Salienta-se que a crescente importância do afeto na avaliação jurídica das questões familiares extrapola o meio privado para buscar o auxílio estatal, motivo

³¹⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3.ed. Traduzido por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 244.

³¹⁶ “Diversamente do modelo tradicional, o vínculo familiar moderno é formado por laços socioafetivos, restando superado o dogma da unicidade da paternidade e maternidade. [...] A natureza jurídica da paternidade, maternidade e filiação resultantes da adoção de técnicas de reprodução assistida, sob a modalidade heteróloga, ou mesmo sem vínculo genético entre os envolvidos, deve ter em conta sentimentos nobres, como o amor, o desejo de construir uma relação afetiva, carinhosa, reunindo as pessoas num grupo de companheirismo, lugar de afetividade. [...] O instituto da adoção, como atualmente é concebido pela Lei nº 8.069/90, pode ter perfeita aplicação aos casos envolvendo as técnicas de reprodução humana medicamente assistida sob a modalidade heteróloga ou mesmo em relação às pessoas desimpedidas... Há, na legislação brasileira, a previsão a respeito da possibilidade de uma criança ter dois pais, o biológico e o socioafetivo, o que vem a excepcionar o princípio da unicidade do vínculo paterno e, conseqüentemente, do vínculo materno. [...] Evidentemente, no caso de reprodução humana medicamente assistida, há diversas peculiaridades, sem que, no entanto, haja prejuízo na aplicação dos princípios gerais e norteadores da adoção, tal como o instituto é concebido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, sob inspiração dos preceitos e normas da Constituição Federal de 1988”. (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva civil-constitucional*. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 539).

onde se funda o reconhecimento incontestável de que o afeto é o ponto fundamental das relações pessoais.³¹⁷

A noção de afeto consolidou-se como suporte da família, pois, quando o sentimento de amor desaparecia, se tornou plenamente aceitável o rompimento da sociedade conjugal e a possibilidade futura de seus integrantes recomporem a vida familiar com outro par, podendo-se afirmar que um casal se unia para buscar a felicidade por meio de relações de afeição e solidariedade, que são os pilares de base para a existência da família moderna.

Assim, ocorreu um processo de repersonalização das relações de família, pois o afeto e o direito a felicidade são invocados de forma que os aspectos ligados ao sangue, ao nome, e ao patrimônio, cederam lugar, progressivamente, a esta nova concepção de família, talvez mais instável, em virtude das separações e divórcios, mas, certamente, mais autêntica, pois cada membro da família busca a sua realização e, ao mesmo tempo, almeja a satisfação dos interesses do grupo familiar.³¹⁸

Silvana Maria Carbonera³¹⁹ sustenta que o afeto ingressou no mundo jurídico a partir do momento em que sua presença tornou-se essencial para dar visibilidade jurídica às relações familiares, de modo que os costumes foram sendo substituídos, uma vez que, com a redução da prole, a possibilidade de maior convívio entre pais e filhos incitava um relacionamento mais próximo, pautado na preocupação de um membro da família com os demais, permitindo a abertura de

³¹⁷ “A vida afetiva é a dimensão que dá cor, brilho e calor a todas as vivências humanas [...] experiência essa que afeta a totalidade individual e que, por isso mesmo, recebe o qualificativo de afetiva”. (DALGALARRONDO, Paulo. *Psicopatologia e Semiologia dos Transtornos Mentais*. Porto Alegre: Artmed, 2000, p. 100).

³¹⁸ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. As novas orientações do Direito de Família. In: _____ (org.). *O Direito de Família: descobrindo novos caminhos*. São Leopoldo: Autora, 2001, p. 9-11.

³¹⁹ CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 283-284. Heloisa Szymanski relata: “Desde Freud, família e, em especial, a relação mãe-filho, têm aparecido como referencial explicativo para o desenvolvimento emocional da criança. A descoberta de que os anos iniciais de vida são cruciais para o desenvolvimento emocional posterior focalizou a família como o ‘locus’ potencialmente produtor de pessoas saudáveis, emocionalmente estáveis, felizes e equilibradas, ou como o núcleo gerador de inseguranças, desequilíbrios e toda sorte de desvios de comportamento”. SZYMANSKI, Heloisa. Teorias e ‘teorias’ de famílias. In: CARVALHO, Maria do Carmo Brant de (org.). *A Família Contemporânea em Debate*. 2.ed. São Paulo: EDUCS, 1997, p. 23.

espaço para o afeto. Seguindo esta orientação, observamos que a legislação ordinária pós-constituição já apresenta aspectos relacionados com a afetividade e, conseqüentemente, com o modelo eudemonista de família idealizado e que se faz presente na sociedade contemporânea.³²⁰

Deste modo, os próprios integrantes da família legitimavam seu próprio modelo de relação, estabelecendo as permissões e as proibições, bem como a influência que teriam para a formação do caráter dos indivíduos que a ela pertenciam.³²¹

Por conseguinte, os membros da família passaram a distinguir-se pelo diálogo, pela consciência de pertencer ao grupo e por ter objetivos comuns, fazendo com que o indivíduo adquirisse a segurança de reportar-se a uma entidade familiar, a partir da qual formaria a sua própria identidade. Em razão disto, visualizava-se claramente a necessidade de que o vínculo familiar se estabelecesse a partir do afeto, da solidariedade e da troca.

Além da valorização do afeto, outros princípios que despontaram a partir da Constituição Federal de 1988 também serviram de norte para embasar diversas das transformações ocorridas no âmbito das relações familiares, servindo de fundamento para muitas decisões judiciais, notadamente no Direito de Família, ante a evidente complexidade com que se revestem tais relações, cujo reconhecimento não poderia mais ser ignorado pelo ordenamento jurídico.

³²⁰ De acordo com o entendimento de Ana Célia Pinto, a família deve ser vista como: “uma estrutura social básica em que há uma convivência constante, com papéis sociais básicos definidos em que as pessoas podem estar unidas por laços consangüíneos ou não. O importante é que a família é um sistema interacional inserido em um sistema social que lhe dita normas, mitos, ritos. A família também interfere neste sistema uma vez que ela influencia o seu meio social, modificando-o”. (PINTO, Ana Célia Roland Guedes. A família e a justiça. In: NAZARETH, Eliana Riberti (org.). *Direito de Família e Ciências Humanas: Caderno de Estudos* n. 1. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1997, p. 35).

³²¹ Philippe Ariès já mencionava sobre a importância da família na formação do desenvolvimento dos filhos, pois ela constitui um núcleo social que movimenta e anima a sociedade na qual está inserida. Uma entidade formada por pessoas que possuem laços afetivos muito fortes. Essa afeição gera a necessidade de convivência, que, por sua vez dá origem ao núcleo familiar.

2.3.2 As proposições básicas para o Direito de Família: os instrumentos de permeabilidade e adaptabilidade constitucionais

A evolução do Texto Constitucional materializou-se por meio de três eixos básicos: a igualdade entre homens e mulheres, a alteração do sistema de filiação, e o reconhecimento de outras entidades familiares que não a matrimonializada, reconhecendo-se assim a pluralidade de formas de constituição da família.

Com isto, o Código Civil Brasileiro de 1916 perdia seu caráter de Lei Fundamental das Relações Privadas, visto que muitas das regras nele contidas destoavam dos princípios consagrados pela Constituição Federal de 1988,³²² os quais passaram a nortear a proteção a todas as relações estabelecidas,

³²² Neste passo, segundo Alexy, o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são mandamentos de otimização, enquanto que as regras têm o caráter de mandamentos definitivos. Como mandamentos de otimização, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas. A ponderação é a forma de aplicação do direito que caracteriza os princípios. Em contrapartida, as regras são normas que sempre ou bem são satisfeitas ou não o são. Se uma regra é válida e aplicável, então está ordenado fazer exatamente o que ela exige; nada mais e nada menos. (ALEXY, Robert. *Sistema jurídico y razón practica*. In: ALEXY, Robert. *El Concepto y la Validez del Derecho y Otros Ensayos*. 2.ed. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 159-177). Para Humberto Ávila “as regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 70). Ronald Dworkin, sobre o assunto, menciona que “a diferença entre princípios legais e regras jurídicas é uma distinção lógica. Ambos os tipos de padrões apontam para decisões particulares sobre obrigações legais em circunstâncias particulares, mas eles diferem em função da direção que indicam. Regras são aplicáveis de um modo de tudo-ou-nada. Se os fatos que uma regra enuncia ocorrem, então a regra é válida, em cujo caso a resposta que proporciona deve ser aceita, ou ela não é válida, em cujo caso ela não contribui em nada para a decisão.[...] Princípios têm uma dimensão que regras não possuem – a dimensão de peso ou importância. Quando princípios concorrem entre si [...] aquele a quem incumbe resolver o conflito deve tomar em consideração o peso relativo de ambos. [...] Regras não tem dimensão”. (DWORKIN, Ronald. É o direito um sistema de regras? *Estudos jurídicos*, São Leopoldo, v. 34, n. 92, p. 119-158, set.-dez. 2001, p. 130-134). Nas palavras de Canotilho: “Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de «tudo ou nada»; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a «reserva do possível», fática ou jurídica”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1239).

notadamente no âmbito das relações familiares.³²³ Neste contexto, a perspectiva dos princípios de ordem pública esteia as normas pertinentes às famílias, outorgando tutela e proteção a entidade e aos membros que as compõem.³²⁴ O Estado apreendia assim, o poder de intervir nas relações de cunho privado, no sentido de manter a integridade psicofísica de seus membros através de princípios reguladores.³²⁵

Para Rodrigo da Cunha Pereira:³²⁶

A instalação dos princípios fundamentais da Constituição da República, associada à evolução do pensamento científico e à globalização, tem instigado e impulsionado o aparecimento de uma nova legislação. [...] A discussão sobre isto é longa e passa, inclusive, pela necessidade ou não de um código, uma vez que a discussão atual é se o sistema francês da codificação ainda é válido para um momento de instituições civis cada vez mais globalizadas.

³²³ Na Família Constitucionalizada, as entidades familiares não fundadas no matrimônio e os filhos advindos destas ganharam proteção especial do Estado e definiram novos rumos ao Direito de Família, pois os preceitos conservadores do Código Civil Brasileiro de 1916 foram afastados pela Constituição e passaram a imperar outras garantias, basilares para a manutenção do Estado Democrático de Direito. Segundo Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk: “Os princípios constitucionais acerca da família, sobretudo o que rompe com a rigidez dos modelos ao instituir a pluralidade, e o eudemonismo, que implica a proteção da família na pessoa e no interesse de cada um de seus membros - que também dificulta o estabelecimento de modelos fechados, na medida que rompe com uma concepção institucionalista da família - proporcionam a necessária abertura para que realidades familiares não descritas estritamente pelo direito positivo possam ser reputadas como juridicamente relevantes”. (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Famílias Simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 65-66).

³²⁴ Plácido e Silva considera que os princípios “revelam o conjunto de regras ou preceitos que se fixam para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica” servindo como alicerce, à toda espécie humana. (DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. 11.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1989, v.3, p. 447). Chaïm Perelman complementa a idéia dizendo que “há princípios que, mesmo não sendo objeto de uma legislação expressa, impõem-se a todos aqueles para quem o direito é a expressão não só da vontade do legislador, mas dos valores que este tem por missão promover, dentre os quais em primeiro plano a justiça”. (PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. Tradução de Virgínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 95). Desta forma, os princípios “exercem uma função orientadora, apta a indicar rumos nos momentos de instabilidade”. (NALINI, José Renato. *Constituição e Estado Democrático*. São Paulo: FTD, 1997, p. 41). O estudo de Dworkin contribuiu para o entendimento da matéria e criticou diretamente o Positivismo, sobretudo no que se refere ao modo aberto de argumentação permitido pela aplicação do que ele viria a definir como princípios. (DWORKIN, Ronald. *The Model of Rules*. Chicago: University of Chicago Law Review, 1967, p. 22).

³²⁵ Para Moacir Amaral dos Santos “princípio é uma norma, mais do que uma norma, uma diretriz, é um rumo apontado para ser seguido por todo o sistema, rege toda interpretação do sistema. Portanto o princípio é muito mais importante que uma norma. (SANTOS, Moacir Amaral dos. *Instituições de Direito Civil*. Porto Alegre: Forense, 1985, v.1, p. 66).

³²⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 7.

Tratam os princípios constitucionais de idéias centralizadoras e caracterizantes do sistema jurídico como um todo, dirigida aos juristas, que os utilizam como norte para a aplicação das normas jurídicas existentes.³²⁷

Os princípios podem ser considerados como fundamentos de um sistema, tratando-se de pautas de valorizações em relação ao Direito para se adquirir uma harmonia social. Para tanto, a noção de sistema pode, neste ponto, ser atrelada a coordenação entre princípios em cada caso concreto.³²⁸

A abertura proporcionada pelos princípios forma a necessária mediação que consente o acesso de realidade estabelecida em uma racionalidade de outrem aos modelos fechados e ao próprio sistema jurídico.

Os princípios, então, devem ser entendidos como indicadores de valor no momento da apreciação de fatos ou situações possíveis,³²⁹ pelo que Livia Maria Armentano Koenigstein Zago³³⁰ argumenta:

A inserção de princípios nas Constituições modernas procurou sanar o positivismo exacerbado, servindo como respiradouro para o ordenamento jurídico e permitindo uma interpretação da Constituição pelos princípios, de forma a possibilitar um ordenamento jurídico apto a propiciar a justiça e a paz social.

³²⁷ Podemos afirmar que os princípios previstos na Constituição Federal de 1988 restaram consagrados em nosso ordenamento, de forma que toda a legislação infraconstitucional necessitou ser revista, uma vez que deviam se amoldar ao modelo axiológico constitucional. Em estudo realizado, Lúcia Stella Ramos do Lago avançava neste reconhecimento de pluralidade de formas de constituição da família, referindo que: "O casamento e o modo de vida familiar modificaram-se profundamente trazendo reformas dos princípios básicos do Direito de Família. Com as uniões livres ou informais adquiriram um lugar equivalente ao casamento na sociedade moderna, entendimentos de que a base da relação familiar seria o 'afeto', sustenta-se necessário reconhecer efeitos jurídicos a outras uniões, inclusive aquelas entre pessoas do mesmo sexo". (LAGO, Lúcia Stella Ramos do. *Separação de Fato entre os Cônjuges: efeitos pessoais*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 138).

³²⁸ Esser entende que "um conjunto de direito se converte em sistema pela coordenação das instituições em seus âmbitos de eficácia e em seus conceitos dogmáticos característicos". (ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Traducido por Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Boch, 1961, p. 408)

³²⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Um nova perspectiva constitucional: processo e constituição. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 30, n. 30, p. 285-291, 1998, p. 286.

³³⁰ ZAGO, Livia Maria Armentano Koenigstein. *O Princípio da Impessoalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 78.

Neste contexto, os fundamentos das famílias estão imersos nos princípios constitucionais o que, aplicados ao Direito de Família são os pilares que sustentam esse ramo do direito, demonstrando uma preocupação do Estado com a proteção e a manutenção das garantias das relações familiares,³³¹ exercendo uma notável função prospectiva à medida que constituem produto de uma evolução que não permite o retrocesso, sob pena de extinção da própria noção de família.

No âmbito da família, dentro de uma perspectiva pluralista e de respeito à dignidade da pessoa humana, os princípios possuem significado de unidade integrada pela possibilidade de manifestação de afeto por meio da (con)vivência, publicidade e estabilidade, sendo que estes dois últimos requerem o conhecimento da existência da entidade familiar, por meio da durabilidade da relação ou situação, bem como a forma existente de vínculo.³³²

Dentre os princípios que regulam o Direito da Família podemos destacar a liberdade, a igualdade e a dignidade da pessoa humana, sendo que este último encontra-se em patamar superior no que diz respeito às entidades familiares, tornando-se o epicentro das preocupações jurídico-filosóficas.³³³ Diante desse regramento inafastável de proteção da pessoa humana é que discutimos, atualmente, em personalização, repersonalização e despatrimonialização do Direito Privado.

³³¹ Luiz Edson Fachin, ao referir-se à transformação da família menciona que “ancorados nos princípios constitucionais, o Direito de Família ‘constitucionalizado’ não deve ter como horizonte o texto constitucional expresso. Os princípios desbordam das regras e neles a hermenêutica familiar do século XXI poderá encontrar abrigo e luz”. (FACHIN, Luiz Edson. *Elementos Críticos do Direito de Família*: curso de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 297).

³³² Cristiano Chaves de Farias ressalta: “Ora, como a cláusula geral de proteção da personalidade humana promove a dignidade humana, não há dúvida de que se é direito da pessoa humana constituir núcleo familiar, também é direito seu não manter a entidade formada, sob pena de comprometer-lhe a existência digna”. (FARIAS, Cristiano Chaves de. Redesenhando os contornos da dissolução do casamento. (casar e permanecer casado: eis a questão). In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 4, 2004, Belo Horizonte. *Anais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 115).

³³³ Prevê o inciso III do artigo primeiro, da Constituição Federal de 1988 que o Estado Democrático de Direito tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Sob essa ótica, “a dignidade humana compreende não somente a garantia negativa de que o ser humano não seja vítima de ofensas e humilhações, mas também afirmação positiva do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo”. (MEIRELLES, Jussara Maria Leal. *A Vida Embrionária e sua Proteção Jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 191).

Gustavo Tepedino,³³⁴ em seus estudos, explica que a família é valor constitucionalmente garantido nos contornos de sua adequação e de não-contrariedade as importâncias que diferenciam as relações civis, notadamente a dignidade humana, ainda que várias possam ser as suas formas de arranjos, ela é findada à educação e à ascensão daqueles que a ela pertencem.

Não só a família, mas também a sociedade como um todo, incluindo nesta perspectiva o Estado, deveriam propiciar os meios para a realização da dignidade da pessoa, ou seja, o Direito passa a ser tido como uma forma de garantia da proteção à pessoa.

Ingo Wolfgang Sarlet³³⁵ não hesita em afirmar que:

A Constituição de 1988 foi a primeira na história do constitucionalismo pátrio a prever um título próprio destinado aos princípios fundamentais, situado - em homenagem ao especial significado e função destes - na parte inaugural do texto, logo após o preâmbulo e antes dos direitos fundamentais. Mediante tal expediente, o Constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embaadoras e informativas de toda a origem constitucional, inclusive dos direitos fundamentais, que também integram aquilo que se pode denominar de núcleo essencial da Constituição material.

O afeto talvez seja apontado, atualmente, como o principal fundamento das relações familiares e, mesmo não constando a palavra no Texto Maior como um direito fundamental, podemos dizer que o afeto compõem valorização constante da dignidade humana.

A igualdade³³⁶ e a dignidade da pessoa humana possuem o fundamento legal e ético também no respeito das diferenças para que seja reivindicado no

³³⁴ TEPEDINO, Gustavo. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 243-244.

³³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 108-109.

³³⁶ "O princípio da igualdade, formal e material, relaciona-se à paridade de direitos entre os cônjuges ou companheiros e entre os filhos". (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. In: FIUZA, César (coord.); SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.); NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 210).

ordenamento jurídico um

3 LIMITES E PERSPECTIVAS DOS DIREITOS E DAS FAMÍLIAS EM FACE DA COMPLEXIDADE DAS RELAÇÕES

Ao constatar as profundas alterações ocorridas nestas últimas décadas nos Direitos e nas Famílias, esboçando um cotejo com a realidade social contemporânea, ainda podemos identificar diversos conflitos estabelecidos no âmbito destas relações cujos direitos encontram obstáculos para a sua concretização, ao sopesarmos apenas o estabelecido pelas normas que compõem o sistema jurídico brasileiro.³³⁹

Neste sentido, Luiz Edson Fachin³⁴⁰ ressalta que:

Os fatos acabam se impondo perante o Direito e a realidade acaba desmentindo esses mesmos códigos, mudanças e circunstâncias mais recentes têm contribuído para dissolver a 'névoa da hipocrisia' que encobre a negação de efeitos jurídicos. Tais transformações decorrem, dentre outras razões, da alteração da razão de ser das relações familiares, que passam agora a dar origem a um berço de afeto, solidariedade e mútua constituição de uma história em comum.

³³⁹ Dissertando sobre as transformações sociais ocorridas, Michelle Perrot ressalta que “não é a família em si que nossos contemporâneos recusam, mas o modelo rígido e normativo que assumiu no século XIX. Eles rejeitam o nó, não o ninho. A casa é, cada vez mais, o centro da existência. O lar oferece, num mundo duro, um abrigo, uma proteção, um pouco de calor humano. O que eles desejam é conciliar as vantagens da solidariedade familiar com as da liberdade individual. Tateando, esboçam novos modelos de famílias, mais igualitárias nas relações de sexos e idades, mais flexíveis em suas temporalidades e em seus componetes, menos sujeitas à regra e mais ao desejo. O que se gostaria de conservar da família, no terceiro milênio, são seus aspectos positivos: a solidariedade, a fraternidade, a ajuda mútua, os laços de afeto e amor”. (PERROT, Michelle. O nó e o ninho. *Revista Veja 25 Anos: reflexões para o futuro*. São Paulo: Abril, p. 75-81, 1993, p. 81). Desta forma, sobre a recepção destas alterações pelo Direito, incisiva é a observação de Arnaldo Rizzardo, quando este afirma que: “No direito de família, tantas foram as mudanças e transformações ocorridas desde o surgimento do Código Civil, que pouco resta de sua primitiva estrutura”. (RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Aidê, 1994, v.1, p. 333).

³⁴⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 327. Orlando de Carvalho refere que o Direito não pode ficar imóvel perante as questões fáticas que surgem na sociedade, devendo acompanhar os momentos sociais que sempre se antepõem aos fatos jurídicos: “Nenhum direito ou ramo do direito admite uma paralisação no tempo: mesmo que as normas não mudem, muda o entendimento das normas, mudam os conflitos de interesses que se têm de resolver, mudam as soluções de direito, que são o direito em acção”. (CARVALHO, Orlando de. *Para uma Teoria Geral das Relações Jurídicas: a teoria geral da relação jurídica - seu sentido e limites*. 2.ed. Coimbra: Centelha, 1981, v.1, p. 50).

O Direito de Família depara-se com o problema da objetividade dos atos e fatos jurídicos que, na sua especificidade, são permeados pela subjetividade das relações estabelecidas.³⁴¹ Por esta razão, se evidencia a incapacidade de operacionalização objetiva pelo Direito dos conflitos estabelecidos neste âmbito, vez que a complexidade³⁴² com que se revestem as relações familiares impossibilita sua redução a modelos ou categorias fechados elevados a dogmas pelo raciocínio jurídico positivista.³⁴³

³⁴¹ Segundo Rodrigo da Cunha Pereira: “O Direito de Família não pode mais ignorar que a subjetividade permeia praticamente todas as suas questões, com as quais lidamos no dia-a-dia. Nós, operadores do Direito, não podemos continuar a nos enganar, ignorando o discurso inconsciente. As relações de família não podem continuar sendo tratadas pelos sistemas jurídicos como se fossem determinadas apenas pelo mundo da objetividade”. (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: a sexualidade vista pelos tribunais*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p., p. 16). “O homem da ética que nos habita (mesmo que, quase sempre, muito timidamente) é o vetor de nossa subjetividade que transita no invisível: é ele quem escuta as inquietantes reverberações das diferenças que se engendram em nosso inconsciente e a partir daí nos leva a tomar decisões que permitam a encarnação de tais diferenças em um novo modo de existência, tanto no sentido de fazer novas composições, quanto no sentido de desmanchar composições vigentes. É o homem do inconsciente: operador da produção de nossa existência como obra de arte. Ele também guia nossas escolhas, só que selecionando o que favorece e o que não favorece a vida, tendo como critério a afirmação de sua potência criadora - daí porque chamá-lo de ‘ético’”. (ROLNIK, Suely. Cidadania e alteridade: o psicólogo, o homem da ética e a reinvenção da democracia. In: SPINK, Mary Jane Paris (org.). *A Cidadania em Construção: uma reflexão transdisciplinar*. São Paulo: Cortez, 1994, p. 166).

³⁴² Para André-Jean Arnaud e Maria José Farinãs Dulce: “O termo ‘complexidade’ evoca outra coisa além da simples complicação. Ele nos remete à idéia de recorrências e de emaranhados de relações de um nível institucional a outro. Desse ponto de vista, já se disse, a complexidade é inerente às relações sociais e econômicas, e, portanto, às relações jurídicas [...]”. (ARNAUD, André Jean; DULCE, Maria José Farinas. *Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 285). “La complejidad de una unidad indica el hecho de que no todos los elementos de dicha unidad pueden estar simultáneamente em relación com ellos mismos. Así, la complejidad significa que para actualizar las relaciones entre los elementos es necesaria una selección. Como fundamento de la definición de complejidad está la distinción entre elemento y relación, que permite observar una condición de relacionabilidad selectiva, distinguiéndola de una condición de relacionabilidad completa entre los elementos”. (CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la Teoría Social de Niklas Luhmann*. Traduzido por Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. Guadalajara: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 43).

³⁴³ A posição adotada pelo positivismo jurídico não é capaz de abarcar a complexidade desta estruturação a partir de suas múltiplas configurações vinculares humanas, que buscam trilhar um caminho da diluição dos preconceitos e dos valores rigidificados e tradicionalistas, pois, nas palavras de Norberto Bobbio: “O positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. Ora, a característica fundamental da ciência consiste em sua avaloratividade, isto é, na distinção entre juízos de fato e juízos de valor e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato. [...] A ciência exclui do próprio âmbito os juízos de valor, porque ela deseja ser um conhecimento puramente objetivo da realidade, enquanto os juízos em questão são sempre subjetivos (ou pessoais) e conseqüentemente contrários à exigência da objetividade”. (BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. Traduzido por Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995, p. 135).

Giselle Câmara Groeninga³⁴⁴ explica que os modelos e paradigmas de conhecimento estabelecido nas origens do sistema jurídico brasileiro excluía integralmente a complexidade que é inerente às relações familiares, pois faziam referência apenas quanto aos aspectos patrimoniais da relação, assumindo uma postura totalmente objetiva destas, enquanto que as questões da parentalidade eram objetivadas em uma rígida divisão de papéis e funções. Todavia, em decorrência das significativas transformações ocorridas na sociedade, a complexidade, a informalidade, e a subjetividade conhecidas do espaço privado das relações familiares se fazem cada vez mais presentes nos conflitos estabelecidos, contrapondo-se a este formalismo excessivo, impulsionando parte das mudanças de paradigmas que assistimos.³⁴⁵

Nesta concepção, os conflitos estabelecidos no âmbito das relações familiares requerem um tratamento diferente de outros pelo alto nível afetivo (subjetivo) que contém, pela vulnerabilidade emocional que se encontram as pessoas em situação de crise, pelo luto inerente às suas transformações. Por tais motivos, de maneira totalmente diversa das outras áreas, destaca-se que as questões familiares possuem um envolvimento que lhe é inegavelmente singular, que é o afeto.

³⁴⁴ GROENINGA, Giselle Câmara. Entre o público e o privado, famílias. *Boletim do IBDFAM*, Belo Horizonte, n. 25, p. 7, mar.-abr. 2004, p. 7.

³⁴⁵ Eliseu Figueira salienta: “Quando se fala em crise do direito isso quer significar, não o enfraquecimento do ordenamento normativo como operador na solução dos conflitos, sintoma de uma sociedade onde a espontaneidade harmónica dos comportamentos se traduza na realização utópica de uma sociedade sem direito, mas pelo contrário significa o encerramento de um ciclo histórico para o qual o homem, no seu poder criativo, forjou um sistema jurídico adequado ao funcionamento da sociedade onde uma classe ascendente de comerciantes e pequenos industriais se opusera a um regime de classes privilegiadas, reclamando liberdade e igualdade de direitos”. Importa transcrever ainda a seguinte justificativa apresentada pelo autor sobre a “crise” que se apresenta: “A ciência jurídica, face ao ordenamento normativo, move-se no seu interior, elabora conceitos que uma vez fixados se elevam em dogmas, e sem tomar em conta a transformação do real o jurista, segundo a lógica das formas (por exemplo, a relação regra-excepção) e uma pretensa auto-suficiência do sistema, procura os tipos de conduta intemporalmente compreendidos numa relação de coincidência com o caso concreto a tutelar. Ao formular-se um sistema normativo de regras gerais de conduta (tipos) de carácter intemporal, onde o magistrado é simples executor formal, sem que possa (embora com obediência à lei) mover-se num espaço de integração na base de princípios gerais [...], necessariamente esse modelo teria que entrar em crise por inadequação ao mundo de hoje económica e socialmente transformado”. (FIGUEIRA, Eliseu. *Renovação do Sistema de Direito Privado*. Lisboa: Caminho, 1989, p. 17-19).

A partir destas considerações, introduz-se no cenário jurídico o discurso intitulado por muitos pesquisadores como a “Crise do Direito”,³⁴⁶ que poderia ser descrita como o esgotamento deste modelo liberal-individualista assumido quando da formação do sistema jurídico brasileiro, o qual se mostra insatisfatório e limitado para atender as carências e as necessidades desta atual sociedade complexa.³⁴⁷ Para Leonel Severo Rocha:³⁴⁸

[...] a crise do Direito não é somente uma deficiência de sua estrutura tradicional, mas uma crise de interação de seus pressupostos dogmáticos para funcionarem dentro da globalização. Desta maneira, é preciso se colocar de forma mais clara a grande questão, e que é uma das conseqüências da crítica que tem sido feita ao Direito da modernidade, ou seja, aquela da necessidade de se relacionar o Direito com a política e a sociedade – e esta questão não é nada simples.

Assim, imprescindível uma maior reflexão sobre o Direito e a Família, ressaltando-se a falta de parâmetros e o risco sempre presente na atual sociedade

³⁴⁶ “A ciência e a tecnologia aumentaram a nossa capacidade de ação de uma forma sem precedentes, e, com isso, fizeram expandir a dimensão espaço-temporal dos nossos atos. [...] A expansão da capacidade de ação ainda não se fez acompanhar de uma expansão semelhante da capacidade de previsão, e, por isso, a previsão das conseqüências da ação científica é necessariamente muito menos científica do que a ação científica em si mesma. Esta assimetria tanto pode ser considerada um excesso como um déficit: a capacidade de ação é excessiva relativamente à capacidade de previsão das conseqüências do ato em si ou, pelo contrário, a capacidade de prever as conseqüências é deficitária relativamente à capacidade de as produzir”. (SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência*. 3.ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 58).

³⁴⁷ Francisco dos Santos Amaral Neto comenta as transformações ocorridas, a complexidade das novas sociedades, a velocidade crescente nas mudanças das instituições econômicas, políticas e jurídicas, e a multiplicidade de fontes e soluções jurídicas dentro de um mesmo sistema, refletindo sobre as suas funções para a sociedade contemporânea, e a inadequação do direito da época moderna, pela insuficiência de seus modelos e de soluções normativas para os problemas da sociedade contemporânea, de forma que refere: “A crise do direito e da justiça, por sua complexidade, exige um esforço de reflexão multidisciplinar, inter-relacionando-se as diversas perspectivas de seu estudo, vale dizer, a dogmática, ou doutrina jurídica, a filosofia, a sociologia, a história, na tentativa de superação dessa crise pela reconstrução de uma ciência total do direito”. (AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Descodificação do Direito Civil*. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 16, 1996, Fortaleza. *Anais*. Brasília: OAB, 1996, p. 514).

³⁴⁸ ROCHA, Leonel Severo. O direito na forma da sociedade globalizada. In: _____. (org.); STRECK, Lenio Luiz (org.). *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*. São Leopoldo: UNISINOS, 2001, p. 118-119. André-Jean Arnaud ainda ressalta que: “Não é de hoje que os juristas falam da crise do Direito e a fazem derivar de uma crise da sociedade de sua época. Mas, para eles, as várias análises dessas crises e das relações entre elas se reduzem, na maior parte das vezes, à constatação de uma ‘perda de valores’ que tradicionalmente sustentavam o edifício jurídico, e à observação da invasão do direito pelos fatos”. (ARNAUD, André-Jean. *O Direito Traído pela Filosofia*. Traduzido por Wanda de Lemos Capeller e Luciano Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 171).

complexa,³⁴⁹ sendo importante mencionar que várias são as definições e sentidos da idéia de família, as quais dependem da perspectiva adotada pelo pesquisador. Ora, essa circunstância revela, perfeitamente, a impossibilidade da fixação de um significado único ou último para qualquer palavra, o que nos auxilia a desvelar o inafastável risco de todas e quaisquer decisões produzidas pelo Direito em nossa atual sociedade.³⁵⁰

3.1 DIREITO COMO UM SISTEMA DE GARANTIAS E SEGURANÇA PARA AS RELAÇÕES FAMILIARES

Ponderando numa dinâmica geral as relações que têm como objeto de sua regulação, pode-se conceber o Direito como “uma disciplina social, isto é, uma disciplina que a sociedade impõe a si mesma na pessoa de seus membros, como meio de atingir o fim supremo”, que é a convivência harmônica de todos os seus associados.³⁵¹ Desta forma, quando falamos em Direito no sentido objetivo, pode-se

³⁴⁹ Leonel Severo Rocha afirma que “na sociedade complexa, o risco torna-se um elemento decisivo. O risco é um evento generalizado da comunicação, sendo uma reflexão sobre as possibilidades de decisão”. (ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 36). Assim: “Os riscos são infinitamente reprodutíveis, pois se reproduzem juntamente com as decisões e os pontos de vista com que cada um pode e deve avaliar as decisões na sociedade pluralista”. (BECK, Ulrich; GIDDENS, Antony; SCOTT, Lash. *Modernidade Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Traduzido por Magda França Lopes. São Paulo: UNESP, 1997, p. 20)

³⁵⁰ Vicente Ráo menciona que: “É certo que o direito se apodera do homem desde antes de seu nascimento e o mantém sob sua proteção até depois de sua morte. Mas, certo também é que, sempre e a todo instante, o considera como parte de uma comunhão, que é a sociedade, fora da qual o homem, civilmente, não poderia viver. Por isso, é que a sociedade e direito forçosamente se pressupõe, não podendo existir aquela sem este, nem este sem aquela. *Ubi societas ibi jus*. Se a coexistência social resulta da natureza humana, também da natureza do homem, que Deus fez à sua semelhança, o direito decorre. [...] Encontra-se, pois, a origem do direito na própria natureza do homem, havido como ser social. E é para proteger a personalidade deste ser e disciplinar-lhe sua atividade, dentro do todo social de que faz parte, que o direito procura estabelecer, entre os homens, uma proporção tendente a criar e a manter a harmonia da sociedade”. (RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 52-53).

³⁵¹ Tobias Barreto conclui que “o direito é um instituto humano; é um dos modos da vida social, a vida pela coação, até onde não é possível a vida pelo amor; o que fez Savigny dizer que a necessidade e a existência do direito são uma consequência da imperfeição do nosso estado. O seu melhor conceito científico é o que ensina o grande mestre de Goettinge: ‘o conjunto de condições existenciais da sociedade *coativamente* asseguradas’. Se ao epíteto *existenciais* adicionarmos *evolucionais*, pois que a sociedade não quer somente *existir*, mas também *desenvolver-se*, aí temos a mais perfeita concepção do direito”. (BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito*. Campinas: Bookseller, 2000, p. 135-136).

pensar em um conjunto de normas³⁵² assentadas num sistema³⁵³ estabelecido para ordenação da sociedade, onde as Constituições assumem um papel garantidor da ordem³⁵⁴, enquanto que as Codificações determinam os preceitos aplicáveis aos casos concretos; e no sentido subjetivo, abrange as regras abstratas, idealizadas concretamente pelo próprio indivíduo, para que este possa defender-se das relações jurídicas que afetam seu patrimônio e sua própria existência.

De qualquer sorte, numa acepção descritiva ou sociológica, podemos afirmar que o Direito é um complexo de interações, representações, normas e processos sociais, que prescrevem determinadas condutas, cujo objetivo primordial é prevenir ou resolver conflitos, generalizando assim, as expectativas de comportamento, bem

³⁵² Segundo André-Jean Arnaud e Maria José Farinãs Dulce, “a norma jurídica é a primeira realidade que o jurista conhece. Um código, como o Código Civil, por exemplo, consiste, primeiramente, ainda que de maneira aparente, num conjunto de normas jurídicas organizado de maneira axiomática. A família, a propriedade, o contrato são aí definidos e regrados minuciosamente, assim, como são regradas, normativamente, outras matérias, também de modo minucioso em outros códigos de direito”. (ARNAUD, André Jean; DULCE, Maria José Farinas. *Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 310).

³⁵³ Ricardo Luis Lorenzetti, partindo da afirmação de que o “direito sempre foi um sistema, uma unidade estruturada com diversos elementos”, refere que para o funcionamento da sociedade é necessário que existam regras assentadas em algumas bases, seja essas um oráculo, máximas transmitidas historicamente ou precedentes judiciais, o fato é que tem de haver um ou vários dogmas fundamentais considerados inquestionáveis. Neste sentido, conclui que: “Os elementos básicos, estruturantes do sistema, aqueles a partir dos quais se inicia a lógica da inferência no juízo decisório, se encontravam no Código. Agora, percebe-se que estão no Código, na Constituição, nos tratados, no costume, que são as fontes onde encontramos as normas fundamentais”. (LORENZETTI, Ricardo Luis. A descodificação e a possibilidade de ressystematização do Direito Civil. In: FIUZA, César (coord.); SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.); NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 228-229). Do mesmo modo, Eros Roberto Grau quando afirma que: “Do direito falamos, com freqüência, referindo-o como ‘sistema jurídico’. Com isso queremos, conscientemente ou não, aludir ao ‘sistema do direito’ ou ao ‘sistema’ que o direito é. Tomamos, então, o direito como *sistema*”. (GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 18). Para Cássius Guimarães Chai, sistema pode ser compreendido como um “conjunto de elementos inter-relacionados, cuja unidade é dada por suas interações e cujas propriedades são distintas da soma desses elementos”. (CHAI, Cássius Guimarães. *Descumprimento de Preceito Fundamental: identidade constitucional e vetos à democracia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 50).

³⁵⁴ Segundo Émile Benveniste, por “ordem”, “temos uma das noções cardeais do universo jurídico, e também religioso e moral, dos indo-europeus: é a ‘Ordem’ que governa tanto a disposição do universo, o movimento dos astros, a periodicidade das estações e dos anos, quanto as relações dos homens entre os deuses, e dos homens entre eles. Nada do que se refere ao homem, ao mundo, escapa ao império da ‘Ordem’. É, portanto, o fundamento religioso e moral de toda a sociedade; sem esse princípio, tudo retornaria ao caos”. (BENVENISTE, Émile. *O Vocabulário das Instituições Indo-Européias: poder, direito, religião*. Traduzido por Denise Bottmann e Elenora Bottmann. Campinas: UNICAMP, 1995, v.2, p. 102).

como a punição a ser aplicada a qualquer ação contrária àquela previsão.³⁵⁵ André-Jean Arnaud e María José Fariñas Dulce³⁵⁶ corroboram este entendimento quando especificam:

O direito é o conjunto dos princípios e das regras de caráter normativo, que regulam as relações dos indivíduos e dos grupos em sociedade, e assim ele permanece, no espírito dos que a ele são submetidos por vínculo pessoal, real ou territorial, na crença:

- a) no caráter legítimo da autoridade de que ele emana;
- b) no caráter superior, verdadeiro e válido das regras apresentadas e sua correspondência aos valores da civilização da qual ele emerge (justiça, paz, moralidade, ordem, conformidade a uma tradição cultural, sobretudo religiosa);
- c) no caráter obrigatório do que é assim colocado, e
- d) na necessidade e na legitimidade de uma sanção assim como a autoridade encarregada de aplicá-lo.

Os referidos autores concluem afirmando que esta definição reconhece uma peculiaridade que é especial ao Direito, e que faz do sistema jurídico um sistema à parte nos inúmeros sistemas normativos que formam o sistema social total, considerando que nele é que estão reunidas todas as características distintivas da ideologia, o que é essencial, quais sejam: ideologia dos valores, da legitimidade, do obrigatório, da força coercitiva institucional.

³⁵⁵ A partir da Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann, Willis Santiago Guerra Filho descreve que: “O sistema jurídico aparece como um dos ‘sistemas funcionais’ do sistema social global, com a tarefa de reduzir a complexidade do ambiente, absorvendo a contingência do comportamento social, ao garantir certa congruência entre as expectativas de como os indivíduos vão se comportar, e a generalização dessas expectativas, pela imunização do perigo de decepcionarem-se” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 63).

³⁵⁶ ARNAUD, André-Jean; DULCE, Maria José Fariñas. *Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos*. Traduzido por Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 323. Miguel Reale destaca a extrema complexidade de se definir um sentido claro e unívoco da palavra Direito, notadamente quando estabelece um cotejo entre os conceitos trazidos pelas ciências físicas e aqueles trazidos pelas ciências sociais ou humanas, concluindo que: “É fácil perceber a extrema complexidade, por exemplo, da palavra *liberdade*, assim como do termo *igualdade*, porquanto através do tempo, esses vocábulos têm sido usados em sentidos diversos e, muitas vezes, conflitantes. A mesma coisa acontece com a palavra *Direito*, cuja importância para a vida humana explica perfeitamente a razão de tantos sentidos que se lhe agregaram. Por serem palavras cujas raízes se aprofundam no mundo contraditório dos interesses e das preferências humanas; por estarem sempre na funcionalidade de forças inovadoras que pretendem subordinar a regularidade dos fenômenos naturais à pauta de fins almejados; por refletirem, em suma, todas as aporias da existência humana, em uma incessante experiência de estimativas, as ‘palavras cardeais’ da cultura e da civilização (liberdade, justiça, igualdade etc.), todas elas não comportam a univocidade peculiar às coisas neutras para o mundo dos valores”. (REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 497-498).

Entretanto, para alcançarmos o significado do Direito numa perspectiva histórica, constata-se que o homem o experimentou e o realizou inicialmente como fato social, conjecturando-o envolto por liames místicos e religiosos que, aos poucos, foram se entrelaçando com os sentimentos experimentados na ordem do próprio mundo, estabelecendo-se “regras ao mesmo tempo religiosas, morais, jurídicas, indiferenciadas no bojo dos costumes, elaboradas no anonimato do viver coletivo, exigidas por chefes e sacerdotes”.³⁵⁷

A partir das idéias de Sófocles em *Antígona*,³⁵⁸ Cícero em *De Legibus*,³⁵⁹ Tomás de Aquino na *Suma Teológica*,³⁶⁰ manifestava-se um Direito independente da

³⁵⁷ Miguel Reale sustenta que “o Direito, no seu *abstractum* fático, tenha sido eclipsado pelo Direito como conteúdo de estimativa, ligado ao *sentimento do justo*, revelado em expressões irracionais. A primeira intuição foi a do Direito – ou melhor, da ‘ordem social’ na qual o Direito estava em germen, pois também ainda não se achava formalmente organizado o Poder –, a primeira imagem talvez tenha sido uma *imagem de valor, como vivência confusa de valores*, permanecendo ineparáveis a concepção do universo físico e a do mundo moral”. (REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 499-501).

³⁵⁸ Nesta tragédia grega, percebe-se a enorme diferença entre a obrigação moral sentida por Antígona e a obrigação posta pelo decreto real de Creonte. Em sua defesa, disse Antígona para Creonte: “A tua lei não é a lei dos deuses; apenas o capricho ocasional de um homem. Não acredito que tua proclamação tenha tal força que possa substituir as leis não escritas dos costumes e os estatutos infalíveis dos deuses”. (SÓFOCLES. *Antígona de Sófocles*. 5.ed. Traduzido por Millôr Fernandes. São Paulo: Paz e Terra, 2003, p. 25).

³⁵⁹ Cícero defendia a constituição de um direito racional e natural, da maneira como afirmava que: “A lei é a razão suprema da Natureza, que ordena o que se deve fazer e proíbe o contrário. Esta mesma razão, uma vez confirmada e desenvolvida pela mente humana, se transforma em lei. Por isso, afirmam que a razão prática é uma lei cuja missão consiste em exigir as boas ações e vetar as más. [...] A lei é a força da natureza, é o espírito e a razão do homem dotado de sabedoria prática, é o critério do justo e do injusto. [...] Sem dúvida, para definir Direito, nosso ponto de partida será a lei suprema que pertence a todos os séculos e já era vigente quando não havia lei escrita nem Estado constituído”. (CÍCERO, Marco Túlio. *Das Leis*. Traduzido por Otávio T. de Brito. São Paulo: Cultrix, 1967, 6-7).

³⁶⁰ “Santo Tomás constrói uma doutrina teológica do poder e do Estado. Primeiramente, compreende que a natureza humana tem fins terrenos e necessita de uma autoridade social. Se o poder em sua essência tem uma origem divina, é captado e se realiza através da própria natureza do homem, capaz de seu exercício e sua aplicação. Certamente, tanto o poder temporal quanto o poder espiritual foram instituídos por Deus. Deus é o criador da natureza humana e, como o Estado e a Sociedade são coisas naturalmente necessárias, Deus é também o autor e a fonte do poder do Estado. [...] Por conseqüência, os fins do Estado são fins morais (o bem-estar de toda comunidade), sendo que os cidadãos estão comprometidos com um fim temporal (representado pela autoridade estatal) e com um fim espiritual (corporificado pela Igreja, que atua como instância maior). [...] A lei eterna é a razão suprema existente em Deus e está acima de todas as outras, regulamentando toda a ordem da criação divina, presidindo os fenômenos naturais e a existência humana. Estando além da natureza física do homem, este só poderá ter uma compreensão parcial da lei eterna mediante a faculdade da razão instrumentalizada na lei natural. A lei natural é a manifestação incompleta e imperfeita da lei eterna em todos seres humanos. A lei natural é produzida pela razão, determinando a prática de atos virtuosos, sendo comum a todos, cristãos e pagãos”. (WOLKMER, Antonio Carlos. *O Pensamento Político Medieval: Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino*. *Crítica Jurídica*: revista latinoamericana de política, filosofia y derecho, Curitiba, n. 19, p. 15-31, 2001, p. 22-23).

vontade humana, firmando-se então uma idéia abstrata de Direito Natural, que correspondia a um ordenamento ideal, uma justiça superior que provinha da própria natureza ou da essência de determinada coisa, da vontade de Deus ou da racionalidade dos seres humanos.³⁶¹

Neste contexto, Vicente Ráo³⁶² enfatiza que o Direito Natural corresponde a uma concepção geral de Direito que se impunha pela força dos princípios supremos, *universais e necessários*, dos quais resultavam outros, inerentes à natureza do homem:

Não são, portanto, apenas as suas exigências físicas, ou sociais, nem tampouco apenas os preceitos éticos, morais ou espirituais, nem, ainda, exclusivamente, a razão, que definem a sua natureza; ao contrário, são todos estes elementos reunidos que integram a unidade natural da pessoa humana.

A razão extrai e declara os princípios gerais que do concurso de tais elementos resultam e, pois, da natureza humana decorrem; mas, nesta e não naquela se encontra o fundamento do direito natural, que não é um superdireito, mas: um conjunto de princípios supremos, universais, e necessários que, extraídos da natureza humana pela razão, ora inspiram o direito positivo, ora por este direito são imediatamente aplicados, quando definem os direitos fundamentais do homem.

Assim, evidencia-se que o Direito propriamente dito tem suas raízes nas leis morais e éticas que despontaram com a criação da sociedade, e com o estabelecimento dos conflitos que lhe são inerentes.

³⁶¹ Marlene Maia refere que o Direito Natural suscita muita controvérsia nos meios judiciais, filosóficos, políticos, religiosos e científicos atuais, tendo em vista que não há bases para o seu reconhecimento; existem apenas sinais que fazem crer na sua existência. A pesquisadora clarifica ainda que por Direito Natural entende-se um “direito acima das leis criadas pelo homem, um direito maior que devia reger esse direito estipulado”. Uma realidade ou uma quimera são os dois pontos de vista sobre este “algo”, mencionado pela primeira vez por Aristóteles, mas ainda muito incerto nos nossos dias. (MAIA, Marlene. *Direito Natural: realidade ou quimera? O Primeiro de Janeiro*, Porto, 7 jun. 2002). Todavia, sem questionar a existência de um Direito Natural, Norberto Bobbio refere que os jusnaturalistas admitiam “a existência de um estado de natureza, isto é, uma sociedade em que existiam apenas relações intersubjetivas entre os homens, sem um poder político organizado. Nesse estado, que teria precedido a instauração da sociedade política (ou Estado), admitiam a existência de um direito que era, exatamente, o direito natural”. (BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. Traduzido por Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995, p. 29).

³⁶² RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 78-79. Não obstante, Norberto Bobbio acredita que o Direito Natural não seria de fato um Direito, tendo em vista que este não teria o poder coercitivo das normas e estaria livre de qualquer segurança normativa. Segundo o autor, quando se fala em Direito entende-se apenas Direito Positivo: “o positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo”. (BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. Traduzido por Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995, p. 26).

Entretanto, na medida em que o Estado Liberal se implantava, este paradigma foi sendo abandonado, pois, no momento em que o Direito passou a ser idealizado como uma Ciência, deveria se manter inerte a quaisquer valores que sustentavam o ideal da sociedade,³⁶³ ou seja, o Direito teria como objeto de estudo a norma jurídica como ela de fato existe, sem qualquer comentário sobre o que seria justo ou injusto, mas apenas se esta norma seria válida ou inválida.

O interesse do Direito deveria ser apenas pela realidade dos fatos, impondo aos cientistas que estes se eximissem de estabelecer qualquer juízo de valor, uma vez que estes seriam objetos de estudo da Sociologia ou da Filosofia do Direito, mas não da Ciência Jurídica.³⁶⁴

³⁶³ Norberto Bobbio estabelece os seguintes critérios de distinção entre o Direito Natural e o Direito Positivo: “a) o primeiro se baseia na antítese *universalidade/particularidade* e contrapõe o direito natural, que vale em toda parte, ao positivo, que vale apenas em alguns lugares (Aristóteles, Inst. – 1ª definição); b) o segundo se baseia na antítese *imutabilidade/mutabilidade*: o direito natural é imutável no tempo, o positivo muda. (Inst. – 2ª definição –, Paulo); esta característica nem sempre foi reconhecida: Aristóteles, por exemplo, sublinha a universalidade o espaço, mas não acolhe a imutabilidade no tempo, sustentando que também o direito natural pode mudar no tempo; c) o terceiro critério de distinção, um dos mais importantes, refere-se à fonte do direito e funda-se na antítese *natura-potestas populus* (Inst. – 1ª definição –, Grócio); d) o quarto critério se refere ao modo pelo qual o direito é conhecido, o modo pelo qual chaga a nós (isto é, os destinatários), e lastreia-se na antítese *ratio-voluntas* (Glück): o direito natural é aquele que conhecemos através da nossa razão. (Este critério liga-se a uma concepção racionalista da ética, segundo a qual os deveres morais podem ser conhecidos racionalmente, e, de um modo mais geral, por uma concepção racionalista da filosofia.) O direito positivo, ao contrário, é conhecido através de uma declaração de vontade alheia (promulgação); e) o quinto critério concerne ao objeto dos dois direitos, isto é, aos comportamentos regulados por estes: os comportamentos regulados pelo direito natural são bons ou mais por si mesmos, enquanto aqueles regulados pelo direito positivo são por si mesmos indiferentes e assumem uma certa qualificação apenas porque (e depois que) foram disciplinados de um certo modo pelo direito positivo (é justo aquilo que é ordenado, injusto o que vetado (Aristóteles, Grócio); f) a última distinção refere-se ao critério de valoração das ações e é enunciado por Paulo: o direito natural estabelece aquilo que é bom, o direito positivo estabelece aquilo que é útil. (BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: lições de Filosofia do Direito. Traduzido por Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995, p. 22-23).

³⁶⁴ Diferente desta concepção valorativa, Niklas Luhmann estabelece uma distinção entre a ciência jurídica e a sociologia, mencionando que: “A diferenciação entre a ciência jurídica e a sociologia está relacionada ao fato de que a concepção de uma ‘fonte do direito’ é inaceitável para a sociologia. Essa concepção de uma fonte do direito só tem sentido se expressar ao mesmo tempo a forma de surgimento e as bases da vigência do direito (e freqüentemente também as formas e as bases de sua percepção). Para o sociólogo, porém, os processos fatuais que levam, em termos causais, ao surgimento de concepções normativas generalizadas são tão amplos e intrincados, ao ponto de tornarem impossível a determinação ‘das’ causas do surgimento de uma lei”. (LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Traduzido por Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, v.2, p. 7).

Os precursores deste movimento positivista - Auguste Comte, na Filosofia;³⁶⁵ Émile Durkheim, na Sociologia;³⁶⁶ entre outros - acreditavam na possibilidade da efetiva separação entre o criador e sua obra, onde esta, ao invés de mostrar as opiniões e julgamentos daquele, retrataria de forma neutra e clara uma determinada realidade a partir de seus fatos, sem um exame acurado destes. Para estes, o conhecimento se explicaria por si mesmo, necessitando apenas de seu criador para recuperá-lo e colocá-lo à mostra.³⁶⁷

Para o Direito, o positivismo traduzia-se na possibilidade de estudar e aplicar a norma jurídica independentemente de valorações éticas e de suas implicações sociais. Substituía-se as interpretações metafísicas, estabelecendo rumos para a

³⁶⁵ “A sociologia fundada por Auguste Comte nasceu do desejo de libertar o homem das crenças religiosas e da especulação metafísica. Voltada para investigação rigorosa dos fatos, pretendia atingir a objetividade das ciências naturais, o que, segundo o seu autor, a teoria social ainda não havia alcançado. Entretanto, esse ideal de objetividade só poderia ser atingido se a sociedade fosse encarada como objeto de pura observação, pondo-se de lado qualquer pretensão de verdade absoluta ou de sociedade justa”. (LOUREIRO, Isabel Maria. *A Sociologia de Comte: teoria da ordem social permanente*. In: BENOIT, Lelita Oliveira. *Sociologia Comteana: gênese e devir*. São Paulo, Discurso, 1999, p. 11). Carlos Eduardo Sell afirma que “Augusto Comte é considerado o fundador do positivismo”, referindo ainda que: “A *dimensão filosófica* do positivismo corresponde à famosa lei dos três estados (ou estágios) de Augusto Comte, através do que ele define a sua concepção do que é a ciência. Segundo esta teoria, a evolução da humanidade está condicionada pelo progresso do conhecimento, que acontece em três fases fundamentais: estado teológico, estado metafísico (filosófico) e estado positivo (científico)”. (SELL, Carlos Eduardo. *Sociologia Clássica: Durkheim, Weber [e] Marx*. Itajaí: UNIVALI, 2001, p. 34).

³⁶⁶ “A pretensão de conferir à sociologia uma reputação verdadeiramente científica será o principal objetivo da obra do pensador francês Émile Durkheim (1858-1917). Seguidor do positivismo de Augusto Comte, toda obra de Durkheim está voltada para dotar a sociologia do que até então mais lhe faltava: um método de análise”. Sua principal preocupação era fazer da sociologia uma ciência semelhante à física, a química, a astronomia e outras ciências da natureza, da maneira como tentava equiparar a realidade social à realidade da natureza, bem como os fenômenos por ela estudados. Tratando os fenômenos sociais como “coisas”, Durkheim “recomendava que os sociólogos evitassem as pré-noções que já tinham sobre estas questões e que observassem os fenômenos sempre de acordo com suas características exteriores, da forma mais objetiva e imparcial possível”. (SELL, Carlos Eduardo. *Sociologia Clássica: Durkheim, Weber [e] Marx*. Itajaí: UNIVALI, 2001, p. 59-65).

³⁶⁷ “Desde Comte e Durkheim, a tentativa de explicar casualmente as conexões entre os fatos conduz ao empirismo nomológico, enquanto o enquadramento dos elementos em uma totalidade, pretendido a partir de época bem mais próxima, conduz ao estruturalismo ou ao funcionalismo. O denominador comum é a redução da ação humana à condição de conduta objetiva, passível de descrição sem observância daquilo que significa para o agente ou sujeito. Os fatos sociais são tratados como coisas. A possibilidade de os seres humanos possuírem uma capacidade de intervenção e criação autônomas, que lhes permitir

ordem pública contra os abusos do individualismo e, por conseqüência, opondo-se a concepção do Direito Natural, do pacto social e das doutrinas teológicas. Deste modo, o positivismo expressava o experimentalismo sistemático e, ao mesmo tempo, anticientífico ao observar as causas finais.³⁶⁸

Hans Kelsen³⁶⁹ aprofundou esta concepção, trazendo a noção pela qual o Direito deveria ser encarado simplesmente como norma e não como fato social,³⁷⁰ pois somente desta forma asseguraria o conflito entre a classe dominante - representada pelo Estado - e a classe dominada - a sociedade, de uma forma totalmente distinta da noção de ideologia, afirmando que:³⁷¹

³⁶⁸ O Direito Positivo, segundo Luiz Alberto Warat, surgiria como “um modelo axiomático, um sistema completo, dotado de plenitude hermética, do qual se pode extrair conclusões para todas as hipóteses”. (WARAT, Luiz Alberto. *Mitos e Teorias na Interpretação da Lei*. Porto Alegre: Síntese, 1979, p. 50).

³⁶⁹ A Teoria Pura do Direito desfraldada por Hans Kelsen (1881-1973) idealizava a Ciência Jurídica como “uma espécie de cidadela cercada por todos os lados, por psicólogos, economistas, políticos e sociólogos”, os quais almejavam “transpor os muros da Jurisprudência, para torná-la sua, para incluí-la em seus domínios”. [...] “É necessário, dizia Kelsen, conceber o Direito com olhos de jurista, sem procurar a todo instante elementos que a Psicologia elabora, a Economia desenvolve ou a Sociologia nos apresenta”. (REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 455).

³⁷⁰ Kelsen definia o Direito como uma norma social distinta da norma moral, da maneira que relatava que, embora ambas regrassem a conduta do indivíduo, a última estaria despida de conteúdo coercitivo: “Uma distinção entre o Direito e a Moral não pode encontrar-se naquilo que as duas ordens sociais prescrevem ou proíbem, mas no como elas prescrevem ou proíbem uma determinada conduta humana”. Direito e moral prescrevem ou proíbem, mas de forma distinta, pois o primeiro, como norma social, alia à conduta contrária um ato de coerção, enquanto que o segundo não aplica sanções desta espécie. (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6.ed. Traduzido por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 71).

³⁷¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6.ed. Traduzido por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 393-394. A partir de seus estudos sobre a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, para Letizia Gianformaggio: “Una norma válida pero no positiva es sólo una norma pensada, pero no querida; no es, sin embargo, siquiera producida por el pensamiento; porque nungún pensamiento, ninguna operación mental, puede producir nada; sólo puede mostrar, señalar, descubrir, algo que *existe por necesidad*: cosa es la norma positiva, cuya existencia, como norma, es la premisa para el argumento transcendental con el cual la Teoría Pura, mientras fundamenta su validez e presupone el fundamento, permanece como mero conocimiento y, sin embargo, construye su propio objeto. Construye su objeto como un sistema *cerrado*, cerrado por la misma norma básica; logicamente *completo*, esto es, de tal manera que la decisión basada en la norma es siempre posible, y *coherente*, necesariamente sin contradicción lógica”. (GIANFORMAGGIO, Letizia. *Estudios sobre Kelsen*. México: Fontamara, 1994, p. 53). Como diz Lourival Vilanova: “A norma, que é uma ‘objetivação conceptual’, passando para o campo dos fatos adquire a forma de ‘objetivação social’. Adquire algo de ‘coisidade’ do social, no sentido durkheimiano. [...] O fato jurídico, pois, é uma concreção que se dá num ponto do tempo e num ponto do espaço. Mas o fato é jurídico porque alguma norma sobre ele incidiu, ligando-lhe efeitos (pela *relação de causalidade normativa*)”. (VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 90).

Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognosciva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc. [...] Mas, neste caso, estas transformar-se-iam em normas do Direito positivo.

Referindo sobre a concepção de Direito para Hans Kelsen, Leonel Severo Rocha ressalta:

Para Kelsen, para se fazer ciência, é preciso uma postura diferente, é necessária uma redução de complexidade, com a criação de definições e categorias – a principal no Direito sendo a de norma jurídica – que possam ser sistematizadas. Esta concepção Kelseniana implica a construção de um sistema fechado para o Direito. Por quê? Porque a sociedade como objeto impediria uma observação mais racional do direito. Os juristas preferem na linha kelseniana observações mais detalhadas, mais analíticas, do que está acontecendo, observações que possam observar com maior amplitude aquilo que se vê. O conceito de sistema que se origina é a de um sistema fechado, a partir da idéia de norma jurídica. [...]

Desta forma, o panorama geral do pensamento jurídico que predominava na formação do ordenamento jurídico brasileiro traduz a noção deste Direito defendida na instauração do Estado Liberal, onde o valor democrático fundamental era a segurança da certeza jurídica,³⁷² no sentido de manter em funcionamento com um mínimo de previsibilidade as regras dentro das quais se desenvolvia a sociedade.³⁷³

No âmbito do Direito de Família, como referido alhures, o paradigma estabelecido quando da normatização das relações era o da família patriarcal, autoritária e hierarquizada, sendo que o ordenamento jurídico foi delineado com

³⁷² Nesta perspectiva, dado um fato, o Direito sempre decidiria daquela forma. Para Luis Fernando Barzotto: “O direito do Estado Liberal realiza, de um modo superior, o ideal burguês da segurança, estando protegido do entrecchoque de valores que atravessa a sociedade pluralista moderna e das vicissitudes do poder político, uma vez que não é um determinado ideal de justiça nem um ato ‘nu’ de poder que decide o que deve ser considerado jurídico. É o próprio direito que determina o jurídico, na medida em que regula o seu próprio processo de produção. É esse direito que será tematizado pelo positivismo, movimento jusfilosófico que surge juntamente com o Estado Liberal, no século XIX, e tem como seus representantes mais autorizados no século XX Kelsen, Ross e Hart”. (BARZOTTO, Luis Fernando. *O Positivismo Jurídico Contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: UNISINOS, 2000, p. 16-17).

³⁷³ RAMOS FILHO, Wilson. Direito pós-moderno: caos criativo e neoliberalismo. In: _____, et al. *Direito e Neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: EDIBEJ, 1996, p. 94.

intuito de proteção da família enquanto “instituição”, não fazendo qualquer referência específica para proteção dos seres sujeitos de direitos que a compunham.³⁷⁴

Este ideal de sistema jurídico formal, completo e acabado, sem lacunas e com regras bastante claras de derivação lógica “é uma vertente do pensamento jurídico que persiste até hoje, especialmente na assim chamada dogmática jurídica”.³⁷⁵

Todavia, a constatação de que o sistema do Direito inter-relaciona-se com outros sistemas sociais, enfatizam as críticas sobre a simplificação operada com a

³⁷⁴ Neste sentido, Luiz Edson Fachin refere que: “A primeira crítica que emerge dessa formulação é aquela que vai contra o sentido exclusivamente técnico da pessoa. A segunda é a noção do conceito prévio, quando o sujeito faz parte das relações jurídicas como um elemento, o que significa chegar à própria negação da existência de direitos subjetivos que são inatos às pessoas: em última *ratio*, atribuir a alguém, a um ente, ou a um procedimento, prerrogativa de definir quem são os sujeitos, e o que se atribui a estes sujeitos, significa colocar a inserção ‘no mundo’, nas mãos de quem define o estatuto de ingresso nesta ou naquela posição jurídica. Em outras palavras, é relegar a condição inata de pessoa, que não depende desse recobrimento jurídico para ser titular de direito fundamental”. (FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 94-95). Do mesmo modo, cumpre destacar as palavras de Orlando de Carvalho, onde este declara a importância da “repersonalização” do direito civil, ou seja, a acentuação da sua raiz antropocêntrica, da sua ligação visceral com a pessoa e os seus direitos. Afirma o autor que: “Sem essa raiz um tal direito é ininteligível, não tanto porque o grosso das instituições civilísticas apela ainda para a autonomia da vontade, pelo menos na forma da liberdade de conclusão, mas principalmente porque o civismo ou civilismo é uma ideia que ou já não tem qualquer nexos ou tem-no justamente por ser o círculo da pessoa. Sem dúvida que esta directriz personalista tende a imprimir-se a todo o mundo do Direito, salientando-se, quer contra o relativismo, quer contra os transpersonalismos que o relativismo alimentou (do Estado, da Nação, da Raça), que o Direito, não sendo um sistema lógico, como pretendia a jurisprudência conceitual, é, todavia, um sistema axiológico, um sistema ético, a que o homem preside como o primeiro e mais imprescritível dos valores”. (CARVALHO, Orlando de. *Para uma Teoria Geral das Relações Jurídicas: a teoria geral da relação jurídica - seu sentido e limites*. 2.ed. Coimbra: Centelha, 1981, v.1, p. 90-91).

³⁷⁵ Patrícia Luiza Kegel ainda refere que: “No positivismo de modo geral, estabelece-se o uso do sistema no Direito. Em primeiro lugar, como estrutura do pensamento científico, ou seja, como modo de ordenar a posição dos elementos no discurso jurídico. Para tanto, o sistema deve apresentar-se fechado e desprovido de lacunas. Em segundo lugar, e na esteira da melhor tradição jusnaturalista, a ideia de sistema continua sendo utilizada como método do pensamento jurídico, a partir dos procedimentos lógicos de construção e subsunção da norma jurídica”. (KEGEL, Patrícia Luíza. Uma análise do conceito de sistema de sanção no sistema jurídico de Hans Kelsen. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). *Paradoxos da Auto-Observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM, 1997, p. 43). André-Jean Arnaud acentua que a dogmática jurídica visa objetivos de natureza prática que pode ser atingidos através de uma classificação e sistematização das normas jurídicas. Deste modo “uma teoria em dogmática jurídica, é um conjunto de conceitos e de enunciados utilizados para sistematizar as normas jurídicas de uma forma precisa”. (ARNAUD, André-Jean. *Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 286).

redução do fenômeno jurídico ao conceito de norma, do que Agostinho Ramalho Marques Neto³⁷⁶ afirma:

Toda concepção metafísica do Direito, de inspiração jusnaturalista ou juspositiva, é também, sempre, uma concepção reducionista. Identifica, de saída, o Direito como uma das dimensões que o habitam, ou com um conjunto bastante restrito de dimensões, e exclui todo o resto para fora do campo jurídico.

Tais críticas foram se renovando com maior afinco durante décadas, notadamente se considerarmos a obra lançada em meados de 1950 por Orlando Gomes,³⁷⁷ onde este refere:

Um sistema jurídico não pode ser compreendido, na sua essencialidade, se é isolado do conjunto das atividades sociais, que historicamente o condicionam. Se o próprio conhecimento é social, a compreensão dos institutos jurídicos, em termos valorativos, depende de uma ação recíproca que a diferença de ambiente não permite.

No que pertine, especificamente, ao âmbito das relações familiares, João Baptista Villela³⁷⁸ destaca que “todo direito não-patrimonial de família é prenhe de situações para as quais a coerção não oferece qualquer resposta satisfatória”, e, deste modo, o autor assevera que seria necessário reconhecer que uma ordem jurídica baseada na coerção é indigna da transcendental grandeza do homem, pois,

³⁷⁶ Agostinho Ramalho Marques Neto parte do princípio de que “não há nenhum Direito em si, nenhuma essência metafísica, que permanecesse sempre idêntica a si mesma (quer seja esta localizada na transcendência de uma razão universal, quer na palavra dos textos sagrados, quer no ‘espírito’ da lei ou na intenção do legislador...), na qual se contivesse toda a verdade do jurídico e à qual, talvez, o conhecimento humano pudesse ter acesso um dia. Esse acesso, no entanto, é, como se sabe, o ideal de toda ciência. Um ideal totalitário, convenhamos. Não que se pense que ele seja realizável em sua plenitude. Erigir algo à condição de ideal já implica admitir implicitamente um elemento de irrealizabilidade. Mas, ainda assim, o ideal enquanto tal é mantido”, motivo pelo qual ainda critica a suposição de que, “se o conhecimento científico ainda não é capaz de dar conta de modo exaustivo da verdade de seu objeto, isto se deve a determinações meramente contingentes, superáveis com o avanço desse mesmo conhecimento, com sua crescente depuração teórica, conceitual e metodológica. O desenvolvimento do conhecimento científico é concebido, nesta perspectiva, como uma aproximação, embora descontínua e sujeita a desvios, recuos e vicissitudes, no sentido da apreensão plena da essência do objeto e, nesse ato mesmo, da realização do ideal de ciência”. (MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Subsídios para pensar a possibilidade de articular Direito e Psicanálise. In: _____, et al. *Direito e Neoliberalismo*: elementos para uma leitura interdisciplinar. Curitiba: EDIBEJ, 1996, p. 28; 23-24).

³⁷⁷ GOMES, Orlando. *A Crise do Direito*. São Paulo: Max Limonad, 1955, p. 275.

³⁷⁸ VILLELA, João Baptista. *Direito, Coerção & Responsabilidade*: por uma ordem social não-violenta. Movimento Editorial da Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte: UFMG, 1982, p. 17; 31-32. (Monografias, v. 4, n. 3).

almejando para o futuro expressões convencionais inspiradas no amor e na justiça, na dignidade e na confiança, teríamos que restituir ao homem a superior liberdade de responder, ele próprio, aos deveres que decorrem da vida em sociedade.³⁷⁹

Dentro deste contexto, percebe-se a dificuldade de se conferir garantia e proteção a valores e direitos, bem como a preservação do próprio ser humano. O Direito se mostra incapaz de dar respostas sociais efetivas aos problemas postos, pelo que despontam movimentos que questionam a própria legitimidade do sistema jurídico-político vigente, tentando estabelecer novos paradigmas de atuação, de conteúdo e de valor para o Direito.³⁸⁰

Neste ponto, visualiza-se a necessidade de uma reconstrução da perspectiva de análise do fenômeno jurídico, asseverando novas teorias que tentam superar as visões reducionistas e parciais que delimitam o Direito de forma isolada do conjunto das atividades sociais, buscando, de forma incessante, novos paradigmas que apresentem as normas jurídicas e o fenômeno jurídico como um todo, viabilizando a realização das expectativas populares, concretizando os enunciados normativos existentes no ordenamento jurídico, garantindo a preservação da ordem e segurança com a paz social, por meio da criação de renovadas Teorias do Direito, que reiteradamente tem afirmado a necessidade de uma pesquisa interdisciplinar com relação ao Direito, notadamente ao Direito de Família.

³⁷⁹ “A importância que a sociedade confere à dignidade da pessoa humana nas relações pessoais, privadas e de maneira mais ampla com o polissistema da cultura social e jurídica, enfrentando a sua repercussão concreta e efetiva, está imbricada com a potencialidade que se atribui à capacitação de quem compõe, em última análise, a sociedade. Desta forma, quanto mais protegida a dignidade da pessoa humana, mais desenvolvida, culturalmente, a sociedade e mais próxima de uma realização efetiva as possibilidades de seus formadores. Uma sociedade que não perquire, não discute e não confere possibilidades para uma ampliada discussão social e jurídica da importância da pessoa em sua plenitude, e, por assim dizer, integral na perspectiva física e psíquica, deixa de cumprir o seu principal papel: o desenvolvimento integral da pessoa”. (PEZZELLA, Maria Cristina Cereser; SILVA, Fernanda Pappen da. Os Seres Sujeitos de Direitos em Família. In: COPPETTI, André (org.); STRECK, Lenio Luiz (org.); ROCHA, Leonel Severo (org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 206).

³⁸⁰ Eros Roberto Grau assegura que “o tempo que vivemos denuncia uma tendência bem marcada à desestruturação do direito. O direito, em suas duas faces – enquanto direito formal e enquanto direito moderno –, se desmancha no ar. [...] Paralelamente à demanda da sociedade por um direito que recupere padrões éticos, a emergência de direitos alternativos é incontestável”. (GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 107).

3.2 SURGIMENTO DE NOVAS TEORIAS DO DIREITO E A AFIRMAÇÃO DA NECESSIDADE DE UMA VISÃO INTERDISCIPLINAR

Com a evolução da sociedade como um todo, em especial com o fenômeno da globalização³⁸¹, manifesto se apresenta que não é mais possível que o sistema normativo possa prever toda a sorte de relações jurídicas, notadamente aquelas estabelecidas no âmbito das famílias,³⁸² bem como a “solução” a ser aplicada em cada caso.³⁸³

³⁸¹ Segundo o sociólogo alemão Ulrich Beck, o fenômeno cuja denominação é difundida como globalização, assume o seguinte conceito: “La globalización significa los procesos en virtud de los cuales los Estados nacionales soberanos se entremezclan e imbrican mediante actores transnacionales y sus respectivas probabilidades de poder, orientaciones, identidades y entramados varios”. Entretanto, o próprio autor menciona que: “El concepto de globalización se puede describir como un proceso (antiguamente se habría dicho: como una dialéctica) que crea vínculos y espacios sociales transnacionales, revaloriza culturas locales y trae a un primer plano terceras culturas”. (BECK, Ulrich. *Qué es la globalización: falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Traduzido por Bernardo Moreno e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1997, p. 29-30). “A globalização pode assim ser definida como a intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa. [...] Assim, quem quer que estude as cidades hoje em dia, em qualquer parte do mundo, está ciente de que o que ocorre numa vizinhança local tende a ser influenciado por fatores – tais como dinheiro mundial e mercados de bens – operando a uma distância indefinida da vizinhança em questão”. (GIDDENS, Anthony. *As Conseqüências da Modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991, p. 69-70).

³⁸² Eduardo de Oliveira Leite afirma que: “Nenhuma outra instituição humana teve uma evolução tão notável, uma história tão rica de acontecimentos, de avanços e retrocessos, de conquistas e derrotas; nenhuma outra instituição se revela tão duradoura, estável, extraordinariamente permanente quanto a família”. (LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de Direito de Família: origem e evolução do casamento*. Curitiba: Juruá, 1991, v.1, p. 22). Sobre a superação da concepção estática de famílias, Cristiano Chaves de Farias refere: “A arquitetura da sociedade moderna impõe um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado. O escopo precípua da família passa a ser a solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, regido o núcleo familiar pelo afeto, como mola propulsora. Com efeito, a família tem o seu quadro evolutivo atrelado ao próprio avanço do homem e da sociedade, mutável de acordo com as novas conquistas da humanidade e descobertas científicas, não sendo crível, nem admissível, que esteja submetida a idéias estáticas, presas a valores pertencentes a um passado distante, nem a suposições incertas de um futuro remoto. É realidade viva, adaptada aos valores vigentes”. (FARIAS, Cristiano Chaves de. *A família da pós-modernidade: em busca da dignidade perdida da pessoa humana*. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 101-114, set.-out. 2004, p. 104).

³⁸³ Leonel Severo Rocha destaca que: “O grande problema jurídico da atualidade é como pensar o Direito, como operar com o Direito neste período de grandes transformações pelo qual se passa, nesta forma de sociedade que muitos chamam, por uma questão de comodidade, de globalização. Neste sentido, observar o Direito dentro da globalização implica relacionar o Direito com a complexidade, com todos os processos de diferenciação e regulação social que estão surgindo”. (ROCHA, Leonel Severo. *O direito na forma da sociedade globalizada*. In: _____. (org.); STRECK, Lenio Luiz (org.). *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*. São Leopoldo: UNISINOS, 2001, p. 117).

A partir das inúmeras mudanças que surgiram na forma e nas funções da família brasileira – daquela instituída somente pelo casamento, patriarcal, vista como uma unidade econômica, religiosa e política, que apenas assegurava a transmissão da vida, dos bens e dos nomes, alcança-se a atual concepção de família, constituída tanto pelo casamento, como pela simples convivência de seus membros, na qual se valorizam as relações impregnadas de autenticidade, sinceridade, amor, compreensão, diálogo e paridade –, o Direito tentou se aperfeiçoar de maneira a conferir proteção às novas concepções, evitando que injustiças fossem cometidas pelo seu anacronismo.

Todavia, nos diferentes campos das ciências humanas, perpassa a dificuldade de se encontrar um novo parâmetro de verdade diante da crise de fundamento que vive a sociedade contemporânea.³⁸⁴

As verdades que sustentaram durante séculos as formas de racionalidade dominantes não conseguem mais responder inteiramente às inquietações do atual estágio de desenvolvimento da modernidade humana, uma vez que os modelos culturais, normativos e instrumentais, que fundamentaram a organização social tornaram-se manifestamente insatisfatórios e limitados.

Neste sentido, Leonel Severo Rocha³⁸⁵ discorre:

Na sociedade moderna, diferenciada, não se pode mais pensar em critérios de verdade necessária ou impossível, mas somente possível. A forma de sociedade moderna tem de enfrentar assim a complexidade produzida pela possibilidade de se tomar decisões sempre diferentes. Nesta linha de idéias, na modernidade não é mais possível se manter a concepção medieval dominante de Direito, o Direito natural: Direito eterno, imutável, indiferente às transformações sociais.

³⁸⁴ Maria Cristina Cereser Pezzella realizou um estudo intitulado “Verdade, uma busca sem fim”, onde afirmava que: “Compreender a verdade é uma preocupação de quem busca o conhecimento e verifica uma simbiose existente entre eles e a liberdade. A procura e função do conhecer ou do saber consiste numa atividade pela qual o indivíduo permanece consciente da experiência emocional, dela retira uma aprendizagem, e pode abstrair uma conceituação e formulação dessa experiência”. (PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. *Verdade, uma busca sem fim*. In: ROCHA, Leonel Severo (org.); STRECK, Lenio Luiz (org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 205).

³⁸⁵ ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 13.

Os avanços sociais representam o grau de complexidade que a organização do Direito adquiriu em nossa civilização, de forma que a transformação das condições gerais em que se desenvolvem as atividades humanas modifica radicalmente o sistema das relações familiares.

Deste modo, a construção de um novo paradigma³⁸⁶ há que fazer frente a crise de legitimidade da ordem burocrática e, ao mesmo tempo, frente a crise de ordem moral existente da família.³⁸⁷

Podemos afirmar, assim, que permanece em curso a diluição dos papéis clássicos de família em diferentes configurações relacionais humanas, sejam em novas formas de ser família, seja com a substituição dos vínculos familiares com outros vínculos sociais, como, por exemplo, amigos, cultura, trabalho, que fornece

³⁸⁶ “Um paradigma é um modelo acerca da ciência normal; desenvolve os problemas e métodos corretos que serão especificados na atividade científica; tem um status anterior à regra, porque a condiciona. A própria ordem codificada estatal constitui um paradigma, um modelo dentro do qual a atual dogmática. Os paradigmas vêm sendo depurados mediante operações de simplificação, que realizam os juristas, até torná-los específicos. Há contudo, um momento em que se tornam ininteligíveis, ineficazes, deixam de ter sua função ou permanecem mudos frente a novos questionamentos; é o momento em que se produz a mudança”. (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. Traduzido por Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 84).

³⁸⁷ Questionando qual será o futuro da família, Elisabeth Roudinesco diz: “Para aqueles que temem mais uma vez sua destruição ou sua dissolução, objetamos, em contrapartida, que a família contemporânea, horizontal e em ‘redes’, vem se comportando bem e garantindo corretamente a reprodução das gerações. [...] Despojado dos ordenamentos de sua antiga sacralidade, o casamento, em constante declínio, tornou-se um modo de conjugalidade afetiva pelo qual cônjuges - que às vezes escolhem não ser pais - se protegem dos eventuais atos perniciosos de suas respectivas famílias ou das desordens do mundo exterior. É tardio, reflexivo, festivo ou útil, e freqüentemente precedido de um período de união livre, de concubinato ou de experiências múltiplas de vida comum ou solitária. Cada vez mais freqüentemente concebidos fora dos laços matrimoniais, os filhos assistem, uma vez em cada três, às núpcias de seus pais, doravante unidos não para a duração de uma vida, mas, em mais de um terço dos casos, para um período aleatório que se consumará com um divórcio - consentido, passional ou religioso -, e, para as mulheres, com uma situação dita ‘monoparental’. [...] Finalmente, para os pessimistas que pensam que a civilização corre o risco de ser engolida por clones, bárbaros bissexuais ou delinquentes da periferia, concebidos por pais desvairados e mães errantes, observamos que essas desordens não são novas - mesmo que se manifestem de forma inédita -, e sobretudo que não impedem que a família seja atualmente reivindicada como o único valor seguro ao qual ninguém quer renunciar. Ela é amada, sonhada e desejada por homens, mulheres e crianças de todas as idades, de todas as orientações sexuais e de todas as condições”. (ROUDINESCO, Elisabeth. *A Família em Desordem*. Traduzido por André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 197-198).

sentido e pertinência subjetiva ao ser humano³⁸⁸. A este respeito, consigna Rosana Amara Girardi Fachin³⁸⁹: “O locus do matrimônio se modifica, no ideal de realização de seus membros: decorre daí que a família se transforma, na medida em que aquele caráter patriarcal herdado é subjugado ao interesse da felicidade das pessoas que a compõem”. Consagra-se, então, uma nova concepção de família, chamada de eudemonista ou nuclear, que pode nascer do casamento, mas não somente dele, que existe para que os seus integrantes nela encontrem sua realização pessoal, sua felicidade, e, por fim, que pode ser dissolvida sem traumas quando não atinge os objetivos almejados.³⁹⁰ O reconhecimento destas

³⁸⁸ Paulo Luiz Netto Lôbo identifica as seguintes “unidades de vivência” na experiência brasileira atual, dentre outras: “a) par andrógino, sob regime de casamento, com filhos biológicos; b) par andrógino, sob regime de casamento, com filhos biológicos e filhos adotivos, ou somente com filhos adotivos, em que sobrepõem os laços de afetividade; c) par andrógino, sem casamento, com filhos biológicos (união estável); d) par andrógino, sem casamento, com filhos biológicos e adotivos ou apenas adotivos (união estável); e) pai ou mãe e filhos biológicos (comunidade monoparental); f) pai ou mãe e filhos biológicos e adotivos ou apenas adotivos (comunidade monoparental); g) união de parentes e pessoas que convivem em interdependência e afetiva, sem pai ou mãe que a chefie, como no caso de grupo de irmãos, após falecimento ou abandono dos pais; h) pessoas sem laços de parentesco que passam a conviver em caráter permanente, com laços de afetividade e de ajuda mútua, sem finalidade sexual ou econômica; i) uniões homossexuais, de caráter afetivo e sexual; j) uniões concubinárias, quando houver impedimento para casar de um ou de ambos companheiros, com ou sem filhos; l) comunidade afetiva formada com ‘filhos de criação’, segundo generosa e solidária tradição brasileira, sem laços de filiação natural ou adotiva regular”. (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do “numerus clausus”. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 3, n. 12, p. 40-55, jan.-mar. 2002, p. 41).

³⁸⁹ FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em Busca da Família do Novo Milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 82. Cristiano Chaves de Farias afirma que: “A proteção ao núcleo familiar tem como ponto de partida e de chegada a tutela da própria pessoa humana, sendo descabida (e inconstitucional!) toda e qualquer forma de violação da dignidade do homem, sob o pretexto de garantir proteção à família. Aqueles argumentos históricos de que a tutela da lei se justificaria pelo interesse da família, como se houvesse uma proteção para o núcleo familiar em si mesmo, cedem espaço para a proteção da família, encarada como núcleo privilegiado para o desenvolvimento da pessoa humana. Não há mais proteção à família pela família, senão em razão do ser humano”. (FARIAS, Cristiano Chaves de. *A família da pós-modernidade: em busca da dignidade perdida da pessoa humana*. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 101-114, set.-out. 2004, p. 109).

³⁹⁰ Sobre essa nova concepção de família e sobre seus reflexos leciona Anália Cardoso Torres: “Independentemente dos juízos de valor que sobre estas realidades possam ser elaborados, o casamento, para muitos cidadãos, já não é vivido como um sacramento. Nesta medida, a conotação de dever que esse sentido transcendente também implicava tende a perder significado. Caminha-se hoje no sentido de uma visão mais laica, mais privada, do casamento, e a ele se vai associando maior liberdade individual. Ao laço sagrado sobrepõe-se o laço profano, o dever de continuidade da instituição cede lugar à regra do bem-estar pessoal e ao desejo da persistência do amor. Sem ele, ou perante a sua erosão, há motivo suficiente para quebrar o laço. O sentimento amoroso é, nos nossos dias, a única aventura transcendente na relação conjugal e constitui, aparentemente o seu fundamento universal e eticamente aceitável. Amar, ser amado, sentir-se protegido, confortável, capaz, são desejos e vontades aparentemente simples mas difíceis de concretizar, como as histórias de divórcio também demonstram”. (TORRES, Anália Cardoso. *Divórcio em Portugal, Ditos e Interditos: uma análise sociológica*. Oeiras: Celta, 1996, p. 6).

transformações pelo sistema jurídico brasileiro justificam o asseverado por Eros Roberto Grau,³⁹¹ quando refere:

O sistema jurídico é um sistema aberto, não fechado. Aberto no sentido de que é incompleto, evolui e se modifica. A abertura do sistema científico decorre da incompletude e da provisoriedade do conhecimento científico. O sistema objetivo é dinâmico, suscetível de aperfeiçoamento. O direito é produto histórico, cultural, está em contínua evolução. [...]. Desde essas verificações e com esse significado é que devemos reconhecer o direito como um *sistema*, o que o transforma em objeto de um pensar sistemático e, em especial, permite-nos interpretá-lo no *contexto sistêmico*, ou seja, sistematicamente. Ademais, o direito é também, no plano inferior ao dos princípios, onde se realiza como *sistema*, sistema de normas. Sistema de normas no sentido de que elas se relacionam substantiva e formalmente. Assim, cada norma é parte de um todo, de modo que não podemos conhecer a norma sem conhecer o sistema, o todo no qual estão integradas.

Conclui-se que não é possível a concepção de um instrumento legislativo, atemporal e autônomo, capaz de prever de forma objetiva todas as hipóteses de conflitos decorrentes das relações familiares travadas entre os indivíduos de uma sociedade.³⁹² Perdura a necessidade de identificação da instituição família com um

³⁹¹ GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 19.

³⁹² Sobre o assunto, importante ressaltar que o homem e a sociedade participam de um sistema e se desenvolvem de acordo como seu meio e, diante disso, cumpre referir o discurso de Ignacio Izuzquiza: "Entre hombre y sociedad se da la relación existente entre un sistema y su entorno. Una relación inmensamente fecunda cuando se trata de un sistema autorreferente y que obliga a pensar de modo nuevo categorías aceptadas desde antiguo y aplicadas, a veces, sin rigor, al análisis de la sociedad contemporánea. Una sociedad en la que el derecho, la economía, la política, etc., parecen funcionar sin atender excesivamente a la presencia de los seres humanos, sino con un nivel de independencia tal que parecen seguir sus propias reglas con independencia de los sujetos humanos. En todo caso se trata de una perspectiva que, evidentemente, obliga a revisar algunas de las tesis del humanismo tradicional. La sociedad compuesta de comunicaciones, se diferencia internamente, según su grado de evolución y desarrollo, en diferentes subsistemas sociales. Cada uno de estos subsistemas sociales es, como he indicado, un sistema autorreferente y autopoietico y tiene a los demás subsistemas como su entorno, manteniendo su clausura y su propia independencia. Asimismo, cada uno de estos sistemas sociales especializa el ámbito de sus comunicaciones y de sus selecciones de modo que resuelve, cada uno de ellos, un determinado segmento de complejidad, contribuyendo a que la sociedad pueda resolver los problemas que se le enfrentan. En todo caso, debe tenerse en cuenta que cada sistema social puede observarse a sí mismo, observar a los otros y actuar, de acuerdo con ese nivel de observación, dirigiendo sus propias operaciones para reducir el ámbito de complejidad en que está especializando. Luhmann analiza en su obra los sistemas sociales más relevantes, como son el derecho, la economía, la política, la religión, la ciencia, la educación. Cada uno de estos sistemas sociales repite cuanto hemos indicado anteriormente, en un nivel más concreto, y obliga a Luhmann a realizar un impresionante esfuerzo investigador en el que cada uno de esos subsistemas debe ser analizado de un modo particular, acudiendo a bibliografía y a estudios especializados que revelan la amplitud de los intereses de Luhmann y el alcance de su teoría." (IZUZQUIZA, Ignacio. Introducción. In: LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Barcelona: Piados, 1990, p. 28-29)

sistema de ações e interações, ou de compreensão do próprio Direito como um sistema de comunicações sociais.³⁹³

Nesta perspectiva, não podemos mais limitar a concepção do Direito de Família sem interrelacioná-lo com o momento histórico e a sua referência na sociedade a que se apresenta.³⁹⁴ É o que podemos definir pelo chamado pluralismo jurídico³⁹⁵, o qual se realiza através de um exame investigativo dos fatores externos à produção do Direito: aspectos econômicos, sociológicos, políticos, antropológicos.³⁹⁶ Logo, a produção do Direito tanto segue diretrizes e normas institucionais (processo legislativo estatal), como também se intercomunica com as

³⁹³ “Parece não ser viável, portanto, não levar em consideração a penetração, queira-se ou não, de elementos inconscientes, completamente arredios ao sistema, no ato decisional da jurisdição, por exemplo. [...] Aqui, os elementos externos ao sistema penetram nele sem qualquer controle, até porque, deles, nada se sabe, a não ser os resultados. Alguma certeza, sem embargo, tem-se, mas não aquela farisaicamente pretendida a partir de um *a priori* legal”. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal*. In: _____, et al. *Direito e Neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: EDIBEJ, 1996, p. 54).

³⁹⁴ Nesse sentido, pertinente a observação de Maria Victoria Benevides, quando esta afirma que “democracia, cidadania e direitos estão sempre em processo de construção. Isso significa que não podemos congelar, para uma determinada sociedade, uma lista fechada de direitos”. (BENEVIDES, Maria Victoria. *Democracia de iguais, mas diferentes*. In: BORBA, Angela (org.); FARIA, Nalu (org.); GODINHO, Tatau (org.). *Mulher e Política: gênero e feminismo no Partido dos Trabalhadores*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 1998, p. 149).

³⁹⁵ Pluralismo jurídico pode ser entendido como “a existência simultânea, no seio de uma mesma ordem jurídica, de regras de direito diferentes aplicando-se a situações idênticas” bem como compreende-se como a coexistência de pluralidade de ordens jurídicas distintas estabelecendo ou não relações de direito entre si”. Na sociologia vislumbra-se como a “coexistência de pluralidade de quadros ou sistemas de direito no seio de uma determinada unidade de análise sociológica” e corresponde a atuação do indivíduo na medida em que ele se determina em função de suas vinculações múltiplas as redes sociais e jurídicas a que pertence. E, no contexto histórico a noção de pluralismo pode ser encontrada em todas as épocas de evolução do pensamento jurídico. O pluralismo jurídico “se explica tanto pelas injustiças que não deixariam de ser criadas pela aplicação estrita e sistemática da unidade do direito [...] quanto pelos entraves que os particularismo econômicos, sociais e culturais levantariam contra a eficácia de uma aplicação uniforme do direito”. (ARNAUD, André-Jean. *Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 585-586). Ainda, impende destacar a idéia de pluralismo jurídico contida no pensamento de Boaventura de Sousa Santos, para quem “existe uma situação de pluralismo jurídico sempre que no mesmo espaço geopolítico vigoram (oficialmente ou não) mais de uma ordem jurídica”. (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada*. In: SOUTO, Cláudio (org.); FALCÃO, Joaquim (org.). *Sociologia e Direito*. São Paulo: Pioneira, 1980, p. 109).

³⁹⁶ A família moderna tende a se tornar ‘um estado de fato de onde decorrem direito’; mas antigamente era ela um ‘estado de direito de onde decorrem certos fatos’. [...] Hoje em dia, ainda, se a lei pode fixar o direito e os deveres nascidos do laço familiar, a idéia que cada um se faz da família está ligada a tradições, a costumes, a crenças, que persistem nos espíritos e esses sentimentos permanecem ainda bastante fortes para que os tribunais aceitem não deduzir das regras legais da sucessão os ‘jazigos de família’, ou as ‘lembranças de família’. trata-se de uma espécie de ‘atraso de civilização’, de vestígios de práticas e de idéias que podem remontar a tempos muito antigos. (ARNAUD, André-Jean. *Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 336).

fontes sociais, plurais, e globais, as quais podem ser consideradas fontes menos tradicionais. Para Cláudio Souto³⁹⁷:

Bem se nota daí o relacionamento íntimo entre mudança social e direito: mudança social é alteração do social e este, sendo igual a norma social, *mudança social é mudança normativo-social*. Ora, qualquer que seja a concepção que se tenha do direito, não se nega o seu caráter de norma social e de norma social considerada a mais fundamental pelos grupos que a aceitam. *Mudança social é, desse modo, essencialmente, alteração do direito*.

É a ausência de uma estrutura rígida, definida ou definitiva, que conduz a este movimento que rearticula e re-engendra permanentemente as próprias bases do Direito e da Família, ou seja, esta condição mutável, não-nivelada, descontínua, fragmentada, imersa na rede social de subjetividades formada pela junção dos sujeitos e resultante das ações e intenções decorrentes da política, é definida, portanto, de acordo com a vontade ou disposição dos infinitos participantes sociais, sendo que é este fluxo que permite ao Direito, bem como às demais instituições, ser modificável socialmente.

No entendimento de Luiz Edson Fachin³⁹⁸:

³⁹⁷ SOUTO, Cláudio. *Mudança Social, Desenvolvimento e Direito: algumas considerações teóricas*. In: PRADO, Luiz Regis (coord.); KARAM, Munir (coord.). *Estudos de Filosofia do Direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 156. O autor ainda refere que: “O equilíbrio de todo e qualquer grupo social é sempre móvel e relativo e, em se tratando de sociedade moderna, esse equilíbrio é apenas instável e em muito dependerá, para sua estabilidade e abertura natural à mudança, da adequação do conteúdo de formas coercíveis legais à realidade social”. (SOUTO, Cláudio. *Mudança Social, Desenvolvimento e Direito: algumas considerações teóricas*. In: PRADO, Luiz Regis (coord.); KARAM, Munir (coord.). *Estudos de Filosofia do Direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 159).

³⁹⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Da função pública ao espaço privado: aspectos da ‘privatização’ da família do projeto do ‘Estado Mínimo’*. In: _____, et al. *Direito e Neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: EDIBEJ, 1996, p. 147. O autor ainda justifica o objetivo do (re)pensar do Direito Civil quando aduz que: “É uma busca de respostas que sai do conforto da armadura jurídica, atravessa o jardim das coisas e dos objetos e alcança a praça que revela dramas e interrogações na cronologia ideológica dos sistemas, uma teoria crítica construindo um mundo diverso de ver. E aí, sem deixar de ser o que é, se reconhece o ‘outro’ Direito Civil. E, se essa, proposta escala montanhas epistemológicas, voa em rotas mal percorridas e mergulha em águas turbulentas, não despreza as planícies, os caminhos bem torneados, muito menos o flúmen tranqüilo da cognição adquirida. Crítica e ruptura não abjuram, *tout court*, o legado, e nele reconhecem raízes indispensáveis que cooperam para explicar o presente e que, na quebra, abrem portas para o futuro”. (FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 6).

O sistema jurídico, ao refletir o modelo que governa as relações econômicas e sociais, serve para marcar uma marginalização. É que atribuição de uma posição jurídica depende, pois, do ingresso da pessoa no universo de titularidades que o próprio sistema define. Desse modo, percebe-se claramente que o sistema jurídico pode ser, antes de tudo, um sistema de exclusão.

[...].

Essa exclusão se opera em relação a pessoas ou situações às quais a entrada na moldura das titularidades de direitos e deveres é negada. Tal negativa, emergente da força preconceituosa e estigmatizante dos valores dominantes em cada época, alicerça-se num juízo depreciativo, historicamente atrasado e equivocado.

Desta forma, a realidade fática precisa ser encarada sem preconceitos pelos juristas, pois o Direito deve se ajustar aos valores atuais da sociedade contemporânea, sem enfrentar resistências associadas a tabus e envolvimento morais, ou mesmo a um apego absurdo a extremos rigorismos formais que ainda se encontram em nossa sociedade, apesar das significativas transformações ocorridas.³⁹⁹

Almeja-se alcançar um Direito que não seja unicamente expressivo da vontade do Estado, mas um Direito também instigado pelos anseios, pelas aspirações e pelas necessidades sociais, tendo em vista que, pelo fato da sociedade humana ser dinâmica, mutante, e forçar o Direito a acompanhar suas transformações, todas as características que visualizamos nos demonstram a falibilidade do sistema codificado pelo Positivismo Jurídico.

Assim, de forma concomitante ao Positivismo Jurídico, e muitas vezes no desiderato de combatê-lo, surgiram várias matrizes teóricas que, a partir de outros

³⁹⁹ A título de argumentação, cumpre descrever o arrazoado por Orlando Gomes na década de cinquenta, sobre a possibilidade de regulamentação do divórcio: “Teme-se que a abolição de certos preceitos, evidentemente retrógrados, venha afetar a estrutura e a austera constituição da família brasileira. Tais temores são injustificados. A família descansa sobre bases naturais. Além disso, a experiência social já demonstrou, à sociedade, que o matrimônio monogâmico, de que se origina a família legítima, é o meio melhor e mais adequado para assegurar a continuidade da espécie. E, por isto, a monogamia é moral. O receio de uma promiscuidade sexual, que nunca existiu e jamais existirá, é pura e simplesmente infantil. [...] Não obstante, a não ser por motivos religiosos, a indissolubilidade do casamento não tem maior razão de ser. Seria ingenuidade acreditar que a adoção do divórcio venha acarretar a destruição da família. Se assim fora, só existiria família em quatro ou cinco países do mundo tantos são os que ainda o proibem”. (GOMES, Orlando. *A Crise do Direito*. São Paulo: Max Limonad, 1955, p. 138-139).

mirantes epistemológicos, buscaram explicar o fenômeno jurídico de forma diversa desta que via somente na norma o objeto de estudo do jurista, excluindo toda e qualquer intervenção de valores de sua análise, sejam históricos, sociais, individuais, ou mesmo de outras disciplinas que se interrelacionam com o Direito.⁴⁰⁰

3.2.1 Estruturas e funções dos Direitos e das Famílias a partir do estudo da Teoria dos Sistemas Sociais

Nesta busca por uma matriz teórica que propiciasse a compreensão dos Direitos e das Famílias em face das constantes e significativas transformações sociais, deparamo-nos com a Teoria dos Sistemas Sociais desenvolvida por Niklas Luhmann a partir da Sociologia Estrutural e Funcional de Talcott Parsons⁴⁰¹, a qual admite a complexidade crescente das sociedades contemporâneas como uma realidade indissociável, superando as clássicas e insuficientes concepções epistemológicas difundidas pelas tradicionais matrizes dominantes principalmente no

⁴⁰⁰ Marcelo Neves destaca que, “com a interdisciplinaridade como transformador entre diversos discursos sobre o direito, as diferentes esferas de saber enriquecem-se conceitualmente e tendem a ganhar uma maior capacidade na solução dos problemas que se lhes apresentam. Uma dogmática jurídica disposta a abrir-se interdisciplinarmente aos influxos e às pressões advindas da análise econômica, política ou sociológica do direito, e mesmo àquelas decorrentes da reflexão filosófica do direito, tende a ter uma maior capacidade teórica e prática de enfrentar os problemas que se lhe apresentam e oferecer soluções mais apropriadas dos mesmos do que um modelo formalista, insensível à interdisciplinaridade. O mesmo vale no sentido oposto [...]. Em suma, a interdisciplinaridade permite que a linguagem de um campo de saber seja traduzida e, portanto, compreendida em outro campo de saber, tornando-a praticamente relevante neste campo. Em todo caso, cabe considerar que as fronteiras dos diversos domínios do saber devem estar definidas. Não há interdisciplinaridade sem autonomia disciplinar, mas sim a miscelânea resultante de um ecletismo estéril”. (NEVES, Marcelo. Pesquisa Interdisciplinar no Brasil: o paradoxo da interdisciplinaridade. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 207-214, 2005, p. 212).

⁴⁰¹ Fernando Noronha diferencia as teorias de Niklas Luhmann e Talcott Parsons da seguinte forma: “Enquanto Parsons subordinava funções e estruturas, Luhmann faz o inverso, privilegiando a pesquisa das funções e acantonando a estrutura no quadro vago dum forma estável à qual será reduzida a complexidade das relações sociais”. (NORONHA, Fernando. *Direito e Sistemas Sociais: a jurisprudência e a criação de direito para além da lei*. Florianópolis: UFSC, 1988, p. 71). No mesmo sentido, Daniela Ribeiro Mendes Nicola destaca que “Luhmann afastou-se do estruturalismo-funcional parsoniano, no qual é privilegiado o momento estrutural, de conservação do sistema, em direção ao funcionalismo-estrutural, no qual é ressaltado o aspecto dinâmico da contínua modificação estrutural para a satisfação da função”. (NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. *Estrutura e Função do Direito na Teoria da Sociedade*. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). *Paradoxos da Auto-Observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM, 1997, p. 225).

Direito.⁴⁰² Para Niklas Luhmann, a sociedade deve ser tratada como um sistema composto por comunicações, ou seja, a vida social somente é possível a partir de um sistema de comunicação⁴⁰³, por meio do qual a complexidade é limitada e o campo de possibilidades é configurado. Nas suas palavras⁴⁰⁴:

[...] o mundo apresenta ao homem uma multiplicidade de possíveis experiências e ações, em contraposição ao seu limitado potencial em termos de percepção, assimilação de informação, e ação atual e consciente. Cada experiência concreta apresenta um conteúdo evidente que remete a outras possibilidades que são ao mesmo tempo complexas e contingentes. Com *complexidade* queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. Por *contingência* entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas [...]

A sociedade se apresenta como um processo global no qual é integrado o homem que, por seu turno, objetivamente reage sobre ela. A sociedade então, deve ser entendida como uma estrutura em que há uma interação entre as partes, embora nenhuma delas seja denominante em relação às outras.

Quanto à função das famílias para a sociedade, verifica-se que estas se apresentam como um elo entre os indivíduos que a compõem e a sociedade em que fazem parte, tornando-se parte do sistema. Dentro do sistema familiar é que o

⁴⁰² Leonel Severo Rocha destaca que, “quando se ingressa numa forma de sociedade globalizada, que também se poderia denominar de transnacionalizada, ou pós-moderna, o problema é o fato que qualquer perspectiva mais racionalista ligada ao normativismo e ao Estado se tornar extremamente limitada. Não se pode assim continuar mantendo uma noção de racionalidade no Direito ao se insistir no ideal kelseniano. Nesta linha de raciocínio, entende-se a necessidade de criticar-se a epistemologia do neopositivismo analítico, da linguagem da denotação pura, introduzindo-se uma epistemologia construtivista que privilegie para a globalização a temática da pluralidade social, da complexidade, dos paradoxos e riscos, e mostre algumas das consequências que esta perspectiva está provocando na teoria do Direito”. (ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 14).

⁴⁰³ “La comunicación es la operación específica que identifica los sistemas sociales: no existe sistema social que no tenga como operación propia la comunicación y no existe comunicación fuera de los sistemas sociales. [...] Mediante la operación de comunicación. Un sistema social está sin embargo abierto al entorno, en el sentido que puede observar el entorno; el entorno se construye comunicativamente como información. Todo lo que no es comunicación (conciencia, vida orgánica, máquinas físicas, ondas eletromagnéticas, elementos químicos, etcétera) se observa en el sistema social y se convierte en tema de comunicación”. (CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la Teoría Social de Niklas Luhmann*. Traduzido por Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. Guadalajara: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 47).

⁴⁰⁴ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Traduzido por Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, v.1, p. 45.

indivíduo compreende sua condição individual e estabelece distinções, as quais são necessárias para este construir sua identidade perante o sistema social.

Todavia, tanto pelo aumento no número de pessoas que se integram nesse sistema primeiro, como pela multiplicidade de comunicações e comportamentos possíveis, a sociedade atual caracteriza-se por um nível muito elevado de complexidade⁴⁰⁵ e contingência⁴⁰⁶, que é causa e decorrência da geração, a partir do sistema social global, de novos sistemas sociais, que são subsistemas incumbidos de aventar os setores concretos dessa complexidade.⁴⁰⁷

Estes subsistemas sociais se caracterizam por serem autênticos e autônomos, na medida em que cada um deles mantém funções particulares suas, do mesmo modo que também produzem eles próprios os elementos de que necessitam, ou seja, estes se caracterizam por serem subsistemas autopoieticos e auto-referenciais.

⁴⁰⁵ Segundo Walter Frederick Buckley, sistema complexo pode ser definido como “um complexo de elementos ou componentes direta ou indiretamente relacionados numa rede causal, de sorte que cada componente se relaciona pelo menos com alguns outros, de modo mais ou menos estável, dentro de determinado período de tempo. Os componentes podem ser relativamente simples e estáveis, ou complexos e mutáveis; podem variar em apenas uma ou duas propriedades ou assumir muitos estados diferentes. As inter-relações mais ou menos estáveis de componentes, que se estabelecem em qualquer tempo, constituem a estrutura particular do sistema nesse tempo, atingindo assim uma espécie de ‘todo’ com algum Grau de continuidade e limites”. (BUCKLEY, Walter Frederick. *A Sociologia e a Moderna Teoria dos Sistemas*. São Paulo: Cultrix, 1971, p. 68).

⁴⁰⁶ Franz Josef Brüseke afirma que: “A contingência denomina algo que não é necessário, nem impossível e fala desta maneira sobre a abertura fundamental da experiência humana no âmbito social. O conceito de contingência também se estende à percepção do mundo que depende de distinções (entre aquilo que está dentro do sistema e aquilo que está no seu ambiente); essas distinções podem ser feitas desta ou daquela maneira, são então ‘contingentes’. A necessidade da redução de complexidade deriva-se dessa abertura fundamental do agir e perceber humano”. (BRÜSEKE, Franz Josef. Risco e Contingência. *Socitec E-prints*, Florianópolis, v. 1, n. 2, p. 35-48, jul.-dez. 2005, p. 38).

⁴⁰⁷ Juan Antonio Garcia Amado refere que: “Estes subsistemas não deixam de ser partes do sistema social global, visto que se constituem sobre a base dos elementos constitutivos daquele: comunicações. Portanto, o meio em que estes sistemas se desenvolvem e frente ao qual se decantam, é o meio social, a sociedade, da qual ao mesmo tempo formam parte. Seu meio é o resto da sociedade”. (AMADO, Juan Antonio Garcia. A Sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann. In: ARNAUD, André-Jean (org.); LOPES JÚNIOR, Dalmir (org.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Traduzido por Dalmir Lopes Júnior, Daniele Andréa da Silva Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 306-307).

Neste sentido, Leonel Severo Rocha e Delton Winter de Carvalho⁴⁰⁸ esclarecem:

A expressão autopoiese refere-se àqueles sistemas que (auto) produzem todos seus componentes elementares. Estes elementos e estruturas sistêmicas surgem por meio de uma cadeia de interações recursivas (destes mesmos elementos) e, assim, distinguem-se do meio envolvente - seja como a forma de vida, consciência ou (no caso dos sistemas sociais) comunicação. Autopoiese, sobretudo, é o modo (autônomo) de reprodução destes sistemas.

A idéia de auto-referência⁴⁰⁹ implica dizer que a unidade de um sistema e a diferença entre um sistema e o meio nunca deve ser apreendida por um observador externo, devendo sempre ser produto interno do próprio sistema, a partir do processo de (auto) observação do seu específico processo auto-referencial. Todavia, esta aparente clausura do sistema auto-referencial e autopoietico não impede a sua abertura frente ao meio, vez que consiste justamente na sua “condição de abertura”,⁴¹⁰ quer dizer, um sistema autopoietico não difere totalmente da idéia de

⁴⁰⁸ ROCHA, Leonel Severo; CARVALHO, Delton Winter de. Auto-referência, circularidade e paradoxos na Teoria do Direito. In: _____. (org.); STRECK, Lenio Luiz (org.). *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*. São Leopoldo: UNISINOS, 2002, p. 241. Marcelo Neves também refere que: “um sistema é dito autopoietico quando este se reproduz primariamente com base nos seus próprios códigos, assimilando os fatores do seu meio-ambiente circundante (expectativas sociais), mantendo, assim, a sua autonomia e identidade perante os demais sistemas sociais”. (NEVES, Marcelo. Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. *Revista Direito em Debate*, Ijuí, v. 5, n. 5, p. 7-37, jan.-jun. 1995, p. 15).

⁴⁰⁹ Willis Santiago Guerra Filho destaca que: “A teoria sistêmica, como se vê, é dotada de uma universalidade que a torna extremamente atraente em uma época como a nossa, em que se busca reencontrar o ‘fio da meada’, perdido com a alta especialidade do conhecimento nos tempos modernos. A essa universalidade se associa uma outra característica sua, que ao mesmo tempo é um dos conceitos básicos por ela empregados: a reflexividade. Por pretender uma universalidade, de tudo poder explicar, a teoria de sistemas há de, por si mesma, explicar a si própria. Isso a confere uma terceira característica, que é também atribuída aos sistemas por ela estudados: a auto-referência”. (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 57).

⁴¹⁰ Juan Antonio Garcia Amado segue explicando que: “Se o sistema pode relacionar-se com seu meio é porque previamente aparece preordenada pelo próprio sistema a forma de tal relação, o esquema a que se há de ajustar. E a auto-referência ou autopoiesis do sistema consiste nessa auto-constituição continuada do próprio sistema, através de suas próprias operações, que faz com que toda operação com o meio seja uma operação dentro do sistema, uma operação do sistema consigo mesmo, uma determinação de novos elementos próprios a partir de seus próprios elementos. Não haveria referência externa sem auto-referência. (AMADO, Juan Antonio Garcia. A Sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann. In: ARNAUD, André-Jean (org.); LOPES JÚNIOR, Dalmir (org.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Traduzido por Dalmir Lopes Júnior, Daniele Andréa da Silva Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 316).

sistemas fechados, nem da idéia de sistemas abertos, pois ela admite que os sistemas sejam fechados e abertos ao mesmo tempo.⁴¹¹

Desta forma, verifica-se que a Teoria dos Sistemas Sociais não se ocupa mais com sistemas enquanto objetos especiais, mas ocupa-se com o mundo visto com o auxílio de uma diferença específica, qual seja, a diferença entre os sistemas e o ambiente. Esta diferenciação detectada entre o sistema e o ambiente é que permitirá a construção de uma nova série de formas e possibilidades de observação, gerando novas expectativas que por sua vez aumentam a complexidade, pois das expectativas surgem novas expectativas, o que justifica esta majoração.⁴¹²

Nesta linha de pensamento, a vida social torna-se mais complexa à medida que se impõem, de maneira simultânea, mecanismos de redução da complexidade que permitem cercar cada acontecimento emprestando-lhe um sentido e uma resposta.⁴¹³ À vista da complexidade do comportamento social é que se exige a

⁴¹¹ Leonel Severo Rocha destaca que: “[...] a autopoiese se preocupa com essa diferença, com esse traço que vai marcar a separação entre o fechado e o aberto, e o aberto e o fechado. Não é o fechado e não é o aberto, nem um dos dois, porque não existe o aberto e o fechado. Só existe a diferença, tem-se uma certa dialética aí. Só existe a diferença, nessa passagem. E essa passagem tem uma forma determinada, e essa forma é a unidade que vai surgir nessa passagem - a unidade da diferença”. (ROCHA, Leonel Severo. Sistema de Direito e Transdisciplinaridade: de Pontes de Miranda a Autopoiese. In: COPPETTI, André (org.); STRECK, Lenio Luiz (org.); _____ (org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 189).

⁴¹² Para Leonel Severo Rocha, “cada vez que se tem uma expectativa, tem-se uma probabilidade de que essa expectativa, que se quer que ocorra, tenha consequências diferentes. Sempre pode acontecer que aquilo em relação ao qual se tem uma expectativa, e essa é a expectativa mais provável, ocorra de uma maneira diferente. Essa maneira não necessariamente será melhor ou pior, mas diferente. Então isso aumenta a complexidade, porque sempre há expectativas as mais variadas possíveis, e, nas sociedades, as expectativas têm as chamadas duplas contingências, porque as expectativas das expectativas se cruzam a todo momento, em função de que cada um tem suas próprias expectativas”. (ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. São Leopoldo: UNISINOS, 1998, p. 193).

⁴¹³ Nas palavras de Niklas Luhmann: “Na dimensão temporal essas estruturas de expectativas podem ser estabilizadas contra frustrações através da normatização. Frente à crescente complexidade social isto pressupõe uma diferenciação entre expectativas cognitivas (disposição à assimilação) e normativas, além da disponibilidade de mecanismos eficientes para o processamento de desapontamentos, frustrações. Na dimensão social essas estruturas de expectativas podem ser institucionalizadas, ou seja apoiadas sobre o consenso esperado a partir de terceiros. Dada a crescente complexidade social isso exige cada vez mais suposições fictícias do consenso e também a institucionalização do ato de institucionalizar através de papéis especiais. Na dimensão prática essas estruturas de expectativas podem ser fixadas externamente através de um sentido idêntico, compondo uma inter-relação de confirmações e limitações recíprocas. Dada a crescente complexidade social isso exige uma diferenciação dos diversos planos da abstração”. (LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Traduzido por Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, v.1, p. 109-110).

realização de reduções que possibilitem expectativas comportamentais recíprocas

clama por uma ação mais eficiente do Direito para garantir a congruência das expectativas.⁴¹⁶

Nas palavras de Niklas Luhmann:⁴¹⁷

O sistema [jurídico] funciona como sistema operativo fechado, à medida em que ele somente precisa reproduzir suas próprias operações; mas ele é, exatamente nessa base, um sistema aberto ao mundo circundante, à medida em que ele deve estar disposto a reagir a proposições de qualquer espécie, contanto que elas assumam uma forma jurídica. Assim, a proibição da recusa da Justiça garante a abertura por intermédio do ‘fechamento’. Com isso o sistema jurídico orienta-se com vistas a um mundo circundante que, em princípio, é contingente. Tudo pode ser diferente. Cada norma pode ser infringida por um comportamento, cada expectativa pode não ser correspondida. Mas essa contingência adquire relevância para o sistema, apenas segundo o próprio Código, isto é, apenas com vistas à possibilidade de classificar os fatos como Direito ou não-Direito.

O Direito assim é concebido como um sistema auto-referencial e autopoietico de “redução de expectativas” num ambiente de alta complexidade em que a contingência pode conduzir a expectativas normativas incongruentes,⁴¹⁸ colaborando para se alcançar o equilíbrio do sistema social, controlando, integrando ou esfriando os conflitos sociais e os desequilíbrios.

⁴¹⁶ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Traduzido por Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, v.1, p. 122.

⁴¹⁷ LUHMANN, Niklas. A posição dos Tribunais no Sistema Jurídico. Traduzido por Peter Naumann. *Ajuris*, Porto Alegre, v. 17, n. 49, p. 149-168, jul. 1990, p. 161. “Assim, por exemplo, o direito é um desses subsistemas que aplica aos comportamentos o código legal/ilegal, e reproduz seus elementos a partir de seus próprios elementos, pois é somente a partir de uma legalidade prévia que é possível definir aquilo que é legal, etc. O funcionamento desses sistemas se constrói determinando-se a sociedade moderna e seu alto nível de sofisticação. De tal forma que o fato de abrir mão de seu império de nome, por exemplo, de um consenso universal para cada problema próprio ao sistema jurídico, econômico, científico, etc, significaria uma regressão da significaria uma regressão da sociedade a um estado anterior de forma de vida ainda mais primário”. (ARNAUD, André-Jean. et al. *Diccionario Enciclopédico de Teoria e de Sociología do Direito*. Traduzido por Vicente de Paulo Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 747-748).

⁴¹⁸ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Traduzido por Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, v.1, p. 126. “Um sistema jurídico, no que concerne à reprodução do sistema, deve estar apto a aprender, e por isso é concomitantemente um sistema fechado e aberto. Não se trata de uma contradição lógica pois nós definimos clausura como a reprodução recursiva e não como negação da abertura. A clausura torna-se muito melhor formulada como um paradoxo: O sistema é aberto porque é fechado, ou ainda, é fechado porque é aberto, e ele – se levarmos em consideração a complexidade como variável de desenvolvimento – nunca está mais aberto que fechado, e nunca está mais fechado que aberto”. (LUHMANN, Niklas. A restituição do Décimo Segundo Camelo: Do sentido de uma análise sociológica do Direito. In: ARNAUD, André-Jean (org.); LOPES JÚNIOR, Dalmir (org.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Traduzido por Dalmir Lopes Júnior, Daniele Andréa da Silva Mão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 63-64).

Desta forma, o Direito finda caminhando para uma maior diferenciação e autonomização funcional, mercê de uma maior complexidade social, servindo também para legitimar as decisões daqueles que possuem a capacidade e o poder de tomá-las. A justificação, legitimidade, aceitação e consenso em contorno dessas decisões é que são procuradas através do Direito. Assim, as regras jurídicas atribuem competências e estabelecem procedimentos para a tomada de decisão executam um desempenho de legitimação, em que a força por elas intermediada transforma-se em Direito.⁴¹⁹

Entretanto, para Niklas Luhmann, “a positividade não significa apenas que o Direito se caracteriza por ser posto por decisões e permanentemente alterável, mas também e sobre tudo o fechamento operacional do sistema jurídico, que pressupõe e implica a sua abertura cognitiva”.⁴²⁰

Neste sentido, Leonel Severo Rocha⁴²¹ destaca:

Para observar a unidade do Direito, é necessário que se examine como ele operacionalmente se fecha, como Direito. Contudo, o Direito sempre atua sobre algo que não é Direito. Há exceções, às vezes, nos procedimentos, porém o Direito, nos casos concretos, atua sobre algo que não é inicialmente Direito. Por exemplo, um casal está com um problema de família. Este não é um problema jurídico, é um problema da sociedade. Transforma-se num caso jurídico quando lhe é atribuído um sentido do Direito. Assim, por exemplo, quando um juiz vai tomar uma decisão, como operador do Direito, tem que levar em consideração o que está acontecendo naquela família, quais são os problemas sociais que ali existem; para depois elaborar uma sentença que tem que ser operacionalmente fechada, para que seja uma sentença válida. Se o juiz desse uma sentença que não fosse considerada pelo sistema como válida, ela seria nula. Este processo caracteriza um paradoxo, um acoplamento entre a família e o Direito, e uma decisão válida.

⁴¹⁹ LUHMANN, Niklas. *Differenziazione del sistema giuridico*: Contributi allá sociologia e allá teoria del diritto. Traduzido por Raffaele Di Giorgi. Bologna: Società editrice il Mulino, 1990, p. 81.

⁴²⁰ NEVES, Marcelo. E se Faltar o Décimo Segundo Camelo? Do Direito Expropriador ao Direito Invadido. In: ARNAUD, André-Jean (org.); LOPES JÚNIOR, Dalmir (org.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Traduzido por Dalmir Lopes Júnior, Daniele Andréa da Silva Mão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 149.

⁴²¹ ROCHA, Leonel Severo. Sistema de Direito e Transdisciplinaridade: de Pontes de Miranda a Autopoiese. In: COPPETTI, André (org.); STRECK, Lenio Luiz (org.); _____ (org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 190-191.

Tudo isto se verifica porque o Direito é um elemento vivo da própria sociedade, não podendo ser inteiramente contido em regras jurídicas dispostas em códigos ou leis avulsas de atualização, nem mesmo em correntes jurisprudenciais imutáveis, pois se modifica a cada dia, mesmo que as leis escritas se mantenham inalteradas em sua redação, repercutindo também em alterações de outros elementos do sistema social, bem como da própria sociedade.⁴²²

Nesta concepção, afere-se o sistema jurídico como um sistema de uma alta complexidade, que contém em si as condições de sua própria modificabilidade. Entretanto, Niklas Luhmann⁴²³ destaca que é inegável que a política interfere diretamente no Direito, ainda que de maneira parasitária, aduzindo que:

A modificação do direito é, portanto, provida de estímulo tanto quanto de freios políticos. Isto foi e ainda é a condição de aceitação do parasita na própria casa do anfitrião. Somente assim o direito pôde tornar-se um sistema funcionalmente competente para a sociedade como um todo, incluindo o sistema político. É precisamente a diferenciação de uma competência universal ligada a uma função (em nenhum lugar existiria um direito fora do direito) que estabelece uma junção estrita dos domínios parciais das práticas políticas e jurídicas. Essa diferenciação tem sido pesquisada e compreendida como uma aquisição civilizacional, e como um triunfo do direito sobre a arbitrariedade da política, sob a designação de Estado de Direito. Essa perspectiva sobre a realização histórica do programa jurídico-estatal não permite conhecer, em que consiste, de fato, esta propriedade de aquisição evolucionária que não permite a reversibilidade de seu desenvolvimento. Ninguém quer sustentar que a domesticação da política seja definitivamente realizada.

⁴²² Fernando Noronha destaca ainda que: “Só uma concepção sistêmica do Direito pode dar uma explicação cabal destes fenômenos. Direito e sociedade, a parte e o todo, estão em interdependência mútua; por um lado, o Direito tem de acompanhar as transformações ocorridas na sociedade, mesmo que quase sempre haja um tempo de descompasso entre estas e aquele; por outro lado, o Direito é instrumento poderoso de que o poder político se serve para provocar ou sustentar as mudanças que, deliberadamente, procure introduzir na sociedade. Quando é o poder político que está interessado em produzir mudanças no Direito ele baixará as leis necessárias; quando, porém, o caso seja de simples adequação do Direito a mudanças registradas na sociedade, os juizes acabarão produzindo o novo Direito, caso as novas leis, necessárias, não surjam, e caso o poder político não dê sinais claros de que pretende opor-se aos novos ‘ventos’ – o que às vezes acontece, como, por exemplo, quando um regime político conservador se opõe ao divórcio ou ao aborto, em nome de concepções morais ou religiosas que já não sejam consideradas assim tão importantes na sociedade global”. (NORONHA, Fernando. *Direito e Sistemas Sociais: a jurisprudência e a criação de direito para além da lei*. Florianópolis: UFSC, 1998, p. 131-132).

⁴²³ LUHMANN, Niklas. A restituição do Décimo Segundo Camelo: Do sentido de uma análise sociológica do Direito. In: ARNAUD, André-Jean (org.); LOPES JÚNIOR, Dalmir (org.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Traduzido por Dalmir Lopes Júnior, Daniele Andréa da Silva Mão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 93-95.

O Direito mostra-se sob a forma de uma estrutura dinâmica, considerando que aceita e, de certo modo, modifica-se com as irritações do ambiente. Em outras palavras, sendo o direito um sistema autopoietico, aparece ele como normativamente fechado (operacionalmente), mas cognitivamente aberto, assimilando os fatores do ambiente (política, economia, cultura, etc.) de acordo com seus próprios critérios, ou seja, seleciona as informações que lhe são de interesse.⁴²⁴

Referindo-se ao ordenamento jurídico, parte-se de uma análise da sociedade e, partir desta, para a análise do Direito com um subsistema imerso neste sistema social, ou seja, um sistema inserido no ambiente. Este paradigma que Niklas Luhmann nos propõe, ajuda-nos a compreender diferentes aspectos da realidade social contemporânea e, a partir da sociedade, considerada em termos globais e na sua lógica de funcionamento como um sistema, é que são exploradas todas as relações que se estabelecem nos subsistemas.

Somente desta forma, ou seja, partindo a apreciação dos conflitos, notadamente daqueles estabelecidos no âmbito das relações familiares, a partir da ótica sistêmica, é que poderemos ampliar o campo de atuação do Direito e pensá-lo como algo muito maior, mais contextual e mais complexo do que sua hierarquização e forma de análise verticalizada/organizacional.⁴²⁵

⁴²⁴ Marcelo Neves destaca: “De certa maneira, pode-se dizer, usando a linguagem da teoria dos sistemas, que a interdisciplinaridade constitui uma forma específica de acoplamento estrutural entre duas disciplinas, havendo várias interdisciplinaridades, conforme os campos do saber que se relacionam, como, por exemplo, dogmática jurídica e análise econômica do direito ou dogmática jurídica e sociologia jurídica. Ela implica uma influencia concentrada entre as esferas do saber e, ao mesmo tempo, uma forte seletividade em face das influências, excluindo umas e viabilizando outras. Mas, como forma de acoplamento estrutural, a interdisciplinaridade facilita interpenetrações sem atingir a autonomia operacional dos respectivos campos do saber, antes as fortificando”. (NEVES, Marcelo. Pesquisa Interdisciplinar no Brasil: o paradoxo da interdisciplinaridade. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 207-214, 2005, p. 212).

⁴²⁵ ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 68.

CONCLUSÃO

As famílias que integram a nossa realidade atual pouco rememoram aquela consagrada na origem do sistema jurídico brasileiro, pois, diante das constantes e significativas transformações sociais, econômicas e culturais, não se pensa mais em um modelo único e uniforme de família, mas sim numa pluralidade, numa multiplicidade de formas.

O caráter patrimonialista característico daquelas famílias foi abandonado, passando a prevalecer uma concepção de família em que predominam as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação, a qual se convencionou chamar de família eudemonista.

Do mesmo modo, atualmente não mais predomina aquele entendimento assentado na necessidade de fortalecimento da família e, conseqüentemente, do Estado. Embora a quase-totalidade das Constituições anteriores consagrasse o alto propósito da irrestrita proteção à família legal, a partir de 1988 surge um conceito de família bem mais amplo, reconhecendo a existência de múltiplas formas de “entidades familiares”, deslocando a proteção do Estado ao indivíduo na sua dignidade.

Assim, o Direito de Família passou (e ainda passa) por grandes mudanças, pois existe um anseio social muito grande que releva a vontade do indivíduo frente ao formalismo das normas, visando a liberdade de cada um em busca da sua realização pessoal. Certo é que não está superada a polêmica entre os objetivistas (*mens legis*) e subjetivistas (*mens legislatoris*), porém, em tempos atuais, para a

solução de um conflito estabelecido no âmbito das relações familiares, exige-se o deslocamento do olhar para a sociedade, considerando que as famílias envolvem a questão da convivência humana.

Tradicionalmente, assim define-se o chamado pluralismo jurídico, como uma análise investigativa dos fatores externos à produção do Direito: aspectos econômicos, sociológicos, políticos, antropológicos. O estudo do Direito tanto segue diretrizes e normas institucionais, quanto se intercomunica com as disciplinas e fontes sociais, plurais, globais, portanto menos tradicionais do Direito.

A Constituição Federal de 1988, síntese do pluralismo social e cultural que define a sociedade brasileira consagrou-se como uma nova tábua axiológica, alterando os fundamentos de validade de institutos tradicionais do Direito de Família. A dignidade da pessoa humana, a liberdade e a igualdade, tornaram-se princípios da República, ao mesmo tempo em que outros valores inerentes à pessoa são elevados ao ápice do ordenamento jurídico.

Esse novo enfoque dado à família, essa perspectiva de constantes transformações sociais, e a valorização do indivíduo, enseja uma reflexão mais profunda sobre os Direitos e as Famílias, em face da complexidade das relações sociais e o distanciamento existente entre a efetiva realidade e àquela recepcionada pelo sistema normativo, confirmando a sua insuficiência para reger os conflitos entabulados na contemporaneidade.

Os fenômenos sociais possuem um caráter objetivo, contudo, ao mesmo tempo, são continuamente mediados pela consciência. O importante é não diminuir um aspecto ao outro, mas compreender sua conexão. O anseio de envolver os fenômenos exclusivamente pela aceção que lhes conferem os sujeitos é superficial. A tendência objetada no sentido de eliminar subjetivo em favor da determinação de sua função é, por outro lado, reducionista.

A análise sociológica da família avultou-se em nível de importância quando passou a ser assimilada e desenvolvida não mais por sociológicos, mas pelo estudo

do Direito, com o intuito de romper o círculo fechado de conceitos metafísicos e individuais. A avaliação sociológica da família é mais adequada ao Direito na sua atual “crise” como instituição de finalidade social. A realidade se mostra tão mutante e não se pode acorrentá-la em dispositivos legais perpétuos e imutáveis.

De qualquer sorte, no exercício de suas funções “procriadora”, “educadora” e “econômica”, ainda hoje a família pode ser considerada a célula *mater* da sociedade, tendo em vista que é dela que provêm as primeiras influências que o indivíduo recebe para a formação do seu caráter, acompanhando-o desde o nascimento até a sua morte. Neste sentido, verifica-se a necessidade de abertura do diálogo interdisciplinar, máxime em tempos de transformação da sociedade e de crise de valores.

Na tentativa de esclarecer a subjetividade com que se revestem as questões pertinentes ao Direito de Família, a partir do estudo das teorias sociológicas acerca destas relações, bem como traçando a evolução desta normatização, alcançamos o final desta pesquisa com a certeza de que precisamos avançar rumo a uma nova epistemologia que permita ao Direito um diálogo com as transformações ocorridas perante a sociedade.

A Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann nos permite esta multidisciplinidade, pois engloba conceituações e proposições de diversas áreas do conhecimento, com o fito de traçar um panorama da moderna e complexa sociedade contemporânea, o que provoca para análise do Direito, uma profunda mudança epistemológica, mormente pela análise conjuntural do Direito e de outros sistemas.

O Direito, assim concebido como sistema inserido no sistema social, deixa de ser rígido e positivo, passando a ser flexível e plural, não podendo ser analisado pela simples “vontade” dos legisladores ou doutrinadores, pois tudo gira em torno da comunicação social que se constitui o próprio Direito, o qual deve expressar expectativas de comportamento, comunicá-las e fazer com que elas sejam reconhecidas.

Desta forma, evidenciamos a necessidade desta reflexão sobre os Direitos e as Famílias, pois, apesar de todas as transformações ocorridas, muito há para se caminhar na busca da superação de determinados dogmas que não mais correspondem às expectativas da sociedade contemporânea. Portanto, esta dissertação não tem a pretensão de esgotar as questões pertinentes ao mesmo, mas tem sim o anseio de servir como um contributo para uma maior reflexão sobre o assunto, na busca do merecido reconhecimento da necessidade de uma visão interdisciplinar do Direito, em especial do Direito de Família.

OBRAS CONSULTADAS

ADORNO, Sérgio. Educação e Patrimonialismo. In: MARTINS, Carlos Benedito (org.). *O Público e o Privado na Educação Brasileira Contemporânea*. Campinas: Centro de Estudos de Educação e Sociedade, 1991.

ALEXY, Robert. Sistema jurídico y razón practica. In: ALEXY, Robert. *El Concepto y la Validez del Derecho y Otros Ensayos*. 2.ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

AMADO, Juan Antonio Garcia. A Sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann. In: ARNAUD, André-Jean (org.); LOPES JÚNIOR, Dalmir (org.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Traduzido por Dalmir Lopes Júnior, Daniele Andréa da Silva Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Constituição e Codificação: primórdios do binômio. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Descodificação do Direito Civil. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 16, 1996, Fortaleza. *Anais*. Brasília: OAB, 1996.

ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 9.ed. Traduzido por Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

ARIÈS, Philippe. *História Social da Criança e da Família*. 2.ed. Traduzido por Dora Flaksman. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

_____. Por uma História da Vida Privada. In: _____ (org.). et al. *História da Vida Privada: da Renascença ao Século das Luzes*. Traduzido por Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 1991. v.3.

ARNAUD, André-Jean. *O Direito Traído pela Filosofia*. Traduzido por Wanda de Lemos Capeller e Luciano Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

_____. et al. *Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito*. Traduzido por Vicente de Paulo Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____; DULCE, Maria José Fariñas. *Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos*. Traduzido por Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

AZCONA, Jorge Sánchez. *Familia y Sociedad*. México: Joaquín Mortiz, 1974.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Estudo Histórico sobre a Condição Jurídica da Mulher no Direito Luso-Brasileiro desde os Anos Mil até o Terceiro Milênio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

AZZI, Riolando. Família, mulher e sexualidade na Igreja do Brasil (1930-1964). In: MARCÍLIO, Maria Luiza (org.). *Família, Mulher, Sexualidade e Igreja na História do Brasil*. São Paulo: Loyola, 1993.

BARBOSA, Águida Arruda. Mediação: além de um método, uma ferramenta para a compreensão das demandas judiciais no Direito de Família - a experiência brasileira. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 2, n. 7, p. 19-37, out.-dez. 2000.

BARBOZA, Heloisa Helena. O Direito de Família Brasileiro no final do século XX. In: BARRETTO, Vicente (org.). *A Nova Família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito*. Campinas: Bookseller, 2000.

BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 4, n. 14, p. 5-10, jul.-set. 2002.

BARZOTTO, Luis Fernando. *O Positivismo Jurídico Contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: UNISINOS, 2000.

BEAUVOIR, Simone de. *O Segundo Sexo: a experiência vivida*. 3.ed. Traduzido por Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980. v.2.

BECK, Ulrich. *Qué es la globalización: falácias del globalismo, respuestas a la globalización*. Traduzido por Bernardo Moreno e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1997.

_____; GIDDENS, Antony; SCOTT, Lash. *Modernidade Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Traduzido por Magda França Lopes. São Paulo: UNESP, 1997.

BELTRÃO, Pedro Calderan. *Sociologia da Família Contemporânea*. 2.ed. Traduzido por Ernesto Buzzi. Petrópolis: Vozes, 1973.

BENEVIDES, Maria Victoria. Democracia de iguais, mas diferentes. In: BORBA, Angela (org.); FARIA, Nalu (org.); GODINHO, Tatau (org.). *Mulher e Política: gênero e feminismo no Partido dos Trabalhadores*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 1998.

BENVENISTE, Émile. *O Vocabulário das Instituições Indo-Européias: poder, direito, religião*. Traduzido por Denise Bottmann e Elenora Bottmann. Campinas: UNICAMP, 1995. v.2.

BESSE, Susan K. *Modernizando a Desigualdade: reestruturação da ideologia de gênero no Brasil*. Traduzido por Lolio Lourenco de Oliveira. São Paulo: EDUSP, 1999.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito da Família*. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

BILAC, Elisabete Dória. Sobre as transformações nas estruturas familiares no Brasil. Notas muito preliminares. In: RIBEIRO, Ivete (org.); RIBEIRO, Ana Clara T. (org.). *Família em Processos Contemporâneos: inovações culturais na sociedade brasileira*. São Paulo: Loyola, 1995.

_____. Família: algumas inquietações. In: CARVALHO, Maria do Carmo Brant de (org.). *A Família Contemporânea em Debate*. 2.ed. São Paulo: EDUCS, 1997.

BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

_____. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. v.2.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política*. 3.ed. Traduzido por Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1990.

_____. *Igualdad y Libertad*. Traduzido por Pedro Aragón Rincón. Barcelona: Paidós, 1993.

_____. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. Traduzido por Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

BOEIRA, José Bernardo. *Investigação de Paternidade: posse de estado de filho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BONNECASE, Julien. *La Filosofía del Código de Napoleón Aplicada al Derecho de Familia*. 2.ed. México: José M. Cajica Júnior, 1945.

BOURDIEU, Pierre. *A Dominação Masculina*. Traduzido por Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

_____. *Razões Práticas: sobre a teoria da ação*. Traduzido por Mariza Corrêa. Campinas: Papyrus, 1997.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. As novas orientações do Direito de Família. In: _____ (org.). *O Direito de Família: descobrindo novos caminhos*. São Leopoldo: Autora, 2001.

BRUSCHINI, C. Teoria Crítica da família. In: AZEVEDO, Maria Amélia (org.); GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo (org.). *Infância e Violência Doméstica: fronteiras do conhecimento*. 2.ed. São Paulo: Cortez, 1997.

BRÜSEKE, Franz Josef. Risco e Contingência. *Socitec E-prints*, Florianópolis, v. 1, n. 2, p. 35-48, jul.-dez. 2005.

BUKCLEY, Walter Frederick. *A Sociologia e a Moderna Teoria dos Sistemas*. São Paulo: Cultrix, 1971.

CALIL, Vera Lúcia Lamanno. *Terapia familiar e de casal*. São Paulo: Summus, 1987.

CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direito da Família e das Sucessões*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CÂNDIDO, João Batista de Oliveira. Casamento. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de Família Contemporâneo: doutrina, jurisprudência, direito comparado e interdisciplinaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CARBONNIER, Jean. *Sociologia Jurídica*. Traduzido por Diogo Leite de Campos. Coimbra: Almedina, 1979.

CARVALHO, Orlando de. *Para uma Teoria Geral das Relações Jurídicas: a teoria geral da relação jurídica - seu sentido e limites*. 2.ed. Coimbra: Centelha, 1981. v.1.

CASEY, James. *A História da Família*. Traduzido por Sérgio Bath. São Paulo: Ática, 1992.

CASTRO, Celso Antonio Pinheiro de. *Sociologia do Direito*. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

CHAI, Cássius Guimarães. *Descumprimento de Preceito Fundamental: identidade constitucional e vetos à democracia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CÍCERO, Marco Túlio. *Das Leis*. Traduzido por Otávio T. de Brito. São Paulo: Cultrix, 1967.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la Teoría Social de Niklas Luhmann*. Traduzido por Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. Guadalajara: Universidad Iberoamericana, 1996.

COULANGES, Numa Denis Fustel de. *A Cidade Antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma*. Traduzido por Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal. In: _____. et al. *Direito e Neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: EDIBEJ, 1996.

CRUZ, Maria Braga da. *Teorias Sociológicas: os fundadores e os clássicos (antologia de textos)*. 4.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

CUNHA, João Paulo. A ética do afeto. In: GROENINGA, Giselle Câmara (coord.); PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de Família e Psicanálise*. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

DALGALARRONDO, Paulo. *Psicopatologia e Semiologia dos Transtornos Mentais*. Porto Alegre: Artmed, 2000.

DANTAS, San Tiago. *Direitos de Família e das Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DE CICCIO, Cláudio. *Direito: tradição e modernidade*. São Paulo: Ícone, 1993.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. 11.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1989. v.3.

DICIONÁRIO DE SOCIOLOGIA. Porto Alegre: Globo, 1961.

DOWE, Nelson Godoy Brasil. *Instituições de direito público e privado*. São Paulo: Nelpa, 1999.

DRESSLER, David. *Sociologia*. O estudo da interação humana. Traduzido por Aloysio de Moraes. Rio de Janeiro: Interciência, 1980.

DURKHEIM, Émile. *As Formas Elementares da Vida Religiosa: o sistema totêmico da Austrália*. Traduzido por Joaquim Pereira Neto. São Paulo: Paulinas, 1989.

_____. *As Regras do Método Sociológico*. 3.ed. Traduzido por Maria Isaura Pereira de Queiroz. São Paulo: Nacional, 1963.

_____. *Da Divisão do Trabalho Social*. Traduzido por Eduardo Brandão. 2.ed. São Paulo: Martins Fortes, 1999.

_____. *Sociologia*. 9.ed. Traduzido por Laura Natal Rodrigues. São Paulo: Ática, 2004.

_____. *Sociologia e Filosofia*. Traduzido por J. M. de Toledo Camargo. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

DWORKIN, Ronald. É o direito um sistemas de regras? *Estudos jurídicos*, São Leopoldo, v. 34, n. 92, p. 119-158, set.-dez. 2001

_____. *The model of rules*. Chicago: University of Chicago Law Rewiew, 1967.

ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. Traduzido por Leandro Konder. 12.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1991.

ESSER, Jossef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Traducido por Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Boch, 1961.

ETZIONI, Amitai. *Organizações Complexas: um estudo das organizações em face dos problemas sociais*. Traduzido por João Antônio de Castro Medeiros. São Paulo: Atlas, 1981.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. Da função pública ao espaço privado: aspectos da 'privatização' da família do projeto do 'Estado Mínimo'. In: _____. et al. *Direito e Neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: EDIBEJ, 1996.

_____. *Direito de Família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Elementos Críticos do Direito de Família: curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992.

_____. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. "Virada de Copérnico": um convite à reflexão sobre o Direito Civil brasileiro contemporâneo. In: _____ (coord.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998

FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em Busca da Família do Novo Milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A família da pós-modernidade: em busca da dignidade perdida da pessoa humana. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 101-114, set.-out. 2004.

_____. Redesenhando os contornos da dissolução do casamento. (casar e permanecer casado: eis a questão). In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 4, 2004, Belo Horizonte. *Anais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1995. v.7.

FETTER, Marco Antônio. A família em questão. *Cadernos CEDOPE*, Ecologia População e Família, São Leopoldo, n. 1-7, p. 15-24, 1991.

_____. Família: a sua história social e as relações com o Estado. *Cadernos CEDOPE*, População e Família, São Leopoldo, v. 12, n. 14, p. 1-22, 2002.

FIGUEIRA, Eliseu. *Renovação do Sistema de Direito Privado*. Lisboa: Caminho, 1989.

FONSECA, Cláudia. Ser mãe, mulher e pobre. In: PRIORE, Mary del (org.). *História das Mulheres no Brasil*. São Paulo: Contexto, 1997.

FORTIN, Robin. *Comprende la Complexité*: introduction à la méthode d'Edgar Morin. Canadá: L'harmattan, 2000.

FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade*: o uso dos prazeres. 7.ed. Traduzido por Maria Thereza da Costa Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1994. v.2.

FREYRE, Gilberto. *Casa-Grande & Senzala*. 12.ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1963.

GALEOTTI, Anna Elisabetta. Cidadania e diferença de gênero: o problema da dupla lealdade. In: BONACCHI, Gabriela (org.); GROPPI, Angela (org.). *O Dilema da Cidadania*: direitos e deveres das mulheres. Traduzido por Álvaro Lorencini. São Paulo: UNESP, 1995.

GALUPPO, Marcelo Campos. O Direito Civil no contexto da superação do positivismo jurídico: a questão do sistema. In: FIUZA, César (coord.); SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.); NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). *Direito Civil*: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *O Companheirismo*: uma espécie de família. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GAMA-ROZA. *Biologia e Sociologia do Casamento*. Rio de Janeiro: G. Leuzinger & Filhos, 1887.

GARCIA, Célio. Psicanálise: operadores do simbólico - clínica das transformações familiares. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 1, 1999, Belo Horizonte. *Anais*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

GIANFORMAGGIO, Letizia. *Estudios sobre Kelsen*. México: Fontamara, 1994.

GIDDENS, Anthony. *A Constituição da Sociedade*. Traduzido por Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

_____. *As Conseqüências da Modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991.

_____. *Capitalismo e Moderna Teoria Social*. 5.ed. Traduzido por Maria do Carmo Gary. Lisboa: Presença, 2000.

_____. *Sociologia*. 4.ed. Traduzido por Alexandra Figueiredo. Lisboa: Fundação Calouste Goubenkian, 2004.

GIRARDI, Viviane. *Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GOMES, Orlando. *A Crise do Direito*. São Paulo: Max Limonad, 1955.

_____. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

_____. *Direito de Família*. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*. Bahia: Universidade da Bahia, 1958.

GOODE, William Josiah. *A Família*. Traduzido por Antônio Augusto Arantes Neto. São Paulo: Pioneira, 1970.

_____. *Revolução Mundial e Padrões de Família*. Traduzido por Leônidas Contijo de Carvalho. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1969.

_____. *The Family*. New Jersey: Prentice-Hall, 1964.

GRANA, Sheryl J. et al. *The social context of law*. 2.ed. New Jersey: Prentice Hall, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GROENINGA, Giselle Câmara. Entre o público e o privado, famílias. *Boletim do IBDFAM*, Belo Horizonte, n. 25, p. 7, mar.-abr. 2004.

_____. Família: um caleidoscópio de relações. In: _____ (coord.); PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de Família e Psicanálise*. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

GRUNSPUN, Haim. *Mediação Familiar: o mediador e a separação de casais com filhos*. São Paulo: LTr, 2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. *Teoria da Ciência Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001

_____. Um nova perspectiva constitucional: processo e constituição. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 30, n. 30, p. 285-291, 1998.

HINOJAL, Isidoro Alonso. *A Crise da Instituição Familiar*. Rio de Janeiro: Salvat, 1979.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 7-17, abr.-jun. 1999.

_____. Tendências do Direito Civil no Século XXI. In: FIUZA, César (coord.); SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.); NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 17.ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1984.

HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor. Temas básicos de sociologia. In: FORACCHI, Marialice Mencarini; MARTINS, José de Souza. *Sociologia e Sociedade: leituras de introdução à sociologia*. Rio de Janeiro: LTC, 1999.

HOSELITZ, Bert F. (ed.); MOORE, Wilbert E. (ed.). *Industrialization and Society*. Mouton : UNESCO, 1970.

INFESTAS GIL, Angel. *Sociologia de la Empresa*. Salamanca: Amarú, 1991.

IZUZQUIZA, Ignacio. Introducción. In: LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Barcelona: Piados, 1990

JOSÉ FILHO, Mário. *A Família como Espaço Privilegiado para a Construção da Cidadania*. Franca: UNESP, 2002.

KALAORA, Bernard; SAVOYE, Antoine. *Les Inventeurs Oubliés: Le Play et ses Continueteurs aux Origins des Sciences Sociales*. Paris: Champ Vallon, 1989.

KEGEL, Patrícia Luíza. Uma análise do conceito de sistema de sanção no sistema jurídico de Hans Kelsen. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). *Paradoxos da Auto-Observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM, 1997.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6.ed. Traduzido por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KIPP, Theodor; WOLF, Martin. *Derecho de Familia: el matrimonio*. 2.ed. Traduzido por Blas Pérez Gonzéles e José Castalán Tobefias. Barcelona: Bosch, 1953. v.1.

KLEIN, Fabiane. A polêmica sobre a abstração da culpa na separação judicial litigiosa. In: BRAUNER, Maria Claudia Crespo (org.). *O Direito de Família: descobrindo novos caminhos*. São Leopoldo: Autora, 2001.

LACAN, Jacques. *Os complexos familiares*. Traduzido por Marco Antônio Coutinho Jorge. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990.

LECLERCQ, Jacques. *A Família*. Traduzido por Emérico da Gama. São Paulo: Quadrante, 1968.

LAGO, Lúcia Stella Ramos do. *Separação de Fato entre os Cônjuges: efeitos pessoais*. São Paulo: Saraiva, 1989.

LE PLAY, Pierre-Guillaume-Frédéric. *La Méthode Sociale*. Paris, Méridiens Klincksieck, 1989.

_____. *La Réforme Sociale em France: déduite de l'observation comparée des peuples européens*. Paris: Dentu, 1864. v.1.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias Monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Tratado de Direito de Família: origem e evolução do casamento*. Curitiba: Juruá, 1991. v.1.

LEVINE, D. N. *Visões da Tradição Sociológica*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Constitucionalização do Direito Civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 141, p. 99-109, jan.-mar. 1999.

_____. A repersonalização das relações de família. In: BITTAR, Carlos Alberto (coord.). *O Direito de Família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. Educação: o Ensino do Direito de Família no Brasil. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Repensando o Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____. A repersonalização das relações de família. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 6, n. 24, p. 136-156, jun.-jul. 2004.

_____. Constitucionalização do Direito Civil. In: FIUZA, César (coord.); SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.); NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do “*numerus clausus*”. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 3, n. 12, p. 40-55, jan.-mar. 2002.

LOCHE, Adriana A. et al. *Sociologia Jurídica: estudos de sociologia, direito e sociedade*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

LOPES, Marta Julia Marques. Mulheres, Saúde e Trabalho. In: STREY, Marlene Neves. (org.). *Mulher, Estudos de Gênero*. São Leopoldo: UNISINOS, 1997.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. Traduzido por Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. A descodificação e a possibilidade de ressystematização do Direito Civil. In: FIUZA, César (coord.); SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.); NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Traduzido por Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. v.1.

_____. *Sociologia do Direito*. Traduzido por Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. v.2.

_____. *Differenziazione del sistema giuridico: Contributi allá sociologia e allá teoria del diritto*. Traduzido por Raffaele Di Giorgi. Bologna: Società editrice il Mulino, 1990.

_____. A posição dos Tribunais no Sistema Jurídico. Traduzido por Peter Naumann. *Ajuris*, Porto Alegre, v. 17, n. 49, p. 149-168, jul. 1990.

_____. *Sociología del Riesgo*. Guadalajara: Universidad Iberoamericana, 1992.

_____; GEORGI, Raffaele de. *Teoria de la sociedad*. Guadalajara: [s.e.], 1993.

_____. A restituição do Décimo Segundo Camelo: Do sentido de uma análise sociológica do Direito. In: ARNAUD, André-Jean (org.); LOPES JÚNIOR, Dalmir (org.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Traduzido por Dalmir Lopes Júnior, Daniele Andréa da Silva Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. Banco de memória da teoria da sociologia do direito. Bielefeld, 7 jan. 2001. In: ARNAUD, André-Jean (org.); LOPES JÚNIOR, Dalmir (org.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Traduzido por Dalmir Lopes Júnior, Daniele Andréa da Silva Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. Entrevista concedida Pierre Guibentif.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito*. São Paulo: Brasiliense, 1999.

MACHADO NETO, Antônio Luis. *Sociologia Jurídica*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1973.

MADALENO, Rolf. *Novas Perspectivas no Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. A unidade do sistema jurídico em Niklas Luhmann: a assunção do modelo autopoietico. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 82-88, jun.-dez. 1998.

MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. *Instituições de Direito de Família*. São Paulo: LED, 2000.

MAIA, Marlene. Direito Natural: realidade ou quimera? *O Primeiro de Janeiro*, Porto, 7 jun. 2002.

MAINE, Henry Sumner. *El Derecho Antiguo*: considerado en sus relaciones con la historia de la sociedad primitiva y con las instituciones modernas. Traduzido por A. Guerra. Madrid: Civitas, 1993.

MALDONADO, Maria Tereza. *Os Caminhos do Coração*: pais e filhos adotivos. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Subsídios para pensar a possibilidade de articular Direito e Psicanálise. In: _____. et al. *Direito e Neoliberalismo*: elementos para uma leitura interdisciplinar. Curitiba: EDIBEJ, 1996.

MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo. In: _____ (org.). *A Reconstrução do Direito Privado*: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *As Famílias não Fundadas no Casamento e a Condição Feminina*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal. *A vida embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 17, n. 65, p. 21-32, jul.-set. 1993.

MORAES FILHO, Evaristo de. *Augusto Comte: sociologia*. 2.ed. São Paulo: Ática, 1989.

_____. *O Problema de uma Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MORGAN, Lewis Henry. *Systems of Consanguinity and Affinity of the Human Family*. Oosterhout: Anthropological, 1970.

MORIN, Edgar. *Ciência com Consciência*. 4.ed. Traduzido por Maria D. Alexandre. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

MORO ALMARAZ, Maria Jesus. *Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación "in vitro"*. Barcelona: Bosch, 1988.

MOURA, Mário Aguiar. *Tratado Prático da Filiação*. Rio de Janeiro: Aidê, 1984. v.1.

MOZOS, José Luis De Los. *Derecho Civil Español*. Salamanca: Universidade Pontificia, 1977. v.1.

MUNIZ, Francisco José Ferreira. A família na evolução do Direito brasileiro. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Direitos de Família e do Menor: inovações e tendências, doutrina e jurisprudência*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

MURARO, Rose Marie. *A Mulher no Terceiro Milênio: uma história da mulher através dos tempos e suas perspectivas para o futuro*. 3.ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.

NADER, Maria Beatriz. *Mulher: do destino biológico ao destino social*. Vitória: Universidade Federal do Espírito Santo, 1997.

NALINI, José Renato. *Constituição e Estado Democrático*. São Paulo: FTD, 1997.

NAVAS, Alejandro. *La teoria sociológicas de Niklas Luhmann*. Pamplona: Universidade de Navarra, 1989.

NEVES, Marcelo. Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. *Revista Direito em Debate*, Ijuí, v. 5, n. 5, p. 7-37, jan.-jun. 1995.

_____. E se Faltar o Décimo Segundo Camelo? Do Direito Expropriador ao Direito Invadido. In: ARNAUD, André-Jean (org.); LOPES JÚNIOR, Dalmir (org.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Traduzido por Dalmir Lopes Júnior, Daniele Andréa da Silva Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. Concubinato - união estável. In: _____ (coord.). *Direito de Família Contemporâneo: doutrina, jurisprudência, direito comparado e interdisciplinaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

_____. *Direito de Família: a sexualidade vista pelos tribunais*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. Tendências modernas do Direito de Família. *Ajuris*,

PINTO, Cristiano Paixão Araújo. *Modernidade, Tempo e Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. *Tratado de Direito de Família*. Campinas: Bookseller, 2001. v.1.

_____. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2000. Tomo IX.

POVIÑA, Alfredo. *Sociología*. 4.ed. Córdoba: [s.n.], 1961.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, [s.d.].

RADCLIFFE-BROWN, Alfred Reginald. *Estrutura e Função nas Sociedades Primitivas*. Rio de Janeiro: Edições 70, 1989.

RAISER, Ludwig. *Il Compito del Diritto Privato*. Traduzido por Marta Graziadei. Milão: Giuffrè, 1990.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. *Família sem Casamento: de relação existencial de fato à realidade jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. Família constitucionalizada e pluralismo jurídico. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família na Travessia do Milênio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

RAMOS FILHO, Wilson. Direito pós-moderno: caos criativo e neoliberalismo. In: _____. et al. *Direito e Neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: EDIBEJ, 1996.

RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RIBEIRO, Ivete; RIBEIRO, Ana Clara Torres. *Família e Desafios na Sociedade Brasileira: valores como um ângulo de análise*. Rio de Janeiro: Centro João XXIII, 1993.

_____. *A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência*. 3.ed. São Paulo: Cortez, 2001.

SANTOS, Moacir Amaral dos. *Instituições de Direito Civil*. Porto Alegre: Forense, 1985. v.1.

SARACENO, Chiara. *Sociologia da Família*. Traduzido por M. F. Gonçalves de Azevedo. Lisboa: Estampa, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARTI, Cynthia A. Família e Individualidade: um problema moderno. In: CARVALHO, Maria do Carmo Brant de (org.). *A Família Contemporânea em Debate*. 2.ed. São Paulo: EDUCS, 1997.

SCHWARTZENBERG, Rober-Gerard. *Sociologia Política: elementos de ciência política*. Traduzido por Domingos Mascarenhas. São Paulo: Difel, 1979.

SCOTT, Joan Wallach. *Direitos Sociais da Mulher*. Revista Estudos Feministas, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 114-124, 1998. Entrevista concedida a Miriam Grossi, Maria Luiza Heilborn, e Carmen Rial.

SELL, Carlos Eduardo. *Sociologia Clássica: Durkheim, Weber [e] Marx*. Itajaí: UNIVALI, 2001.

SEREJO, Lourival. O afeto que se encerra. *O Estado do Maranhão*, São Luís, 18 jun. 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVEIRA, Michele Costa da. As grandes metáforas da bipolaridade. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SÓFOCLES. *Antígona de Sófocles*. 5.ed. Traduzido por Millôr Fernandes. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

SOUTO, Cláudio. Mudança Social, Desenvolvimento e Direito: algumas considerações teóricas. In: PRADO, Luiz Regis (coord.); KARAM, Munir (coord.). *Estudos de Filosofia do Direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

_____; SOUTO, Solange. *Sociologia do Direito: uma visão substantiva*. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de. *Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995.

STREY, Marlene Neves. Mulher, gênero e representações. In: _____ (org.). *Mulher, Estudos de Gênero*. São Leopoldo: UNISINOS, 1997.

SZYMANSKI, Heloisa. Teorias e 'teorias' de famílias. In: CARVALHO, Maria do Carmo Brant de (org.). *A Família Contemporânea em Debate*. 2.ed. São Paulo: EDUCS, 1997.

TEPEDINO, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Civil: perspectivas interpretativas diante do novo código. In: FIUZA, César (coord.); SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.); NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: BARRETTO, Vicente (org.). *A Nova Família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. A disciplina jurídica da filiação. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Direitos de Família e do Menor: inovações e tendências, doutrina e jurisprudência*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

_____. As novas relações familiares. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 16, 1996, Fortaleza. *Anais*. Brasília: OAB, 1996.

_____. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Temas de Direito Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TORRES, Anália Cardoso. *Divórcio em Portugal, Ditos e Interditos: uma análise sociológica*. Oeiras: Celta, 1996.

TUBERT, Sílvia. *Mulheres sem Sombra: maternidade e novas técnicas reprodutivas*. Traduzido por Graciela Rodriguez. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1996.

VAITSMAN, Jeni. *Flexíveis e Plurais: identidade, casamento e família em circunstâncias pós-modernas*. Rio de Janeiro: Rocco, 1994.

VELOSO, Zeno. *Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. Regimes matrimoniais de bens. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de Família Contemporâneo: doutrina, jurisprudência, direito comparado e interdisciplinaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito de Família*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003, v.6.

VERUCCI, Florisa. *A Mulher do Direito de Família Brasileiro: uma história que não acabou*. Brasília: Teotônio Vilela, 1999.

VIANA, Marco Aurélio da Silva. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. v.2.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. A família. In: _____ (org.); NERY, Rosa Maria de Andrade (org.). *Temas Atuais de Direito Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

VILLELA, João Baptista. *Direito, Coerção & Responsabilidade: por uma ordem social não-violenta*. Movimento Editorial da Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte: UFMG, 1982. (Monografias, v. 4, n. 3).

WARAT, Luiz Alberto. *Mitos e Teorias na Interpretação da Lei*. Porto Alegre: Síntese, 1979.

_____. A questão do gênero no Direito. In: DORA, Denise Dourado (org.). *Feminino e Masculino: igualdade e diferenças na justiça*. Porto Alegre: Sulina, 1997.

WEBER, Max. *Economía y Sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. 2.ed. Traduzido por José Medina Echavarría. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.

WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as Filiações Biológica e Socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. O Pensamento Político Medieval: Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino. *Crítica Jurídica*: revista latinoamericana de política, filosofía y derecho, Curitiba, n. 19, p. 15-31, 2001.

ZAGO, Livia Maria Armentano Koenigstein. *O princípio da impessoalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ZAMBERLAM, Cristina de Oliveira. *Os Novos Paradigmas da Família Contemporânea*: uma perspectiva interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ZIMMERMAN, David E. *Fundamentos Psicanalíticos*: teoria, técnica e clínica. Porto Alegre: Artmed, 1999.

ZONABEND, Françoise. De la Familia. Una visión etnológica del parentesco y la familia. In: BURGUIÈRE, André (org.). et al. *Historia de la Familia*. Traduzido por Gonzalo Gil. Madrid: Alianza, 1988.

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca da
Universidade do Vale do Rio dos Sinos

S586d Silva, Fernanda Pappen da
Direitos e famílias: um estudo interdisciplinar em face das
constantes e significativas transformações sociais / por
Fernanda Pappen da Silva. – 2006.
174f. ; 30cm.

Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio
dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2006.

“Orientação: Prof^a. Dr^a. Maria Cristina Cereser Pezzella,
Ciências Jurídicas”

1. Direito. 2. Família. 3. Sociedade. I. Título.

CDU 34

Catálogo na Publicação:
Bibliotecário Eliete Mari Doncato Brasil - CRB 10/1184

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)