

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

THALUANE FONSECA

**Princípios constitucionais e direitos fundamentais
correlacionados ao direito de família**

Mestrado em Direito

São Paulo

2010

Livros Grátis

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

Milhares de livros grátis para download.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

THALUANE FONSECA

**Princípios constitucionais e direitos fundamentais
correlacionados ao direito de família**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em Direito (Direito Constitucional), sob a orientação do Prof. Doutor Luiz Alberto David Araujo.

São Paulo

2010

Banca Examinadora

Agradecimentos

Agradeço ao Prof. Doutor Luiz Alberto David Araujo, meu orientador, por todo auxílio, orientação, atenção e ensinamentos, os quais foram indispensáveis para a realização do presente trabalho.

Agradeço a meus avós, Vicente e Maura, minha tia Vânia, meu tio Vicente, minha mãe Viviane e meu irmão Nícolas por todo apoio, amor e pelo constante incentivo. Vocês representam a família atual, plural e fundamentada no afeto, que hoje vigora em nossa sociedade. Nossos fortes laços familiares me inspiraram a seguir o tema desta dissertação. Sem seu suporte, o presente trabalho nunca teria se concretizado.

Agradeço, por fim, a PUC-SP, na pessoa de todos os professores com os quais tive o prazer de estudar e aprender durante todo o curso de Mestrado em Direito.

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo o estudo dos diversos modelos familiares existentes na Constituição Federal de 1988, em especial das novas famílias que surgiram recentemente, por intermédio da análise dos princípios constitucionais e direitos fundamentais relacionados ao tema. O assunto será discutido, em primeiro lugar, através de uma análise da família e sua evolução ao longo da história, desde a antiguidade até os dias atuais, destacando-se as evoluções sofridas por essa instituição social. Posteriormente, o estudo se voltará para análise da proteção dada à família em todas as Constituições brasileiras, bem como nos diversos diplomas internacionais de proteção dos direitos humanos. Com o intuito de se destacar a relevância dos novos modelos familiares em nossa sociedade atual será salientada a importância da família como base da sociedade e instrumento de desenvolvimento da personalidade de seus integrantes, através de uma visão abrangente dos princípios constitucionais e direitos fundamentais previstos em nossa Constituição. Em relação ao tema proposto, ao final será feito um estudo da afetividade como fator importante para o reconhecimento das novas famílias. Também será realizada uma análise da Constituição como um sistema aberto, além da importância da interpretação constitucional como instrumento de inclusão de todas as entidades familiares e a mutação sofrida no conceito de família. Por fim, será desenvolvida uma breve análise dos diversos tipos de famílias atualmente existentes, trazendo-se para estudo as mais recentes decisões de nossos tribunais e inovações na legislação infraconstitucional. O desenvolvimento do tema na forma proposta procura enfrentar as principais questões relativas ao tema e assegurar uma visão inclusiva de todas as formas de família existentes pelo texto da Constituição de 1988.

Palavras-chave: família, entidades familiares, princípios constitucionais, direitos fundamentais, Constituição.

Abstract

The present paper has as a purpose the study of the several existing familiar models in the Federal Constitution of 1988, especially of the new families who have recently appeared, by means of the analysis of the constitutional principles and fundamental laws related to the subject. The subject will be argued, in first place, through an analysis of the family and its evolution throughout history, since the antiquity until the current days, emphasizing the evolutions suffered for this social institution. Later, the study will turn toward the analysis of the protection given to the family in all the Brazilian Constitutions, as well as in the several international diplomas of protection of the human rights. With the intention of emphasizing the relevance of the new familiar models in our current society, it will be pointed out the importance of the family as base of the society and instrument of development of the personality of its integrants, through an including vision of the constitutional principles and fundamental laws contained in our Constitution. Regarding the proposed subject, to the end it will also be made a study of the affectivity as an important factor for the recognition of the new families. Also an analysis of the Constitution as an opened system will be made, as well as the importance of the constitutional interpretation as instrument of inclusion of all the familiar entities and the mutation suffered in the family concept. Finally, one brief analysis of the diverse types of currently existing families will be developed, bringing for study the most recent decisions of our courts and innovations in the legislation. The development of the subject in the form as purposed looks for to face up the main relative questions to the subject and to assure an inclusive vision of all the existing forms of family in the text of the Constitution of 1988.

KEYWORDS: family, family entities, constitutional principles, fundamental laws, Constitution.

SUMÁRIO

Introdução.....	9
Capítulo I – A evolução social da família no decorrer da história	
1.A importância da família como base da sociedade e sua nova função social.....	12
1.1. Conceito atual de família.....	12
1.2. A família como base da sociedade.....	14
1.3. Novas funções da família: instrumento de desenvolvimento da personalidade de seus integrantes.....	15
2. Evolução social da família – Considerações preliminares.....	18
2.1. Família na antiguidade.....	21
2.2. Idade Medieval e Direito Canônico.....	29
2.3. Da Idade Moderna ao Século XX.....	31
2.4. Família na Atualidade.....	34
Capítulo II – Evolução da Família nas Constituições Brasileiras.	
1. Previsão constitucional das famílias das Constituições de 1891 a 1967/1969.....	38
2. A família e a Constituição de 1988.....	41
2.1. A Constitucionalização do direito de família.....	47
3. Proteção dada à família nos Tratados Internacionais de direitos humanos.....	52
4. Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais.....	60
4.1. Considerações iniciais.....	60
4.2. Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais.....	62
4.3. Classificação das normas constitucionais quanto a sua eficácia.....	64
4.4. Eficácia e aplicabilidade das normas de família na Constituição.....	72
Capítulo III - Princípios constitucionais e o Direito das famílias.	
1. Princípios constitucionais e direitos fundamentais correlacionados ao direito de família.....	75

1.1. Os princípios constitucionais.....	75
1.2. O Preâmbulo da Constituição de 1988.....	79
1.3. Igualdade.....	81
1.4. Liberdade.....	85
1.5. Dignidade da pessoa humana.....	88
1.6. Os objetivos da República Federativa do Brasil: art. 3º e incisos da Constituição Federal.....	92
1.7. Direito à intimidade e à vida privada.....	94
1.8. Estado democrático de Direito.....	95

Capítulo IV – As novas famílias.

1. Afetividade como fator relevante para o reconhecimento das novas famílias.....	97
2. Constituição como um sistema aberto e dinâmico de normas.....	101
3. Mutação no conceito de família.....	111
4. Importância da interpretação para proteção integral do direito das famílias.....	117
5. Novos padrões familiares existentes: pluralidade de formas de constituição da família.....	136
5.1. Família Matrimonial.....	142
5.2. União Estável.....	142
5.3. Família monoparental.....	144
5.4. Famílias homoafetivas.....	145
5.5. Família anaparental.	148
5.6. Famílias recompostas ou reconstituídas.....	149
6. As novas famílias e a jurisprudência de nossos Tribunais.....	151
Conclusões.....	160
Bibliografia.....	163

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 elevou a instituição familiar à base de nossa sociedade atual. Nesse sentido, trouxe a previsão expressa não somente da família matrimonial, já tradicionalmente digna de proteção constitucional, como também da entidade familiar decorrente da união estável e chamada família monoparental.

Isso porque, como será estudado na presente dissertação, antes da Constituição de 1988 o casamento era a única forma de Constituição de família reconhecida constitucionalmente, sendo que o atual texto constitucional passou a reconhecer outras formas de família como também sendo legítimas.

O tema é de extrema relevância considerando-se as atuais reformulações familiares ocorridas em razão das evoluções sociais, políticas, econômicas e culturais que deram origem a novos modelos de família existentes em nossa sociedade nos dias de hoje.

Entretanto, por mais que a Constituição preveja expressamente como modelos familiares as entidades acima destacadas não é plausível se excluir da proteção constitucional as novas configurações familiares existentes somente com base na alegação de que não existe disposição no texto constitucional que as regule.

Afinal, o propósito do Constituinte de 1988 foi dar maior proteção à instituição família e, conseqüentemente, abranger outras entidades familiares não constituídas formalmente, mas que já são uma realidade fática, não as excluindo da proteção jurídica já destinada ao casamento.

Nesse sentido, a Constituição de 1988, no processo de sua elaboração, não podia ficar alheia à realidade e fechar os olhos para as outras formas de famílias já existentes e tão numerosas quanto aquelas formadas pelo casamento. O Constituinte teve, portanto, que regular as relações familiares existentes entre homens e mulheres que convivem publicamente com ânimo de constituir família e os pais e mães que cuidam sozinhos de seus filhos, prevendo de forma expressa no texto constitucional a união estável e a família monoparental como unidades familiares, destinando a elas sua devida garantia constitucional.

Essa foi a intenção do constituinte originário, ou seja, dar proteção não só à família decorrente do casamento, mas também às outras que passaram a se configurar ao longo de nossa história.

Diante da proteção constitucional dada à família e o reconhecimento de sua relevância como base da sociedade, será objeto de análise e discussão no presente trabalho o fato de que não se pode excluir da proteção constitucional nenhuma estrutura familiar, ainda que a mesma não esteja prevista de modo expresso na Constituição. Nesse sentido, o art. 226 da Constituição de 1988 é abrangente, inclusivo e protege todos os tipos de família.

Isso porque o direito não consegue prever de modo taxativo todas as situações fáticas. Nesse diapasão, os aplicadores do direito não podem se manter alheio às mudanças que ocorrem na sociedade, devendo, ao contrário, buscar sempre no momento da aplicação do direito aplicar a norma ao caso concreto de acordo com a realidade. Nesse sentido, a interpretação a ser dada às normas constitucionais deve ser a mais abrangente e inclusiva possível, considerando os princípios e valores que informam nossa Constituição.

Fato é que a sociedade e as relações sociais se transformam continuamente, de acordo com fatores econômicos, políticos, sociais que influem diretamente para que essas mudanças ocorram. No entanto, o direito positivo permanece estagnado, suas normas continuam sendo aquelas criadas diante de uma outra realidade, que já não existe mais. Por essa razão, as normas jurídicas passam a não ser mais aplicáveis a determinadas situações concretas, pois se trata de um novo momento histórico.

Sendo assim, as normas jurídicas devem estar em contínuo processo de adaptação ao novo contexto social para que possam continuar a ter eficácia e para melhor regular as relações humanas. Caso contrário, o direito positivo vigente não poderá mais ser aplicado, passando a ser uma letra de lei morta.

Nesse sentido, as novas espécies de família são fruto da evolução. Deixou de existir a sociedade patriarcal, sendo que a família agora é nuclear, afetividade, solidariedade entre os membros da família. A família não tem mais como objetivo fundamental a prole ou questões políticas e patrimoniais, sua função atual é

instrumental, um meio para a realização de seus membros. O sistema jurídico é mutável, constituinte não pode engessar a estrutura familiar contemporânea.

A família atual é complexa, reflexo das evoluções sociais e econômicas, não podendo mais ser recebida como uma estrutura única, ou seja, não é mais somente composta por homem, mulher e filhos. Atualmente, o vínculo de afetividade é de extrema importância para a constituição da família e para a manutenção dos laços. De fato existem novas formas de convívio que devem ter proteção jurídica em face da nova realidade social, com o fim de alcançar os princípios da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana previstos na Constituição Federal.

A Constituição, como será analisado, é um sistema aberto e dinâmico, precisa se atualizar diante das mudanças sociais para bem regular a sociedade, pois o direito é um fenômeno histórico-cultural, não pode haver um engessamento das relações familiares e de sua regulamentação jurídica.

Nesse sentido, os princípios constitucionais e direitos fundamentais previstos na Constituição, tais como a igualdade, a liberdade, a dignidade da pessoa humana, entre outros que serão devidamente estudados no presente trabalho, são de suma importância para se realizar uma interpretação e aplicação abrangente das normas constitucionais, de acordo com nossa realidade atual, destinando-se a devida proteção jurídica a todos os modelos familiares existentes, sem qualquer tipo de exclusão infundada e injusta.

O enfrentamento da questão no caso concreto pelos aplicadores e estudiosos do direito, como será visto, acaba por realizar os objetivos e fundamentos de nossa República, conforme previsão do art. 3º de nossa Constituição Federal.

Diante de todo o exposto, vale destacar que a presente dissertação tem como finalidade o estudo dos novos modelos familiares existentes e sua inclusão na proteção jurídica destinada à família pela Constituição de 1988.

Capítulo I - A EVOLUÇÃO SOCIAL DA FAMÍLIA NO DECORRER DA HISTÓRIA.

1 A importância da família como base da sociedade e sua nova função social:

1.1 O conceito atual de família

O conceito de família não é estático. Ao contrário, está em constante processo de construção e formação. Cada momento histórico, de acordo com sua realidade social, econômica, política, moral e religiosa, reconhecerá as formas de família e relações familiares predominantes. Isso sempre ocorreu ao longo da história e continuará a acontecer (MANRIQUE, 2008).¹

A família contemporânea passa o núcleo essencial para o desenvolvimento da personalidade e da dignidade humana, é a base necessária para a busca da felicidade de seus integrantes. Em outras palavras, a família passou a ser muito mais o “espaço para o desenvolvimento do companheirismo, do amor e, acima de tudo, embora sempre tenha sido assim, e será, o núcleo formador da pessoa e fundante do sujeito” (PEREIRA, 2003) ²

A família atual é democrática, não existe mais qualquer hierarquia entre seus membros, sendo direito e dever tanto do homem como da mulher a direção da vida familiar. O modelo familiar atual é plural e descentralizado, prevalecendo a democracia, a igualdade e a solidariedade entre seus membros. Ficou ultrapassada a noção de que somente existia um tipo de família: a decorrente do matrimônio e regida pelo homem (CHAVES, 2008).³

¹ PÉREZ MANRIQUE Ricardo C., Nuevas formas familiares – demografia e derecho de familia *in Família além dos Mitos*, Maria Berenice e Eliene Ferreira Bastos coord.. Belo Horizonte : Ed. Del Rey, 2008.p.264.

² PEREIRA, Rodrigo da Cunha *Direito Civil: Atualidades*. Coordenadores César Fiúza, Maria de Fátima Freire de Sá, Bruno Torquato de Oliveira Naves, Belo Horizonte : Del Rey, 2003, p. 236.

Conforme idéias anteriormente apresentadas, o que caracteriza as famílias modernas são os laços afetivos que unem seus integrantes, a solidariedade, a confiança e a realização da dignidade da pessoa humana. Vale frisar também que a família é formada a partir de uma comunhão de vida que independe da diferença entre sexos para sua constituição ou presença de prole para sua caracterização, como tradicionalmente era exigido. Independe de laços biológicos ou matrimoniais.

Em outras palavras, “Fundam-se, portanto, a família pós-moderna, em sua feição jurídica e sociológica, no afeto, na ética, na solidariedade recíproca entre os seus membros e na preservação da dignidade deles. Estes são os referenciais da família contemporânea” (CHAVES, 2008, p. 5).⁴

Importante destacar as considerações de Paulo Luiz Netto Lobo acerca das novas famílias:

Relativizou-se sua função procracional. Desapareceram suas funções política, econômica e religiosa, para as quais era necessária a origem biológica. Hoje, a família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. Sendo assim, é exigente de tutela jurídica mínima que respeite a liberdade de constituição, convivência e dissolução, a auto-responsabilidade, a igualdade irrestrita de direitos, embora como reconhecimento das diversidades naturais e culturais entre os gêneros, a igualdade entre os irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, como pessoas em formação, e o forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevalecimento de interesses patrimoniais (LOBO, 2003, p. 209).⁵

Outro sentido que pode ser dado é que família:

É a união afetiva de pelo menos duas pessoas, ligadas pelo parentesco ou não, vivendo sob o mesmo teto ou não, onde cada uma desempenha uma função, não importando sua orientação sexual, tenham ou não prole, e que buscam a felicidade por intermédio da comunhão de

³ Cf. CHAVES, Cristiano e ROSENVALD, Nelson, *Direito das Famílias*, Rio de Janeiro : Lumen Júris, 2008, p. 6 “Nesse novo ambiente, averbe-se que é necessário compreender a família como sistema democrático, substituindo a feição centralizadora e patriarcal por um espaço aberto ao diálogo entre os seus membros, onde é almejada a confiança recíproca”.

⁴ CHAVES, Cristiano e ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 5.

⁵ NETTO LOBO, Paulo Luiz, *Direito Civil: atualidades*. Coordenadores César Fiúza, Maria de Fátima Freire de Sá, Bruno Torquato de Oliveira Naves. Belo Horizonte : Del Rey, 2003, p. 209.

interesses pessoais, espirituais e patrimoniais – mantendo esse vínculo, apoiado na solidariedade, na fraternidade, no respeito mútuo, na lealdade, na sensualidade, na afeição e no amor (PENA JR.,2008, p. 23).⁶

Para a psicologia, a sociologia, a antropologia, bem como para outras áreas do conhecimento, a família não está delimitada por um modelo legal, formalmente estabelecido. Portanto, o conceito de família em outros saberes não se restringe somente àquela decorrente dos vínculos matrimoniais, sendo mais importantes para sua caracterização aspectos afetivos, sociais, históricos, entre outros.

1.2 A família como base da sociedade

Não há como se falar em sociedade sem se pensar em família. Afinal, ela é uma unidade social, um agrupamento natural no qual tem origem a vida humana. Como prevê a própria constituição, a família é a base da sociedade e por isso deve ser a ela dispensada especial atenção do Estado. Ela é a célula *mater* da sociedade, indispensável para a sobrevivência humana, para a manutenção da sociedade e do próprio Estado (GAMA, 2008).⁷

Como já demonstrado, a própria evolução da humanidade está interligada às transformações ocorridas no âmbito familiar ao longo do tempo. Isso porque sociedade e família se influenciam diretamente, sendo que as grandes transformações sociais certamente interferem no modo de vida familiar. O oposto também é verdade.

Desse modo, não há como se negar que de fato a família é a base de nossa sociedade, razão de sua origem e evolução, local onde são transmitidas as tradições, valores e culturas das gerações passadas. É o núcleo no qual se reúnem as pessoas para realização de seus interesses, satisfação de suas necessidades e formação de sua personalidade, onde encontram a segurança e amor necessários para viverem suas vidas e buscarem seus objetivos. Nesse sentido:

⁶ PENA JR., Moacir César. *Direito das pessoas e das famílias – doutrina e jurisprudência*. São Paulo : Saraiva. 2008.p. 23

⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira, *Princípios Constitucionais de Direito de Família : Guarda Compartilhada à luz da Lei nº 11.698/08. Família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Atlas. 2008, p. 5.

A vida familiar com segurança jurídica é o ideal, também porque o Estado está preocupado com sua própria existência. A família é seu forte, seu sustentáculo, sua própria vida, a menor porção da sociedade dentro do lar. E a família, por sua vez, encontra sua força na convivência pacífica e segura de seus membros, irmanados no amor (VILLAÇA, 2002, p. 240-241).⁸

Os modelos familiares irão variar de acordo com a cultura e valores locais, as particularidades de cada país, regimes políticos, econômicos e religiosos. Mas o fato é que não existe sociedade sem família.

Em suas interações na sociedade, o homem tende a reunir-se em grupos, ou núcleos, em que satisfaz suas necessidades básicas, de ordem pessoal ou patrimonial, assumindo relevo especial a da família. Como centro irradiador de vida, de cultura e de experiência, a família é a célula básica do tecido social, em que o homem nasce, forma sua personalidade e se mantém, perpetuando a espécie, dentro de uma comunidade duradoura de sentimentos e de interesses vários que unem seus integrantes.⁹

1.3 Novas funções da família: instrumento de desenvolvimento da personalidade de seus integrantes

Até pouco tempo atrás as funções atribuídas à família eram meramente patrimoniais, reprodutivas, políticas e religiosas. As mulheres tinham como dever dar a luz aos filhos e somente a condição de casada lhes trazia um status social digno de respeito. Entretanto, atualmente. A função familiar vai além de questões sucessórias, reprodutivas ou religiosas.

A família agora passa a ser vista como instrumento para a realização da dignidade de seus membros, bem como para o desenvolvimento da personalidade de

⁸ VILLAÇA, Álvaro. *Estatuto da Família de Fato*: de acordo com o novo Código civil, Lei nº 10.406, de 10-01-2002. São Paulo: Atlas, 2002, p. 240-241.

⁹ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de família*. São Paulo: Forense Universitária, 2006, p 125.

cada um e promoção de seus interesses individuais.¹⁰ Trata-se da base que permite ao homem enfrentar os problemas diários e as pressões sociais e econômicas sofridas. Nas palavras de Cristiano Chaves De Farias (2008, p. 5):

abandona-se, assim, uma visão institucionalizada, pela qual a família era, apenas, uma célula social fundamental, para que seja compreendida como núcleo privilegiado para o desenvolvimento da personalidade humana. Ou seja, afirma-se um caráter instrumental, sendo a família o meio de promoção da pessoa humana e não a finalidade almejada.¹¹

Nesse sentido, a família atual difere muito dos modelos familiares antecedentes, possui uma função social, voltada para realização dos direitos e personalidade das pessoas que a compõe. Permanece não só como fundamento da sociedade, mas também assume um papel de importante agente de formação da personalidade de seus integrantes, para a humanização e socialização das pessoas, independentemente das formas que assume e das transformações pelas quais passa ao longo do tempo (CASABONA, 2006).¹² Todos os membros passam a ter igual importância no núcleo familiar, auxiliando-se mutuamente para sua manutenção e formação.

Em suma, a despeito de concepções ideológicas, indubitavelmente a família constitui o maior recurso social e humano disponível. É fator de formação para a cidadania, solidariedade, democracia, autonomia e reciprocidade, na qual seus membros são vistos como pessoas, membros e uma comunidade familiar, na qual criança, idoso, adolescente, homem,

¹⁰ Como bem afirma Guilherme Calmon Nogueira da Gama. *Princípios Constitucionais de Direito de Família : Guarda Compartilhada à luz da Lei nº 11.698/08. Família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Atlas. 2008p.26. "Desse modo, a família, como formação social, deve ser garantida constitucionalmente não em razão de titularizar um interesse superior ou superindividual, mas em função da realização das exigências das pessoas humanas, como lugar onde se desenvolvem as pessoas. Ainda que diversas possam ser as espécies de família, de sua organização, estrutura e conteúdo, a entidade familiar é finalizada à educação e à promoção de seus integrantes".

¹¹ CHAVES, Cristiano e ROSENVALD, Nelson, *Direito das Famílias*, Rio de Janeiro : Lumen Júris, 2008. p. 05.

¹² CASABONA, Marcial Barreto e BERMOND, Maria Carolina *in Psicanálise, Direito e Sociedade. Encontros possíveis*. coordenação Antonio Cesar Peluso e Eliana Riberti Nazareth. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 189-190.

mulher, deixam de ser meras categorias sociais abstratas ou indivíduos isolados, mas seres em relação com os outros (CASABONA, 2006, p. 190)¹³.

É no seio familiar que as pessoas começam a viver, onde lhes são passados os valores que nortearão suas vidas e onde dão início a formação de sua personalidade, em um ambiente de afeto e segurança. Na família, o Homem aprende a interagir com outros seres humanos e se prepara para a vida em sociedade.

Por mais que a família sofra intensas reformulações, nunca deixará de existir, pois é elemento essencial para a existência de nossa sociedade:

É certo que a família hoje está muito diferente daquela do início do século passado. Estamos vivendo um processo histórico importante de transformação, em que a quebra da ideologia patriarcal impulsionada pela revolução feminista é o elemento determinante. Mas não se pode falar em desagregação. É irrefutável a premissa de que a família é, foi e será sempre a célula básica da sociedade. É a partir daí que se torna possível estabelecer as outras relações sociais, inclusive os ordenamentos jurídicos". (PEREIRA, 2003,p.233).¹⁴

Sem uma base familiar tornam-se impossíveis as próprias relações sociais, pois uma pessoa que não a possui fica desprovida de valores, noções morais, de ética e de convivência com o próximo. Sendo assim, não é possível existir sociedade sem a família, pois é nesta que tem início a própria vida, onde os seres humanos são preparados para a convivência social e para contribuírem com o mundo onde vivem.¹⁵

¹³ CASABONA, Marcial Barreto e Bermond, Maria Carolina *in in Psicanálise, Direito e Sociedade. Encontros possíveis.* coordenação Antonio Cesar Peluso e Eliana Riberti Nazareth. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 190.

¹⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha, *Direito de família: uma abordagem psicanalítica.* Belo Horizonte: ed. Del Rey, 2003, p..233.

¹⁵ Nesse sentido, BITTAR, Carlos Alberto, *Direito de família.* São Paulo: Forense Universitária, 2006., p. 47: "O princípio fundamental de toda a textura social é o da família como célula básica da sociedade. Recebe, assim, proteção especial do Estado, porque é dela que se irradiam vida e experiência às pessoas componentes, preparando-as para o cumprimento das respectivas missões. É no seio da família que se amolda a personalidade da pessoa, em ambiente de moralidade, de respeitabilidade recíproca, de afeição e de segurança, permitindo a seus integrantes o desenvolvimento normal de suas potencialidades.

A reunião das pessoas em um lar é, efetivamente, o centro mais perfeito de aprendizado, de formação espiritual e de preservação básica, que prepara os seres para a integração social e o exercício natural e normal de suas potencialidades. Realiza-se nela a transmissão de culturas e experiências, forjando-se ou

Com a repersonalização das espécies de família o que importa atualmente é a preservação de seus aspectos mais importantes, ou seja, o afeto e a solidariedade entre seus membros, o respeito, a confiança, a comunhão de uma vida em comum (GAMA, 2008, p. 26) ¹⁶, de modo a permitir o desenvolvimento pessoal de cada um de seus integrantes, com base nos princípios da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

2 Evolução social da família - Considerações preliminares

O Homem é um ser social, precisa se relacionar com outros seres humanos e viver em sociedade para sobreviver e se desenvolver plenamente. A família tem sido, desde os primórdios, essencial para garantir a evolução e a perpetuação da espécie humana. Ela é indispensável para o desenvolvimento de cada indivíduo e à sua preparação para a vida em sociedade. Os laços familiares são a mais importante forma de relacionamento social.

A instituição familiar é a célula fundamental da sociedade. É “*o núcleo ideal do pleno desenvolvimento da pessoa. É o instrumento para a realização integral do ser humana*” (DINIZ, 2006, p. 13). ¹⁷. Sem a existência da família o ser humano seria ainda mais frágil e sua sobrevivência, ainda mais difícil.

Segundo o que pontifica Washington de Barros (2004, p. 1), “*dentre todas as instituições, públicas ou privadas, a da família reveste-se de maior significação. Ela*

aperfeiçoando-se personalidades, para que possam contribuir com a expansão normal da nação e o cumprimento dos respectivos desígnios, unidos por sentimentos comuns”

¹⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios Constitucionais de Direito de Família : Guarda Compartilhada à luz da Lei nº 11.698/08. Família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Atlas. 2008., p.26.

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito de Família*. 7ª ed São Paulo: Saraiva, . 2006, p. 13.

representa, sem contestação, o núcleo fundamental, a base mais sólida em que repousa toda a organização social”¹⁸.

Conforme afirma Clóvis Beviláqua, a família tem várias acepções jurídicas:

Compreende, em um sentido, o complexo das pessoas, que descendem de um tronco ancestral comum, tanto quanto essa ascendência se conserva na memória dos descendentes. Outras vezes, o círculo é mais estreito, abrangendo um número consideravelmente mais limitado de parentes, porém, de envolta com eles, outras pessoas economicamente vinculadas ao grupo, como os escravos sujeitos a autoridade do chefe. É o verdadeiro sentido da palavra perante o direito romano¹⁹. (BEVILÁQUA, 1976, p. 15-16)

É importante salientar ainda que a família tem uma natureza dual: de um lado, sua constituição repousa em fatores psíquicos e biológicos, como o amor e a necessidade de procriação da espécie, além dos cuidados com os filhos; por outro lado, a família também é constituída por elementos sociológicos, que determinam como será estruturada essa família²⁰ (BURGUIERI, 1988).

Vale ressaltar que olhando para nossa história é possível notar que onde a família se mostrou forte, o Estado se desenvolveu de forma mais plena. Isso demonstra que quanto mais sólida for a estrutura familiar, os laços que unem o grupo, mais forte será a sociedade e mais felizes individualmente serão os membros da família²¹ (LIMA, 1960, p. 51).

A família existe desde os tempos mais remotos, desde a origem do homem, em todos os povos do mundo, sofrendo algumas variações em razão das

¹⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: direito de família* São Paulo: Saraiva, 2004, p 1

¹⁹ Beviláqua, Clovis, *Direito da Família*, Rio de Janeiro: Rio, 1976, p. 15-16.

²⁰ BURGUIERE, André, *Historia de la familia*, Madrid: ed. Alianza, 1988, p. 12

²¹ LIMA, Alceu Amoroso. *A família no mundo moderno, A família no mundo moderno*. Rio de Janeiro: AGIR, 1960 p. 51

peculiaridades de cada povo. É anterior até mesmo ao próprio Estado, é a mais antiga instituição social (OLIVEIRA, 2002)²².

A história da família se confunde com a história da humanidade, sendo que a primeira instituição à qual o homem pertenceu e até hoje ainda pertence, é a família (AFLEN, 2006).²³

Cada povo cria regras e tipos de famílias particulares, de acordo com sua cultura e seu contexto social, econômico, político e histórico. Não obstante, não se pode negar que a existência da família é universal, existe em qualquer tipo de sociedade.

Apesar da polêmica entre historiadores, sociólogos e antropólogos a respeito de qual seria a origem da família, deve-se entender que a família pode ser considerada como um *organismo jurídico* ou um organismo natural (em seu sentido evolutivo). Dessa maneira, pode ser compreendida como um agrupamento que se constitui naturalmente e cuja existência a ordem jurídica reconhece (PEREIRA, 2005)²⁴.

A noção de família variou ao longo dos tempos, passou por um longo processo de transformações e ainda evolui continuamente, interagindo com a sociedade, para assegurar sua adaptação às mudanças ocorridas e, por consequência, a sua própria existência²⁵ (FACHIN, 2003). Por essa razão, o significado de família não tem o mesmo sentido hoje que tinha há algumas décadas atrás.

²² Cf.. OLIVEIRA, Jose Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 20 “Nenhuma dúvida há de que, em termos de organismo social, é a família o mais antigo. Portanto, sempre existiu, a partir do momento em que passou a existir o primeiro homem no seu exemplar mais rudimentar de que se tem conhecimento na face da Terra”.

²³ AFLEN, Maria de Fátima. *Direitos fundamentais e o novo direito de família*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 82-83.

²⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil : direito de família*. v.5. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2005, p. 23

²⁵ CF. FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: elementos críticos a luz do novo código civil brasileiro*, Rio de Janeiro: ed. Renovar, 2003. p. 3, que diz: “Impende situar que o ente familiar é um corpo que se reconhece no tempo. Uma agregação histórica e cultural como espaço de poder, de laços e de liberdade”.

Sendo assim, desde sua origem, a família evolui com a sociedade e com ela passou por diversas transformações até chegar aos moldes dos dias de hoje. Nesse sentido:

O conceito de família atravessa o tempo e o espaço, sempre tentando clarear de demarcar seu limite, especialmente para fins de direito. Em uma determinada época, concebe-se a família como um organismo mais amplo, em outra, com tendência mais reduzida, como o é atualmente. No Brasil, na França e praticamente todo mundo ocidental, o nosso modelo ocidental retrata a família romana como padrão de organização institucional (PEREIRA, 2005, p. 7).²⁶

De fato, a família sempre continuará evoluindo segundo os novos valores que surgirem, relacionando-se com o momento histórico em questão, trata-se de um processo ininterrupto de transformações. Por essa razão faz-se necessária uma análise da evolução histórica da família.

2.1 Família na Antiguidade

É difícil determinar exatamente em que momento da história surgiu a família. Não há documentos ou escritos que comprovem sua origem, portanto o que se sabe sobre as famílias primitivas decorre mais de uma especulação e da imaginação dos sociólogos e historiadores do que de uma verdadeira comprovação fática. Procuram reconstituir as origens das entidades familiares, mas muitas vezes acabam por generalizar ocorrências particulares (PEREIRA, 2003)²⁷.

²⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha, *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*, . Belo Horizonte: ed. Del Rey, 2003, p.7

²⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil : direito de família*. v.5. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2005, p. 25-26.

Lewis Henry Morgan (1976-1978) afirma que em toda a humanidade a selvageria precedeu a barbárie e, por sua vez, a barbárie precedeu a civilização. Esse é o progresso humano e disso surge a família.²⁸

A família, portanto, nasce naturalmente na sociedade e, no decorrer do tempo, aperfeiçoa-se, acaba se adaptando às novas realidades, de acordo com valores e sentimentos que brotam e se amoldam às novas necessidades.

A família primitiva era inconsistente, dissolvia-se em pouco tempo, e era ligada somente por fatores biológicos. Com a civilização e sua disciplina social (com a religião, costumes, direito) surge a sociedade doméstica e proporcionalmente a família toma moldes mais seguros, mais definíveis e mais resistentes (BEVILÁQUA, 1976)²⁹

Interessante mencionar que alguns sociólogos e historiadores acreditam que nos povos primitivos havia uma certa promiscuidade, podendo existir vários homens para uma ou um matrimônio coletivo entre várias mulheres e vários homens. (ENGELS, 2002)³⁰ Outros, como Darwin, entendiam que a família original era monogâmica (que foi, de fato, a forma de família que acabou prevalecendo).

Nos povos primitivos ainda não havia um direito que regulasse as relações familiares, não havia uma ordem definida, uma regularidade. Entretanto, a existência da família era essencial para garantir a sobrevivência desses povos, que viviam em agrupamentos. Havia uma estrita divisão de tarefas entre homens e mulheres, um dependendo do outro para sobreviver.

Alguns entendem que, no início, quando os povos ainda eram nômades, as famílias eram matriarcais, uma vez que a fixação do grupo em determinado lugar se dava em razão da mulher, para que pudesse gerar, alimentar e cuidar dos filhos. Além disso, a certeza da maternidade seria determinante para as relações de parentesco, a

²⁸ MORGAN, Lewis Henry. *A sociedade primitiva*; trad. Maria Helena Barreiro Alves. Lisboa: Presença. São Paulo: Martins Fontes, 1976-78.

²⁹ BEVILÁQUA, Clovis. *Direito da família*, Rio de Janeiro: ed. Rio, 1976, p 17.

³⁰ ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*; trad. Ruth M. Klaus. São Paulo: ed. Centauro, 2002, p. 57.

família e a linhagem se estabeleciam em torno da mulher. Entretanto, muitos contestam essa tese, acham que isso é muito improvável de ter acontecido.³¹

Com a passagem do homem primitivo para o civilizado torna-se possível a estruturação da família. As famílias foram responsáveis pela criação das cidades e, conseqüentemente, da vida civilizada. Nesse sentido, “*O que chamamos de ‘sociedade’ é o conjunto de famílias economicamente organizadas de modo a constituírem o fac-símile de uma única família sobre-humana e sua forma política de organização é denominada ‘nação’*” (ARENDT, 2005, p. 38).³²

Nas famílias gregas surge a monogamia, que foi a primeira forma familiar fundada não mais sobre condições naturais, mas sob condições sociais. Surgiu uma vez que preciso haver uma preponderância do homem na família e a certeza de que os filhos eram seus, para posteriormente tornarem-se herdeiros de sua fortuna (ENGELS apud CANEVACCI, 1982)³³.

Com as famílias gregas e romanas o parentesco passa a ser importante e há uma ascensão do patriarcado.³⁴ O patriarcado é uma forma de família na qual o poder reside no ascendente mais velho, que tem autoridade sobre todos os demais membros da família.

O fundamento do *patria potestas* era o culto aos antepassados, de onde o pai da família tirava a legitimidade de seu poder.³⁵ A autoridade do pai de família era

³¹ Cf. BEVILAQUA, Clovis. *Direito da família*, Rio de Janeiro: ed. Rio, 1976 p. 18, que diz: “é certo que entre a dispersão e a incoerência dos primeiros tempos e o rígido familiarismo patriarcal, medeou um forma de transição – a família materna, de que alguns escritores quiseram fazer um tipo, distinto e completo, mas que só aparece, na realidade, como apresentando um modo de determinar o parentesco e as relações oriundas da filiação”.

³² ARENDT, Hannah. *A condição humana*, prefácio Celso Lafer; trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 38.

³³ ENGELS apud CANEVACCI, Massimo. *Dialética da família: gênese, estrutura e dinâmica de uma instituição repressiva*; trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: ed. Brasiliense, 1982, p. 77.

³⁴ Cf. PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil : direito de família, direito de família*. v.5. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2005, p. 25 que dispõe: “Fato certo e comprovado, este, sim, pelos registros históricos, pelos monumentos literários, pelos fragmentos jurídicos, é que a família ocidental viveu um longo período sob a forma ‘patriarcal’”.

de fato e de direito, era absoluta dentro da família. O *paterfamilias* reinava na casa onde mantinha seus escravos e seus familiares, o domínio absoluto e incontestado e a esfera pública propriamente dita eram mutuamente exclusivas.

A família patriarcal reunia todos os ascendentes em um tronco comum unificado em razão do culto religioso e em virtude de fins econômicos e políticos (BITTAR,2006).³⁶

Aristóteles, em “A política”, nos ajuda a entender a realidade da família grega ao tratar das três relações elementares da família da época: a relação entre amo e escravo, entre marido e mulher e entre pai e filhos. Essa comunidade é chamada de *oikos* ou família (ARISTÓTELES apud BURGUIERE, 1988)³⁷.

Na Grécia, apesar das diversidades existentes entre as cidades gregas havia elementos de unidade que marcavam as instituições familiares. A célula básica da sociedade era a família, no sentido estrito, ou seja, aquela derivada do casamento e constituída por pai, mãe e filhos (DE CICCIO, 2007)³⁸.

A família era ligada à organização política da cidade, que era uma espécie de conglomerado de famílias. Era essencial para o bom funcionamento da estrutura política da cidade. Interessante notar que a autoridade do rei, ou soberano, era limitada, era simplesmente um líder na Assembléia dos chefes de família, era uma autoridade mais moral que policial ou militar. Por isso a cidade nunca teve força para alterar de maneira substancial as tradições e a estrutura das famílias da época, somente regulou as relações domésticas já existentes (DE CICCIO, 2007).³⁹

³⁵ Cf. DE CICCIO, Cláudio. *História do Pensamento Jurídico e da Filosofia do Direito*, p.48 “Na antiguidade a formação das cidades, *polis* na Grécia, *civitas* em Roma, não se fez com a diminuição da esfera de poder dos chefes da família, mas através de uma verdadeira confederação de famílias com antepassado comum, de modo que a cidade não era, como em nossa época se pretende, uma reunião de indivíduos, mas sim uma reunião de famílias”.

³⁶ Bittar, Carlos Alberto. *Direito de família*, São Paulo: Forense Universitária, 2006, p.5-6.

³⁷ ARISTÓTELES apud BURGUIERE, André, *Historia de la familia*, p. 169.

³⁸ DE CICCIO, Cláudio. *op. cit.*, p. 50

³⁹ DE CICCIO, Cláudio. *op. cit.*, p. 48

A autoridade da mulher era mínima, sua existência só era justificada dentro de casa, a chefia cabia ao homem (PEREIRA, 2003).⁴⁰ A mulher nunca perdia seu caráter de objeto, nunca chegava à maioridade. Um exemplo desse fato é que o único caso em que era autorizada a venda de um ateniense livre era o de uma mulher que tivesse mantido relação sexual antes do casamento (BURGUIERE, 1988)⁴¹

A mulher ateniense não era cidadã, por isso estava juridicamente submetida à autoridade de seu pai, seu tutor, seu marido ou seus filhos (caso fosse viúva).

Só tinham direito à cidadania os filhos legítimos, ou seja, aqueles que nascessem segundo as leis do matrimônio. O pai podia até mesmo vender ou matar seu próprio filho (PEREIRA, 2003)⁴². A cidade, entretanto, limitou o pátrio poder proibindo a venda dos filhos com as Leis de Sólon (DE CICCICO, 2007).⁴³

Em Roma, a família propriamente dita era composta pela mulher, pelos filhos, netos e bisnetos, bem como pelos respectivos bens, sujeitos ao poder do *pater familias*, que era o ascendente comum mais idoso.⁴⁴

A família também estava organizada sob a autoridade do *pater* e abrangia todos que a ela estavam submetidos. Ele tinha direito de vida e morte sobre os filhos, oficiava o culto dos deuses domésticos, distribuía a justiça dentro da própria família. A mulher estava totalmente subordinada ao poder do marido.

⁴⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*, Belo Horizonte: ed. Del Rey, 2003, p. 61.

⁴¹ BURGUIERE, André, *Historia de la familia*, Madrid : Alianza, 1988, p.197.

⁴² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Op. cit.*, p. 61.

⁴³ DE CICCICO, Cláudio. *História do Pensamento Jurídico e da Filosofia do Direito*, São Paulo : Saraiva, 2007, p. 50.

⁴⁴ Cf. WALD, Arnoldo. *O novo direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 10: "Em Roma, a família era definida como o conjunto de pessoas que estavam sob a *patria potestas* do ascendente comum vivo mais velho. O conceito de família independia assim da consangüinidade. O *pater familias* exercia sua autoridade sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre sua esposa e sobre as mulheres casadas com *manus* com os seus descendentes".

Não era permitido que uma pessoa pertencesse a mais de uma família. A família tinha uma religião própria, que era a religião doméstica de seus antepassados. A religião unia os membros da família, era mais uma associação religiosa que natural. A religião deu as regras da família, uma família era um grupo de pessoas que possuía os mesmos antepassados (COULANGES, 1966)⁴⁵.

Existiam duas espécies de parentesco: a *agnação* (*agnatio*) e a *cognição* (*cognatio*). A primeira vinculava todas as pessoas que estavam sujeitas a um mesmo *pater*, mesmo que houvesse laços consangüíneos diferentes entre elas. A cognição era o parentesco sangüíneo, entre pessoas que não eram necessariamente agnadas umas as outras.

A mulher romana era propriedade do pai, e depois do casamento, de seu marido, que exercia poder de juiz dentro da família, podia julgar e punir sua mulher. Como o *pater* (seu pai, marido ou tutor na falta dos dois primeiros) administrava o patrimônio da família, não possuíam patrimônio próprio.

O casamento deveria ser resultante da convivência do marido e da mulher e da afeição marital⁴⁶. Não bastava o acordo em relação ao casamento, era preciso também a convivência entre homem e mulher. A mulher deveria habitar com o marido, uma vez que o casamento pressupunha uma convivência duradoura no mesmo domicílio conjugal. A afeição marital correspondia a uma assistência mutua dos cônjuges enquanto durasse o casamento⁴⁷ (AZEVEDO, 2002), no qual deveria haver uma total comunhão de vida.

⁴⁵ COULANGES, Fustel De. *A cidade antiga*; trad. Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo : Ed. das Américas, 1966, p. 70-71.

⁴⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça: *Estatuto da família de fato : de acordo com o novo Código Civil*, Lei nº 10.406, de 10-01-2002, São Paulo: Atlas, 2002, p. 38-39

⁴⁷ Cf. AZEVEDO, Álvaro Villaça:, *op. cit.*: “Em regime de desigualdade de direitos entre homem e mulher, a afeição conjugal viria a ser cultivada, em sentido de constante humanização, sob influencia do cristianismo, como verdadeiro exemplo à formação da família moderna, em que a independência dos membros da família existe e sob um mutuo controle e respeito de um pelo outro”(A. Villaça, p. 39).

Interessante mencionar que o fundamento da família e da sociedade romana foi o casamento, mas os romanos admitiam efeitos jurídicos de caráter pessoal e patrimonial, semelhantes aos do matrimônio, também ao concubinato.⁴⁸

Não havia formalidades jurídicas especiais para o casamento, era um estado de fato, um fato social, que surgia da convivência e da intenção de ser marido e mulher. A *affectio* deveria perdurar durante todo o casamento, a falta de convivência e de *affectio* resultavam na dissolução do casamento (BEVILÁQUA, 1976).⁴⁹

Cada uma das partes era livre para dissolver o casamento, sem precisar provar os motivos e sem a necessidade de um procedimento judicial.⁵⁰

O casamento romano podia implicar ou não na submissão da mulher à autoridade do *pater familias* da casa de seu marido, ou deste, se fosse *pater*, conforme se fizesse ou não acompanhar de *conventio in manum*⁵¹. A *manus* implicava no poder que o *pater familias* adquiria sobre uma esposa e também sobre as esposas de seus dependentes. Todos os bens presentes e futuros da mulher passavam ao patrimônio do marido. Entretanto, a mulher nunca foi considerada objeto, já que o casamento dependia da concordância da mulher ou de seus representantes.

No casamento *sine manu* a mulher continuava sob o poder de seu *pater* e seus bens ficavam fora do alcance do marido. Seus bens não passavam mais ao patrimônio do marido, o que possibilitou uma transformação da condição econômica da

⁴⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça: *Estatuto da família de fato : de acordo com o novo Código Civil*, Lei nº 10.406, de 10-01-2002, São Paulo: Atlas, 2002, p. 38.

⁴⁹ Cf. BEVILÁQUA, Clovis. *Direito da família*, Rio de Janeiro: Rio, 1976, p. 53: O casamento da época era monógamo e o celibato era punido com multas e censuras, diante da necessidade que se impunha em deixar descendentes. O adultério era punido e o marido era obrigado a se divorciar, sob pena de responder por lenocínio. Cada uma das pessoas que praticasse o adultério era mandado para uma ilha diferente e haveria confisco de metade do dote da mulher e de um terço dos bens de seu amante. Constantino elevou a pena do adultério a de morte.

⁵⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça, *op. cit.* p. 53: “podia o matrimônio ser dissolvido por acordo dos cônjuges ou por simples notificação feita por um deles ao outro, já que todos os acordos que tendessem a excluir ou limitar o divórcio eram nulos, não sendo possível se estipular uma pena contra o divórcio”.

⁵¹ *Ibid*, p. 44.

mulher e, como consequência, representou uma maior individualidade da mulher dentro da família.⁵²

Com o surgimento das cidades-Estado, em razão da vida em comum com outras famílias e do próprio direito, que surgiu como uma garantia da estabilidade das relações familiares ⁵³ (DE CICCIO, 2007) são impostas várias restrições ao pátrio poder, dando-se maior autonomia à mulher e aos filhos⁵⁴. O casamento com *manus* foi substituído pelo sem *manus*, a emancipação dos filhos, que antes era uma pena, passa a ser um favor, são concedidos direitos alimentares e sucessórios aos cognados e a mulher na herança, passa a ser permitido que se recorra ao magistrado em caso de abuso de poder pelo *pater*, é proibida a venda de filhos, entre outras restrições (WALD, 2005)⁵⁵.

Na época imperial a mulher tinha mais autonomia, podia participar da vida social e política. Nessa fase, houve uma dissolução da família romana, com inúmeros divórcios e adultérios.

Entretanto, com o Principado Romano há uma volta aos costumes ancestrais, restaurando-se o poder do *pater*. Foi devolvido ao pai de família o direito de dispor dos bens e da pessoa do filho, desde que não desrespeitasse a ordem jurídica romana existente.

⁵² BEVILAQUA, Clovis. *Direito da família*, Rio de Janeiro: Rio, 1976, p. 141 “O progresso da cultura humana assinalou à mulher uma posição mais vantajosa no lar doméstico, cercando-a de direitos e impondo-lhe obrigações, visando consolidar e enobrecer a sociedade familiar. Demais, no período clássico do direito romano, já participa a mulher legítima das honras e da condição social do marido, e nisto difere da concubina”.

⁵³ DE CICCIO, Cláudio. *História do Pensamento Jurídico e da Filosofia do Direito* São Paulo : Saraiva, 2007,, p. 58.

⁵⁴ WALD, Arnaldo. *O novo direito de família*, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 10.

⁵⁵ *Ibid*., p. 11.

No século IV o Imperador Constantino instala no direito romano a concepção crista de família, onde a ordem moral predominava. O direito da cidade passa a prevalecer sobre o direito doméstico e o poder do *pater* é reduzido (PEREIRA, 2005).⁵⁶

2.2 Idade Média e direito canônico

Durante a Idade Média não existia Estado como nós entendemos nos dias de hoje, ou seja, um Estado forte, como único detentor da soberania nacional. Em razão da divisão da sociedade em feudos e a falta de unidade dentro dos Estados, a família era a única unidade existente à época. É ela que prevalece como unidade social, e disso decorre sua importância. Por consequência, na idade média havia uma preponderância da vida privada sobre a vida pública.

No regime feudal não havia um poder centralizador de um Estado, por isso a autoridade local se concentrava nas mãos dos patriarcas das diversas famílias⁵⁷. O que importa na Idade Média é o grupo, e não o indivíduo (DE CICCIO, 2007).⁵⁸

Apesar de os filhos estarem sujeitos ao pátrio poder, os pais tinham como dever a proteção dos interesses de seus filhos. Isso significa que o pai tinha poder sobre sua mulher e os filhos, mas também tinha muitas obrigações morais e jurídicas para com eles.

O cristianismo teve grande importância nessa época, instituindo o casamento como um sacramento. Devido à importância da Igreja o direito canônico foi muito relevante no que tange às entidades familiares da época. No casamento católico

⁵⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil : direito de família*, v.5. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2005, p. 27.

⁵⁷ DE CICCIO, Cláudio. *História do Pensamento Jurídico e da Filosofia do Direito*, p. 86.

⁵⁸ *Ibid*, p. 88: “A idéia de autoridade, pois, correspondia não à de um senhor absoluto, como no direito romano clássico, que privilegiava o indivíduo, mas à de um organizador, à de um coordenador das atividades, privilegiando o grupo familiar”.

permaneceram as características essenciais do casamento romano, principalmente na ênfase dada à fecundidade.⁵⁹

O casamento era indissolúvel e dava origem ao pátrio poder⁶⁰. Era ao mesmo tempo um sacramento e um contrato civil entre os cônjuges. Para ser válido dependia de um acordo de vontades e uma vez contraído deveria permanecer para a vida toda (AZEVEDO,2002).⁶¹

No direito canônico era permitida a separação de corpos e de patrimônio, que extinguiu a sociedade conjugal, mas não a dissolução do vínculo.

A família patriarcal era muito mais ampla, compreendia não só os pais e filhos, mas também os cônjuges e descendentes dos filhos, os domésticos e agregados, os irmãos mais novos do *pater*, etc (DE CICCIO, 2007).⁶²

As famílias eram quase independentes entre si. Nesse sentido, “a nação medieval era um conglomerado de famílias, seus membros não se consideravam como membros de uma única família que englobasse toda a nação”⁶³ (ARENDRT, 2005). As famílias eram independentes, não existia um governo absoluto que fosse chefe de todas essas famílias.

Importante mencionar ainda que na Idade Média a família era uma realidade moral e social, mais do que sentimental. Para os ricos a família se confundia com patrimônio, com a honra do nome. Entre os mais pobres, quase não havia sentimento,

⁵⁹ WALD, Arnaldo. *O novo direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 10: “é importante mencionar, por outro lado, a existência de uma divergência básica entre a concepção católica do casamento e a concepção medieval. Enquanto para a Igreja, em princípio, o matrimônio depende do simples consenso entre as partes, a sociedade medieval reconhecia no matrimônio um ato de repercussão econômica e política para o qual devia ser exigido não apenas o consenso dos nubentes, mas também o assentimento das famílias a que pertenciam”.

⁶⁰ Ibid, pg. 12: O direito canônico era contra o divórcio “considerando-o um instrumento contrário à própria índole da família e aos interesses dos filhos”.

⁶¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça: *Estatuto da família de fato: de acordo com o novo Código Civil*, Lei nº 10.406, de 10-01-2002, p.56.

⁶² DE CICCIO, Cláudio. *História do Pensamento Jurídico e da Filosofia do Direito*, p. 86.

⁶³ ARENDRT, Hannah. *A condição humana*, prefácio Celso Lafer; trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 38.

instalavam-se nas terras de seus senhores, onde passavam mais tempo que em sua casa (ÁRIES, 1986).⁶⁴

2.3 Da Idade Moderna ao Século XX

As grandes navegações causaram inúmeras transformações socioeconômicas na sociedade, como a intensificação do comércio, o desaparecimento dos feudos, dando lugar a Estados nacionais, a ascensão da burguesia e a dominação do campo pela cidade (BURGUIERE, 1988).⁶⁵ Na Idade Moderna deixa de existir a divisão da sociedade em diversos feudos e surgem Estados centralizados, unificados em monarquias nacionais.

Esses fatores pré-capitalistas privilegiavam o individualismo, o que possibilitou o aparecimento do modelo nuclear de família⁶⁶ que dominou a Europa nessa época, ou seja, a família composta pelos pais e seus filhos.⁶⁷

No século XVIII a família passa a ser uma entidade fechada, começa a manter a sociedade à distância. Até o século XVII a vida era vivida em público. Quase não existia intimidade, as pessoas viviam umas com as outras, senhores e criados, crianças e adultos. Nesse sentido, afirma Hannah Arendt (2005, p. 37):

A distinção entre uma esfera de vida privada e uma esfera de vida pública corresponde à existência das esferas da família e da política como entidades diferentes e separadas, pelo menos desde o surgimento

⁶⁴ ÁRIES, Philippe. *Historia social da criança e da família*, trad. Dora Flaksman. Rio de Janeiro: Zahar, 1986, p.30.

⁶⁵ BURGUIERE, Andre. *Historia de la familia*, Madrid: Alianza, 1988, p. 28 e 30.

⁶⁶ *Ibid*, pg. 32 “Dentro del movimiento de expropiación que afecta al mundo campesino desde finales del siglo XVI, la familia nuclear se mostró, conforme a la manera em que se articulaba em la sociedade local, bien como uma estructura flexible que se adaptaba com facilidad a las nuevas relaciones de dominación, bien como el eslabón de um entramado de resistencia y protección”.

⁶⁷ Cf. BITTAR, Carlos Alberto. *O direito civil na Constituição de 1988*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991., p. 61. “De início, cumpre salientar que a família patriarcal cedeu à denominada ‘nuclear’, composta apenas por pessoas que habitam o lar (paterno ou materno)”.

da antiga cidade-estado; mas a ascendência da esfera social, que não era nem privada nem pública no sentido restrito do termo, é um fenômeno relativamente novo, cuja origem coincidiu com o surgimento da era moderna e que encontrou sua forma política no Estado nacional⁶⁸

O Estado passou a admitir o casamento religioso e o casamento civil. Distinguiam-se, assim, os aspectos civil e religioso do casamento, que era, antes de tudo, um contrato⁶⁹ (WALD, 2005). Passou a vigorar a concepção leiga de casamento civil, sem prejuízo do reconhecimento de um casamento religioso.

Com a Revolução Francesa, a partir da filosofia iluminista, as mulheres passam a ter mais direitos, não eram mais apenas mães de família, podem ter acesso a outras posições, começam a reivindicar sua participação na vida pública.

Vale ressaltar, entretanto, que “na Idade Moderna e depois na Contemporânea, após a Revolução Francesa e já sob a influência da Revolução Industrial, a família continuou sua evolução, mas sempre dentro dos princípios do patriarcado”⁷⁰ (PEREIRA, 2003, p. 63). Nesse sentido, o Código Civil francês trouxe o modelo clássico de família patriarcal e hierarquizada.

Na Revolução Industrial, na segunda metade do Século XIX, as mulheres deixam sua ordem doméstica e passam a trabalhar como mão de obra barata na produção em série, com um salário muito inferior ao dos homens (PEREIRA, 2003).⁷¹

Com a Revolução Industrial, surgiu também um novo modelo de família, passa a haver o desenvolvimento de valores morais, afetivos, espirituais e de assistência recíproca entre os seus membros. Surge uma noção de solidariedade, todos os membros contribuem para o sustento e desenvolvimento do núcleo familiar.

⁶⁸ ARENDT, Hannah. *A condição humana*, p. 37.

⁶⁹ WALD, Arnoldo. *O novo direito de família*, p.16.

⁷⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*, Belo Horizonte: ed. Del Rey, 2003, p. 63.

⁷¹ *Ibid*, p. 102

Após as duas guerras mundiais as mulheres assumem um novo papel, começam a ter mais acesso ao mercado de trabalho, diminuindo, progressivamente o patriarcalismo existente até então dentro das famílias. Aos poucos, as mulheres começam a ter reconhecido seu direito a igualdade em relação aos homens dentro e fora da família.⁷²

Assim sendo, aos poucos se imprimiu um alcance mais restrito ao núcleo familiar, considerando como família somente os familiares sob a égide dos Pais, mas ainda com o homem como chefe de família e administrador dos bens familiares e a mulher com a função de cuidar do lar e realizar os afazeres domésticos (BITTAR 2006).⁷³

Aos poucos, ao longo do século XX, com a evolução da sociedade de consumo, ocorre a inclusão da mulher no mercado de trabalho, alcançando sua independência econômica e um papel de destaque na sociedade. Ademais, os ordenamentos jurídicos dos países do mundo ocidental começaram a tratar cada membro da família como um indivíduo próprio, com seus direitos e deveres. Privilegia-se o individualismo, e não mais o coletivo, o que acaba afetando também a família. Marido e mulher passam a ter o mesmo papel na sociedade conjugal, a família deve ser mantida e dirigida por ambos.⁷⁴

Outra questão importante de se analisar é que o casamento nos séculos passados era, em geral, desprovido de afeto. As pessoas se casavam por razões de propriedade e para manter a linhagem. Os casais tinham seus deveres a cumprir, de

⁷² Entretanto, Friedrich Engels, analisando a sociedade de sua época, afirma que a família individual moderna baseia-se na escravidão doméstica da mulher e que na maioria dos casos é o homem que ganha os meios de vida para sustentar a família, o que lhe dá um posição dominadora. ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*, trad. Ruth M. Klaus. São Paulo: ed. Centauro, 2002, p. 87.

⁷³ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de família*, São Paulo: Forense Universitária, 2006, p. 6.

⁷⁴ *Idem*. *O direito civil na Constituição de 1988*, p. 66: "A sociedade patriarcal cedeu lugar a uma sociedade complexa e integrativa, em que mulher e jovens participam decisivamente de todo seu contexto".

acordo com seu sexo, e a felicidade não era o principal desses deveres (SHORTER, 1995)⁷⁵.

Nos tempos modernos, as pessoas começam a se tornar marido e mulher e não só para constituir uma família ou por convenções sociais, e sim (na maior parte dos casos, evidentemente) se casam por opção própria, em razão do amor, do afeto, para constituir uma vida, uma família própria e uma vida em conjunto.

2.4 Família na Atualidade

Pode-se dizer que a família que prevaleceu é a forma nuclear, ou seja, composta por mãe, pai e filhos. Além disso, a forma de família adotada pela maior parte das civilizações de hoje é a família monogâmica, formada por pessoas de sexos diferentes e que tem como origem o casamento.

Na época romana se falava em família patriarcal, na era medieval prevalecia a família comunitária, voltada para um fim econômico e somente com a sociedade industrial surge a família industrial (BITTAR, 2006).⁷⁶

Apesar disso, atualmente não se pode dizer que essa é a única forma de família existente. O casamento já não é mais fundamental para a noção de família. O que é essencial é a unidade sentimental entre seus membros. Há uma maior solidariedade entre eles, os laços, as relações, ficaram mais próximos.

Apesar de existirem concretamente e de serem aceitas pelo ordenamento jurídico novos tipos de família, ainda prevalece em nossa mente a idéia de família conjugal, que prevalece até hoje e foi o tipo adotado na maior parte do desenvolvimento da humanidade.

⁷⁵ SHORTER, Edward. *A formação da família moderna*, trad. Teresa Perez. Lisboa : Terramar, 1995, p. 63.

⁷⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de família*, São Paulo: Forense Universitária, 2006p. 5-6.

O trabalho da mulher casada, sua maior independência, a igualdade de direitos entre homens e mulheres, a complexidade das relações atuais, a evolução de valores e o aumento de uniões livres, contribuíram para que as pessoas escolhessem outra forma de constituir uma família que não a família marital, decorrente do casamento.

Sendo assim, a entidade familiar não é só formada pelo casamento, como nas formas tradicionais de família.

Hoje a família pode ser constituída de outras formas. Pode constituir-se por meio de uma União Estável, pode ser composta por um casal sem filhos (que não são mais essenciais para se compor uma família). Também podem existir famílias advindas de um dos pais e seus descendentes (a chamada família monoparental).

Além das referidas estruturas de família, que têm sido bem aceitas socialmente e ganharam respaldo jurídico, existem algumas formas de família que começam a aparecer recentemente e já começam a ganhar força na sociedade. Podemos citar as famílias formadas por duas pessoas de sexos iguais, a família fraterna (formada por irmãs e irmãos) e a família anaparental, que é aquela sem pais, formada pela convivência entre parentes.

Desse modo, não se pode pensar, hoje em dia, somente na forma tradicional de família, já que nossa realidade nos mostra que esse modelo não é mais o único existente.

Em virtude de novas relações sociais, a família atual é mais complexa e são valorizadas as relações de afeto⁷⁷ (MONTEIRO, 2004) e cada vez mais cresce o número de uniões não oriundas do casamento.⁷⁸ A idéia de afeto como elemento essencial de ligação entre os entes familiares passa a se consolidar.

⁷⁷ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, São Paulo: Saraiva, 2004, pg.8 “o ideal a ser alcançado em todas as relações familiares é a harmonia, por meio do afeto”.

⁷⁸ Cf. FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: elementos críticos a luz do novo código civil brasileiro*, Rio de Janeiro: ed. Renovar, 2003, p. 6: “Entre tornar-se conceitualmente família e realizar-se como tal, há uma fenomenal distancia. O desenlace do conceito de família poder para família cidadã trata também de um programa a construir, especialmente fundado no valor jurídico do afeto”.

Nesse sentido, “mudam os homens. Mudam seus agrupamentos sociais. Mudam as instituições. Mudam os institutos jurídicos. Muda a família. Mudam as relações familiares não para serem outras, mas para desempenharem novos e distintos papéis” (HIRONAKA, 2008, p. 52).⁷⁹

A entidade familiar é plural, e não mais singular, há várias possibilidades de representação social da família. Assim, não há como o direito engessar um ou apenas alguns conceitos de família, já que, como foi demonstrado, trata-se de um instituto diretamente ligado a sociedade e por isso também a sua evolução é sempre contínua na história.

Vale ressaltar ainda que dentro das famílias não existem mais distinções em razão da origem dos filhos, as relações não são mais baseadas na autoridade, e sim no amor, no afeto que dá sentido aos laços familiares. Há igualdade entre homem e mulher, que devem dirigir em conjunto a família e a vida dos filhos.

O pátrio poder (hoje chamado de poder familiar, o que demonstra a mudança de sentido que sofreu a expressão no decorrer dos anos) deve ser exercido igualmente pelo pai e pela mãe, o que não significa que ambos têm poderes absolutos sobre os filhos, mas sim que devem exercer esse poder (que também é um dever) de acordo com o melhor interesse de seus filhos.

O que é preciso agora é cuidar para que essas famílias tenham proteção jurídica, em virtude das demandas sociais que começam a surgir a partir do aparecimento de novos tipos de relações familiares, garantindo-se, sobretudo, o princípio da dignidade da pessoa humana,

Com o fim de alcançar o princípio da igualdade previsto na Constituição Federal. A família deixou de ter um caráter meramente religioso, econômico ou para fins de procriação, sendo importantes os laços de afeto que unem seus membros.

⁷⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós modernidade*. p. 52. In *A família além dos mitos*, Maria Berenice e Eliene Ferreira Bastos. Belo Horizonte: Ed. Del Rey. 2008.

No século passado, a família sofreu diversas modificações que refletiram em aspectos culturais, econômicos e sociais. O homem não é mais o chefe da família, a direção familiar cabe tanto ao homem quanto à mulher. Além disso, há famílias que anteriormente não eram reconhecidas socialmente, como a União estável, e que passaram a ser expressamente reguladas e a ter seus direitos reconhecidos.

CAPÍTULO II – EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

1 Previsão constitucional da família das Constituições de 1891 a 1967/1969.

Da mesma forma que o mundo, através dos pactos e tratados internacionais de direitos humanos expressamente valorizam e dão proteção integral à família, as Constituições brasileiras também passaram a demonstrar essa preocupação e reconhecem o papel relevante assumido pela família, a ela conferindo especial proteção do Estado.

Contudo, a constitucionalização do direito das famílias ocorreu a partir da Constituição de 1934. As Constituições brasileiras de 1824 e de 1891 não fizeram qualquer referência à família ou ao casamento. A Constituição de 1824 somente tratou, em seu capítulo III, da família imperial e seu aspecto de dotação, mas não trouxe qualquer outra previsão que tratasse da proteção de outras famílias.

A Constituição de 1891, por sua vez, também não trouxe em suas disposições um capítulo específico que tratasse da família. Entretanto, seu artigo 72, § 4º previa que “a República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita”. Assim, fica claro que a única família reconhecida como válida na época era aquela decorrente do casamento civil.

Importante destacar que o referido artigo só foi inserido nesta Constituição em razão da separação ocorrida entre Igreja e Estado. Como assevera Rodrigo da Cunha Pereira (2003), a partir da proclamação da República, o catolicismo deixou de ser a religião oficial no Brasil. Como consequência, o casamento civil foi mencionado na Constituição como a única maneira de se constituir a família brasileira. Antes da instituição do regime republicano, as famílias se constituíam através do matrimônio

religioso, que já possuía efeitos civis, uma vez que não havia qualquer separação entre Igreja e Estado (PEREIRA, 2003).⁸⁰

A constitucionalização da família ocorreu somente no texto de 1934. O art. 144 tinha a seguinte previsão:

Art 144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.

A partir dessa Constituição, passa a ser dado um tratamento constitucional à família, a qual recebe especial proteção do Estado. Vale notar que o nascimento de referida Constituição se deu conjuntamente ao advento do Estado Social, quando passou a ser dada maior importância ao bem-estar e às relações sociais. Dessa forma, houve uma verdadeira inovação com a Constituição de 1934, através da constitucionalização de disposições relativas à ordem econômica e social, uma conquista que foi transportada para as futuras Constituições (Ferraz, 1993).⁸¹

Como pode ser visto, o casamento era a única forma de família reconhecida, sendo excluídas da proteção constitucional outros modelos familiares: família era sinônimo de casamento. A ênfase dada à regulamentação da família ainda era em seu caráter patrimonial e político. A família, como instituição, era protegida constitucionalmente, mas não seus integrantes, que não eram considerados individualmente como pessoas dignas de proteção (GAMA, 2008).⁸²

Mencione-se ainda que a Constituição de 1934 trouxe importantes disposições acerca do direito das mulheres, mas continuou a dar um tratamento diferenciado entre homens e mulheres, não reconhecendo sua igualdade jurídica. Com relação ao matrimônio, a Constituição não permitia sua dissolução. Deixou a cargo da lei civil determinar os casos de desquite e de anulação de casamento (cf. art. 144, parágrafo único).

⁸⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha, *Direito de família, uma abordagem psicanalítica*, Belo Horizonte: ed. Del Rey, 2003, p. 9.

⁸¹ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. A Constituição de 1934, p. 37/38, in *As Constituições Brasileiras - Análise histórica e propostas de mudanças*. Luiz Felipe D'Ávila org., Ed. Brasiliense, 1ª ed., 1993.

⁸² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios Constitucionais de Direito de Família. Guarda Compartilhada à luz da Lei nº 11.698/08. Família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Ed. Atlas. 2008, p. 114.

A Constituição de 1937, de caráter autoritário, manteve praticamente as mesmas disposições trazidas pela Constituição anterior, como o reconhecimento de família como aquela oriunda do casamento e a indissolubilidade do vínculo matrimonial.

Art 124 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos.

Nos dizeres de Guilherme Gama Filho (2008), que bem expressa o conteúdo de nossas Constituições até o momento,

A preocupação com a instituição familiar se revela evidente no bojo de tais textos constitucionais como forma de preservação de um modelo político, econômico e social em que a paz familiar e o patrimônio familiar encontravam-se acima de qualquer outro valor.⁸³ (GAMA, 2008, p. 114).

Apesar de se tratar de uma Constituição de caráter liberal e democrático, o tratamento dado à família permaneceu inalterado na Constituição de 1946. A proteção estatal continuou se destinando somente à família decorrente do casamento.

Art 163 - A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.

§ 1º - O casamento será civil, e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público.

As Constituições de 1967 e de 1969 novamente não trouxeram qualquer evolução para a regulamentação da matéria, sem qualquer menção da existência de outra família além da matrimonial. Contudo, com a emenda constitucional nº 9 de 28 de junho de 1977 o casamento finalmente deixou de ser indissolúvel aos olhos da Constituição brasileira, através da adoção do divórcio.

Art 167 - A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.

§ 1º - O casamento é indissolúvel.

⁸³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios Constitucionais de Direito de Família. Guarda Compartilhada à luz da Lei nº 11.698/08. Família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Atlas. 2008, p. 33.

Pode-se notar, portanto, que todos os textos anteriores ao de 1988 ignoraram por completo a existência de outras famílias, destinando a proteção jurídico-constitucional somente ao modelo tradicional de família matrimonial, patriarcal e autoritária.

2 A família e a Constituição de 1988

A Constituição de 1988 deu novos contornos ao direito de família. Os ideais democráticos, de justiça social e de igualdade entre os homens, os pactos e tratados internacionais fundados na dignidade da pessoa humana influenciaram diretamente o tratamento que passou a ser dado ao direito das famílias. Com seu advento, a família foi elevada à base da sociedade e a ela destinada especial proteção do Estado:

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

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

Desde então, trata-se de obrigação do Estado a proteção integral da família, bem como fornecer total assistência a cada uma das pessoas que a integram. Nesse sentido, o Estado, em suas funções legislativa, executiva e jurisdicional, tem o dever constitucional de implementar todas as medidas necessárias para o pleno o desenvolvimento das famílias e de seus membros, considerados individualmente.

Contudo, não pode o Estado, com base nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, intervir no planejamento familiar de cada família, sendo que essa decisão cabe a cada um de seus integrantes. O único dever do Estado é conferir os recursos educacionais e científicos necessários para que cada família possa exercer esse direito de forma livre, de acordo com sua própria vontade.⁸⁴

⁸⁴ Art.226, § 7º: *“fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e*

Atentando-se à realidade social e às mudanças ocorridas no âmbito familiar na sociedade brasileira e em toda a comunidade internacional, a Constituição de 1988 trouxe expressamente em seu texto e idéia de igualdade entre cônjuges e entre os filhos. Nesse sentido:

Art. 226, § 5º: Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Art. 227, § 6º: Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Assim, com o advento da Constituição de 1988 a família passa a ter maior prestígio e relevância, sendo regulada de forma ampla pelo Art. 226. Pela primeira vez é reconhecida em uma Constituição brasileira a igualdade entre homens e mulheres⁸⁵, o que se reflete diretamente nas relações familiares, uma vez que a estrutura da família deixa de ser hierárquica e com fundamento na figura do homem como ‘chefe da casa’. Homens e mulheres passam a ter igual direito de tomar decisões, de sustentar e de reger a entidade familiar.

Importa destacar ainda outra importante evolução da Constituição de 1988, a qual passou a prever de modo expresso, além do casamento⁸⁶, outras duas formas de configurações familiares: a União Estável e a família monoparental. A Constituição vigente procurou “harmonizar as normas abstratas do ordenamento jurídico constitucional com a realidade subjacente da vida social” (SILVA, 2002, p. 851).⁸⁷ Nesse diapasão:

Art. 226, § 3º: Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a União Estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”.

⁸⁵ Art. 5º, I: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

⁸⁶ Art. 226, § 1º: o casamento é civil e gratuita sua celebração.

⁸⁷ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 2ª ed. São Paulo : Editora Malheiros., 2002, p. 851.

Art. 226, § 4º: Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Desse modo, a Constituição de 1988 deu um importante salto ao regulamentar de modo expresso não só a família matrimonial, como também a União Estável e família monoparental, deixando de lado os antigos preconceitos e atendendo ao clamor social, em virtude da nova realidade das famílias.⁸⁸ O Constituinte finalmente abriu seus olhos para as novas situações existenciais e, pela primeira vez no direito constitucional brasileiro, foi reconhecida não só a existência, como também a validade de outras espécies de famílias, além das formadas pelo casamento.⁸⁹

Vale salientar ainda que a Constituição não estabeleceu qualquer hierarquia entre os tipos de famílias existentes, mas trouxe a idéia do pluralismo familiar, que não esteve presente nas outras Constituições ou pactos internacionais, nos quais somente a família matrimonial era protegida. Colocou sob a tutela constitucional toda e qualquer família, diferentemente das outras Constituições que protegiam somente a família constituída pelo casamento. Essa previsão assegurou a inclusão de boa parte da população que estava excluída da proteção constitucional, em virtude de um modelo ultrapassado de família.

Em síntese, a expansão da proteção conferida à família é uma forma de inclusão social, uma vez que amplia o universo de indivíduos protegidos pelo Estado, o que dá mais alcance e universalidade ao direito das famílias, realizando assim os fundamentos e objetivos do Estado Democrático de Direito.

Deixa-se de exigir a finalidade mormente procriativa da família e passam a ser valorizados os vínculos afetivos e a estabilidade familiar, funções que reconhecidamente devem estar presentes nas famílias atuais. Desse modo, pode existir família sem a celebração de um casamento, mas não sem os requisitos mencionados.

⁸⁸ Cf. CHAVES, Cristiano de Farias e Nelson Rosenvald, *Direito das Famílias*, Editora Lumen Júris, Rio de Janeiro, 2008, p. 38 “A Constituição normatizou o que já era a realidade das famílias brasileiras, reconhecendo que a família é um fato natural e casamento é uma convenção social”.

⁸⁹ Nessa mesma ordem de idéias, José Cretella Jr., *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, Rio de Janeiro: Forense, 1992. v.5, pg. 4526.: “No direito brasileiro atual, o legislador constituinte, auscultando a vontade da maioria do povo que representa, teve a coragem necessária para libertar-se dos preconceitos passados, colocando, no texto, o que observou na realidade diária”.

Nesse sentido:

Os movimentos sociais e a revolução dos costumes nas décadas de 60 e 80 foram absorvidos pelo Texto Constitucional de 1988. Foi somente a partir daí, como já se disse anteriormente, que o Estado, constitucionalmente, passou a dar proteção às famílias que não fossem constituídas pelo casamento (PEREIRA, 2003, p. 8).⁹⁰

Os princípios e valores que fundamentam a Constituição de 1988 também não permitem a subsistência de uma concepção de família matrimonial, hierarquizada e baseada na figura paterna. Diante dos princípios vigentes em nosso Estado Democrático de Direito, tais como a dignidade da pessoa humana, a igualdade entre homens e mulheres e entre os filhos, a liberdade, a intimidade, não há como se ignorar os novos contornos dados à família, que hoje possui relevante função social e se fundamenta na igualdade entre seus integrantes, os quais possuem os mesmos direitos e são igualmente dignos de proteção constitucional.

A previsão da União estável e da família monoparental de modo expresso na Constituição foi importante no sentido de consolidar a idéia de existência de uma pluralidade de modelos familiares, deixando-se de lado a concepção de que a família só poderia se constituir através do matrimônio. Na verdade, bastaria que o texto constitucional enunciasse que a proteção do Estado se destinaria às famílias, sem que houvesse necessidade de se mencionar qualquer espécie familiar. Afinal, a família é um fenômeno natural e seu conceito sempre muda ao longo do tempo.

Nesse diapasão:

Por isso, como sempre entendemos, o Estado não deve preocupar-se, somente, com a família de direito, pois sua base, seu sustento, é a família em geral, sem adjetivações. Daí porque, para que se evitem discriminações odiosas, deveria o texto constitucional dizer simplesmente que a família terá direito à proteção dos Poderes Públicos. Não foi o que aconteceu com o texto da Constituição Federal de 1988 (VILLAÇA, 2002, p. 237).⁹¹

⁹⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha: *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*, Belo Horizonte: ed. Del Rey, 2003, p. 8.

⁹¹ VILLAÇA Álvaro. *Estatuto da família de fato de acordo com o novo Código civil, Lei nº 10.406, de 10-01-2002*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 237.

Dessa forma, é importante se ater aos princípios constitucionais, que possuem um caráter mais elástico e indeterminado que as regras constitucionais, no momento de interpretação e posterior aplicação do texto constitucional. Não pode o direito limitar a proteção jurídica a apenas alguns tipos de família. A família, como prevê o próprio texto constitucional, é a base da sociedade. E não somente a família jurídica, prevista de modo expreso pelo ordenamento, mas sim todo e qualquer tipo de entidade familiar que venha a se constituir socialmente.

Por outro lado, apesar de ter sido um importante passo, não se pode deixar de notar que o detalhamento trazido pela Constituição de 1988, no sentido de regular de modo expreso determinados modelos familiares, pode ser perigoso para a integração de outros tipos de família já existentes e não regulados expressamente ou outros que possam surgir com o decorrer do tempo. Essa previsão extremamente detalhada pode acabar limitando a interpretação e aplicação do texto constitucional, que dispõe de modo específico apenas sobre modelos familiares.

Assim, apesar de não estarem previstas de modo explícito na Constituição outras formas de família, não se pode dizer que estas entidades familiares estão excluídas da proteção constitucional. Afinal, não é possível fazer constar da Constituição todos os tipos de família existentes, uma vez que como já demonstrado, a família é uma instituição natural que muda ao longo do tempo, de acordo com as transformações sofridas na própria sociedade, de modo que sempre surgem novos modelos de família que também passam a demandar proteção jurídica. Portanto, o detalhamento constitucional com relação aos modelos familiares não pode ser um óbice à inclusão de outras famílias existentes, sob pena de violação dos princípios que norteiam a Constituição e do próprio espírito que embasou a criação de nossa Carta Política.

Nessa mesma ordem de considerações, a Constituição, para manter sua força normativa, não pode ignorar a realidade e as mudanças históricas, sob pena de

petrificar o conteúdo constitucional, o que acabaria impedindo que a Constituição cumpra suas funções (HESSE, 2009)⁹². Nessa mesma linha de pensamento:

A Constituição só pode cumprir suas tarefas onde consiga garantir sua continuidade sem prejuízo das transformações históricas, o que pressupõe a conservação de sua identidade. Partindo disso, nem a constituição como um todo nem suas normas concretas podem ser concebidas como letra morta, como algo estático e rígido (HESSE, 2009, p.13).⁹³

Pode-se inferir, portanto, que um texto analítico e excessivamente detalhista, que preveja situações muito específicas, acaba por prejudicar a aplicação prática de seu conteúdo e a própria durabilidade da Constituição (VIEIRA, 1999)⁹⁴. Isso porque um texto constitucional muito vasto e detalhista não consegue se adequar facilmente às novas situações que surgem na sociedade. Por conseqüência, o próprio povo passa a demandar amparo jurídico, já que há a sensação de que, devido à especificidade das normas constitucionais, não há como se aplicar as normas já existentes àquele caso concreto.

Destarte, pode-se afirmar que ao texto constitucional está inerente a idéia do pluralismo familiar, já que foi a primeira e única Constituição a incluir outras espécies de família e dar a elas a mesma dignidade e proteção antes somente dada à família oriunda do casamento, podendo cada pessoa escolher livremente qual modelo pretende adotar⁹⁵ (GAMA,2008), já que deve ser dada integral proteção à família, independentemente de sua espécie.

⁹² HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Martires Coelho. São Paulo: Ed. Saraiva. 2009, p. 13.

⁹³ HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*, p. 14.

⁹⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua Reserva de Justiça – um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*, São Paulo: Malheiros,1999.p. 133. “Quanto mais detalhista e substantivo for um texto constitucional, maior a possibilidade de ele se inviabilizar em face das ideologias, tendências, imperativos econômicos distintos daqueles que o estabeleceram. Quanto mais sintético e processual, limitando-se a traçar os procedimentos para a tomada de decisão, maior sua possibilidade de sobrevivência através dos tempos”.

⁹⁵GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios Constitucionais de Direito de Família.Guarda Compartilhada à luz da Lei nº 11.698/08. Família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Ed. Atlas. 2008,, p. 84.

Portanto, a Constituição de 1988 não impede o reconhecimento de outras entidades familiares além das previstas em seu texto. Ao contrário, o princípio do nela consignado possibilita que a proteção constitucional se estenda a qualquer modelo familiar(CANOTILHO; GOMES, 2009, p.1451).⁹⁶

Note-se que a não taxatividade dos modelos de família na Constituição é mais condizente com o Estado Democrático de Direito no qual vivemos. Não é papel do Estado, do legislador ou do judiciário enumerar um rol de famílias que merecem proteção, em detrimento de outras. Diante das razões expostas, os modelos de entidades familiares na Constituição são meramente enunciativos, devendo haver a regulamentação e efetiva proteção de qualquer outra espécie de família.

2.1 Constitucionalização do direito da família

Como demonstrado, houve nas Constituições brasileiras uma evolução com referência ao tratamento dado à família. Em razão dos clamores sociais no âmbito nacional e internacional, há uma urgente necessidade de adequação do texto constitucional às novas realidades, até, por fim, chegarmos à atual Constituição de 1988, que deu um tratamento mais moderno e condizente ao tema, em virtude dos novos tipos de família existentes em nossa sociedade (PEREIRA, 2007).⁹⁷

A necessidade de regulamentação constitucional ampla do direito das famílias surge em razão de vários fatores, tais como a emancipação jurídica da mulher, sua inserção no mercado de trabalho, os avanços científicos e tecnológicos, a evolução

⁹⁶ Para CANOTILHO, J.J. GOMES in *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 2009, p.1451.2009, “A Constituição possui como nova função a de estruturar e garantir um sistema constitucional pluralístico, garantindo-se, assim, o pluralismo ideológico e multiculturalismo racial”.

⁹⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. , Belo Horizonte: ed. Del Rey, 2003, p. 233: “A Constituição brasileira de 1988 absorveu essa transformação e fez uma verdadeira revolução no Direito de família a partir de três eixos básicos. Expressou em seu art. 226 a noção de que a família no limiar do terceiro milênio é plural e não mais singular. Em outras palavras, existem hoje várias formas de constituição de família: pelo casamento, pela união estável (concubinato) e pela comunidade formada por qualquer dos pais e descendentes”.

da sexualidade, as transformações políticas, econômicas e sociais, que acarretaram uma mudança na visão constitucional dada à família.

Nesse sentido, diante da constitucionalização do direito da família todas as matérias e normas infraconstitucionais devem ser interpretadas a partir das normas constitucionais, tendo como base os princípios constitucionais e os direitos fundamentais. Em razão do princípio da necessidade que vigora entre a Constituição e as demais normas do ordenamento jurídico, sem a Constituição, nenhuma outra norma pode existir, já que a validade dessas normas depende integralmente de sua concordância com o texto constitucional.⁹⁸

Através da constitucionalização do direito civil, matérias antes não tratadas na Constituição passam a ser reguladas de forma expressa pelo texto constitucional. Sendo assim, a partir da Constituição de 1988 passam a existir no texto constitucional disposições acerca de matérias de quase todos os ramos do direito. Portanto, não estão dispostas no texto constitucional somente as matérias tradicionalmente previstas em uma constituição, já que a Constituição não mais se limita a matérias essencialmente constitucionais, tais como a separação de poderes e a organização do Estado.

A Constituição pode ter um sentido material ou formal. Em um sentido material se trata de um conjunto de normas que são constitucionais em razão de sua matéria e dizem como devem ser feitas todas as leis, Já com relação ao sentido formal, há normas que disciplinam certos comportamentos imediatamente e são constitucionais não em razão da matéria que disciplinam, e sim por sua forma, uma vez que são submetidas a um processo formal mais rigoroso para sua elaboração (através do exercício do Poder Constituinte Originário) e alteração (por meio das emendas constitucionais) (FERRAZ JÚNIOR, 2007)⁹⁹.

⁹⁸ De acordo com Ferdinand Lassale *in Que é uma Constituição*, 2ª ed. São Paulo: Kairós, 1985.p. 15, a Constituição é lei fundamental, pois é uma lei básica, que constitui verdadeiro fundamento das outras leis e uma força ativa que exige necessariamente que todas as lei e instituições jurídicas vigentes estejam de acordo com a lei suprema.

⁹⁹ Tércio Sampaio Ferraz Júnior. *Introdução ao Estudo do Direito*, 5ª Ed. Ed. Atlas, São Paulo, 2007, p. 229.

Na verdade, a família não é uma matéria de conteúdo constitucional. Entretanto, em virtude de sua importância, a Constituição Federal de 1988 atribuiu um patamar constitucional à família. Nesse sentido:

A doutrina moderna assinalou o caráter publicista do direito de família, cujas disposições são geralmente imperativas, vendo na família um organismo social intermediário entre o Estado e o indivíduo (WALD, 2005, p. 5).¹⁰⁰

Com a constitucionalização do direito, a Constituição se irradia para todo o ordenamento jurídico, e as normas constitucionais devem ser utilizadas como um norte de interpretação de todas as leis infraconstitucionais, regulando e traçando diretrizes para todo e qualquer ato normativo.¹⁰¹ Conforme acentuado por Luís Roberto Barroso:

Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si- com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob as lentes da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados (BARROSO, 2007, p. 22).¹⁰²

Portanto, pode-se verificar na Constituição brasileira que há um forte processo de constitucionalização do direito, não de qualquer matéria, e sim daquelas que possuem grande impacto e interesse social. Assim, a Constituição confere uma proteção constitucional a matérias antes somente tratadas pelo direito privado, evitando que interesses particulares influenciem de maneira prejudicial a concretização desses

¹⁰⁰ WALD, Arnaldo. *O novo direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 5.

¹⁰¹ Em outras palavras, “Na atualidade, não se cuida de buscar a demarcação de espaços distintos e até contrapostos. Antes, havia uma disjunção; hoje, a unidade hermenêutica, tendo a Constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil. A mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição, e não a Constituição segundo o Código, como ocorria com frequência (e ainda ocorre)”. Paulo Luiz Netto Lobo, *Direito Civil: atualidades*. Coordenadores César Fiúza, Maria de Fátima Freire de Sá, Bruno Torquato de Oliveira Naves. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.p. 198.

¹⁰² BARROSO, Luís Roberto. *Reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro : Renovar, 2007, p. 22.

direitos. O mesmo processo ocorreu com a família na Constituição de 1998. Nos dizeres de Gustavo Tepedino (2003, p. 117)¹⁰³:

O legislador constituinte, de maneira categórica, pretende evitar que a iniciativa econômica privada possa ser desenvolvida de maneira prejudicial à promoção da dignidade da pessoa humana e à justiça social. Rejeita, igualmente, que os espaços privados, como a família, a empresa e a propriedade, possam representar uma espécie de zona franca para a violação do projeto constitucional. Daí ter regulamentado, sem cerimônia, e malgrado as violentas e tão mal-humoradas críticas que sofreu, todas as relações jurídicas do direito privado.

Tendo em vista a constitucionalização do direito, é preciso que o aplicador do direito também tenha conhecimento de outras áreas do conhecimento além da ciência jurídica, como a psicologia, a antropologia, a psicanálise, a sociologia, entre outras. Dessa maneira, a interpretação da lei não é possível somente tendo-se em vista o texto da lei, em especial no caso da família, que não é uma instituição jurídica, criada pela lei. Ao contrário, a família surge no seio social e, diante de sua importância, o ordenamento jurídico a regula, reconhecendo sua relevância como base da sociedade na própria Constituição Federal.

Afinal, a matéria de direito da família está prevista na Constituição em razão de sua extrema importância social e relevante interesse público na proteção dos direitos referentes a essa instituição. Desse modo, diante da importância da família como base da sociedade e as evoluções ocorridas nas relações familiares houve a necessidade de elevar os direitos das famílias a um patamar constitucional, assegurando, assim, integralmente seu respeito e devida proteção.¹⁰⁴

Nesse sentido, as leis infraconstitucionais devem ser interpretadas a partir da Constituição, a qual deve ser sempre o ponto de partida antes da aplicação de qualquer ato normativo, por ser a base e fundamento de todo o ordenamento jurídico.

¹⁰³ TEPEDINO, Gustavo, *Constitucionalização do direito civil e perspectivas interpretativas*, in *Direito Civil: Atualidades*. Coordenadores César Fiúza, Maria de Fátima Freire de Sá, Bruno Torquato de Oliveira Naves, Belo Horizonte: Del Rey, 2003.p. 117.

¹⁰⁴ Nesse sentido: “A constitucionalização dos principais institutos do Direito de Família assinala a importância que a matéria representa em nossa estrutura jurídica. Significa ainda a sensibilidade que o constituinte teve ao perceber os anseios da sociedade, a evolução das relações sociais e o próprio dinamismo das relações familiares” SEREJO, Lorival, *Direito Constitucional da Família*, Belo Horizonte: ed. Del Rey, 2004, p. 21.

Note-se que a própria supremacia da Constituição é fortalecida com essa mudança na leitura que deve ser feita do texto constitucional, uma vez que uma norma só é válida se seu conteúdo e sua interpretação estiverem de acordo com as normas e princípios constitucionais¹⁰⁵.

Faz-se imperioso destacar ainda que a constitucionalização do direito da família garante sua eficácia e aplicação, pois está prevista dentro da Constituição, que é a Lei maior do ordenamento jurídico. Nesse sentido:

O que não se pode negar é que a elevação dos principais institutos do Direito de Família ao *status* constitucional representou uma garantia de que os princípios asseguradores das relações familiares estão mais bem resguardados e, por consequente, mais fortes para se tornarem eficazes (SEREJO, 2004, p. 4)¹⁰⁶

Com a constitucionalização do direito civil, a família, em especial, passa por importante transformação, sendo reconhecida a igualdade entre cônjuges e filhos, novas formas de entidades familiares, bem como a afetividade como fator de relevância para a constituição da entidade familiar.¹⁰⁷

Importa salientar por fim que em decorrência da constitucionalização do direito da família, a pessoa humana passa a ter prioridade absoluta. Todas as normas devem ser aplicadas de acordo com os princípios constitucionais, tendo como finalidade garantir o exercício dos direitos fundamentais, respeitando a dignidade humana de todos, que é o valor central de todo o ordenamento jurídico.

¹⁰⁵ A supremacia da Constituição, segundo José Afonso da Silva, "significa que a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos, é nela que se acham as normas fundamentais do Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas", SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 45.

¹⁰⁶ SEREJO, Lorival. *Direito Constitucional da Família*, Belo Horizonte: ed. Del Rey, 2004, p. 4.

¹⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Reconstrução democrática do direito público no Brasil*, Rio de Janeiro : Renovar, 2007, p. 23.

3 Proteção dada à família nos Tratados Internacionais de Direito humanos.

Os Tratados Internacionais de direitos humanos, desde o início, reconheceram a importância da família e a ela conferiram ampla proteção, a qual abrange não só a instituição familiar, como também a dignidade de seus membros, condenando qualquer intervenção arbitrária em suas vidas privadas.

Os instrumentos internacionais de direitos humanos em sua integralidade passam a conceber os membros da comunidade humana como sujeitos de direito internacional, reconhecendo a todos o direito da dignidade da pessoa humana.

Ademais, como se pode notar dos Tratados abaixo relacionados, inclusive nos mais antigos, à família já é conferida especial proteção do Estado e proibida qualquer forma de discriminação, reconhecendo seu papel de núcleo fundamental da sociedade.

Pode-se afirmar, portanto, que os instrumentos e pactos internacionais consagram a proteção da família e garantem a todos o direito de fundar uma entidade familiar, tendo como base os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da não discriminação.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS (1948)

PREÂMBULO

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Artigo XII

Ninguém será sujeito à interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

Artigo XVI

1. Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e

fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução. (grifo nosso).
 2. *O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes.*
 3. *A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.*

A Declaração dos Direitos Humanos marca o início de um sistema internacional de proteção aos direitos humanos. Foi o primeiro documento internacional a prever de forma escrita os direitos humanos. Apesar de não se tratar de um documento com valor jurídico, pois não é um Tratado, em razão de sua força e relevância foi reconhecida pela Corte Internacional de Justiça como uma força cogente e expressão de um costume internacional que deveria ser seguido por todos os Estados. Possui natureza jurídica de recomendação diante de sua solenidade e caráter universal (WEIS, 2006).¹⁰⁸ Consagra o reconhecimento universal dos direitos humanos pelos Estados e sua obrigação de garantir o respeito e efetividade desses direitos.

[...] a Declaração Universal tem sido concebida como a interpretação autorizada da expressão 'direitos humanos', constante da Carta das Nações Unidas, apresentando, por esse motivo, força jurídica vinculante (PIOVESAN, 2006, p. 137).¹⁰⁹

A Declaração realça a importância de se dar concretude aos direitos fundamentais do homem e, assim, garantir seu maior respeito e proteção. Nesse sentido, vários países reproduziram seus termos em seus textos constitucionais, já que se trata de direitos e costumes adotados universalmente. Os pactos e tratados internacionais que surgiram posteriormente também tiveram como fundamento a Declaração dos Direitos Humanos (WEIS, 2006).¹¹⁰

Nos dizeres de Norberto Bobbio (2004, p. 27),

¹⁰⁸ WEIS, Carlos. *Direitos Humanos Contemporâneos*. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros., 2006. p. 69.

¹⁰⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.p.137.

¹¹⁰ WEIS, Carlos. *Op. cit.* p. 69.

a Declaração Universal dos Direitos do Homem pode ser acolhida como a maior prova histórica até hoje dada do *consensus omnium gentium* sobre um determinado sistema de valores (...) foi acolhido como inspiração e orientação no processo de crescimento de toda a comunidade internacional no sentido de uma comunidade não só de Estados, mas de indivíduos iguais e livres (...) pela primeira vez um sistema de princípios humanos foi livre e expressamente aceito.¹¹¹

Com relação à família, como é possível se notar, o preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos fala em “família humana” quando quer se referir à sociedade, reconhecendo a dignidade que é inerente a todos os seres humanos. Dessa maneira, é inegável a importância já dada à família no referido documento, uma vez que equipara a comunidade humana a uma família.

Nesse sentido, a Declaração dos Direitos Humanos dispôs acerca da proibição de interferências no lar e na família e reconheceu a instituição como o núcleo natural e fundamental da sociedade, a qual, juntamente com o Estado, deve lhe dar integral proteção.

No que tange à instituição familiar, realça a Declaração que homens e mulheres, sem qualquer tipo de restrição têm o direito de casar e fundar uma família. Assim, a Declaração somente reconhece a família decorrente do casamento entre homens e mulheres, o que não pode ser aceito nos dias atuais, em razão das transformações históricas ocorridas desde então. Isso resultaria em ignorar a realidade de milhões de pessoas que constituem uma vida familiar sem, entretanto, contrair matrimônio.¹¹² Seria uma violação direta ao direito das minorias.

Nesse sentido: “a Declaração Universal representa a consciência histórica que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais na segunda metade do século XX. É uma síntese do passado e uma inspiração para o futuro: mas suas tábuas não foram gravadas de uma vez e para sempre” (BOBBIO, 2004, p. 33).¹¹³

¹¹¹ BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. p. 27.

¹¹² Nesse sentido, WEIS, Carlos. *Direitos Humanos Contemporâneos*. p. 71: “Na realidade, apesar de seu reconhecimento quase universal, a Declaração reflete o conteúdo da dignidade humana auferido no pós-guerra, o qual vem sofrendo a ação da História, o que, aliás, confere aos direitos humanos contemporâneos outra de suas características: a historicidade”.

¹¹³ BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. São Paulo: Campus. 8ª Tiragem. 2004, p. 33.

Dessa maneira, é necessário que a comunidade internacional continue a aperfeiçoar o conteúdo da Declaração, de modo a mantê-lo vivo, atualizando-o para que não fique cristalizado em fórmulas solenes e vazias (BOBBIO, 2004).¹¹⁴

Diante da realidade fática atual, a noção de que família só pode ser formada pelo casamento entre pessoa de sexos opostos afronta a proibição de discriminação em razão da natureza ou condição da pessoa e da garantia à ampla liberdade individual, o que está previsto no art. II-1 e no preâmbulo da própria Declaração.

Assim, a aplicação do disposto na Declaração deve ser feito em vista da realidade e valores vigentes à época. Somente assim pode ser mantida a vitalidade da Declaração e suas recomendações podem se adequar aos novos momentos sociais, político e econômicos, dando concretude aos direitos humanos nela previstos.

No mesmo ano foi elaborada a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e do cidadão. Trata-se do primeiro documento de direitos humanos no continente americano (WEIS, 2006).¹¹⁵ Assim como a Declaração dos Direitos Humanos, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem não tem natureza jurídica de tratado. Entretanto, a essa Declaração foi conferida força pela Assembléia Geral da OEA.¹¹⁶ Conjuntamente à Convenção Americana de Direitos Humanos, forma um conjunto normativo.

DECLARAÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS E DEVERES DO HOMEM (1948)

ARTIGO 5

Os Estados Partes respeitarão as responsabilidades, os direitos e os deveres dos pais ou, onde for o caso, dos membros da família ampliada ou da comunidade, conforme determinem os costumes locais, dos tutores ou de outras pessoas legalmente responsáveis, de proporcionar à criança instrução e orientação adequadas e acordes com a evolução de sua capacidade no exercício dos direitos reconhecidos na presente convenção. (grifo nosso).

¹¹⁴ BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. p. 34.

¹¹⁵ WEIS, Carlos. *Direitos Humanos Contemporâneos*. p. 97.

¹¹⁶ WEIS, Carlos. *Op. cit.* p. 99.

Como pode ser visto, assegura a Declaração que os Estados devem reconhecer os direitos dos membros da família. Assim, a proteção do Estado não é destinada somente à família, mas também aos seus integrantes individualmente. Também dispõe acerca da responsabilidade da família de assegurar à criança os instrumentos necessários a seu desenvolvimento e evolução.

A partir da Declaração dos Direitos Humanos surgiram dois Tratados Internacionais, através dos quais os Estados se obrigaram a respeitar e assegurar os direitos humanos: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, os quais “constituem o mais abrangente catálogo de direitos humanos hoje existente, de aplicação universal, complementando e aprofundando muitos dos dispositivos da Declaração Universal de 1948” (WEIS, 2006, p. 74).¹¹⁷ OS referidos pactos positivaram o conteúdo da Declaração Universal sob a forma de preceitos juridicamente obrigatórios e vinculantes aos Estados Partes.

Importante ressaltar que o Brasil somente aderiu aos pactos em questão no ano de 1992, ou seja, após o advento da Constituição de 1988. Entretanto, os princípios e valores que informaram esses documentos estavam presentes na sociedade brasileira no momento da elaboração de nossa Constituição atual e somente não haviam sido incorporados ao nosso direito em razão do momento histórico-político pelo qual o Brasil passou antes de sua redemocratização.

Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. (1966)

ARTIGO 17

1. Ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação.
2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas.

ARTIGO 23

¹¹⁷ WEIS, Carlos. *Direitos Humanos Contemporâneos*. p. 74.

1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e terá o direito de ser protegida pela sociedade e pelo Estado.
2. Será reconhecido o direito do homem e da mulher de, em idade núbil, contrair casamento e constituir família.

Este pacto consagra os chamados direitos humanos de primeira geração, através dos quais são afirmados os direitos políticos e civis do Homem, fruto das Revoluções liberais americana e francesa. Os referidos direitos asseguraram a participação dos cidadãos no Estado, como expressão do bem comum e a garantia das liberdades individuais.

O pacto garante a proteção contra interferências arbitrárias na vida privada e familiar. No mesmo sentido da Declaração dos Direitos Humanos reconhece a família como elemento natural e fundamental da sociedade e seu direito de ser protegida pela sociedade e pelo Estado. Garante também expressamente o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e constituir uma família. Assim como a declaração, o pacto somente fala em casamento, mas assegura ao homem e a mulher o direito de constituir uma família.

Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. (1966).

ARTIGO 10

Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem que:

1. Deve-se conceder à família, que é o elemento natural e fundamental da sociedade, as mais amplas proteção e assistência possíveis, especialmente para a sua constituição e enquanto ele for responsável pela criação e educação dos filhos. O matrimônio deve ser contraído com o livre consentimento dos futuros cônjuges.

Esse pacto surgiu no período das grandes Revoluções sociais, que geram os chamados direitos humanos de segunda geração. Elas afirmam os direitos sociais e trabalhistas, em razão de uma nova visão de mundo que passa a consagrar o Estado Social e intervencionista. Visa assegurar as condições sociais, econômicas e culturais necessárias para uma vida digna.

Em seu art. 5º está prevista uma norma de interpretação no sentido que nenhuma norma do Tratado pode ser interpretada de forma a restringir outros direitos humanos previstos no pacto.

O pacto em questão, seguindo a mesma linha da Declaração de Direitos Humanos, também reconhece a família como elemento natural e fundamental da sociedade e ainda vai mais além, prevendo não só a ampla proteção que deve ser dispensada à instituição, como também o direito assistencial a que tem direito a entidade familiar, em especial para sua constituição e enquanto servir como um instrumento para a criação e educação de seus filhos.

Note-se que, como o pacto dos direitos sociais, econômicos e culturais passa a reconhecer a função da família como instrumento de educação e desenvolvimento de seus membros, garante a proteção assistencial do Estado para assegurar o cumprimento dessa finalidade.

Em 1969 surge a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (também conhecida como Pacto de San José), que “é o texto fundamental do sistema regional americano de direitos humanos” (WEIS, 2006, p. 99).¹¹⁸ A Convenção reconhece o direito de todos os indivíduos de ter sua dignidade respeitada, assim como também proíbe de modo expresso interferências arbitrárias na vida privada e familiar. Seu conteúdo trata principalmente sobre os direitos civis e políticos, como pode ser visto em seu texto.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA), DE 22 DE NOVEMBRO DE 1969.

Artigo 11

Proteção da Honra e da Dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

¹¹⁸ WEIS, Carlos. *Direitos Humanos Contemporâneos*. p. 99.

Artigo 17

Proteção da Família

1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado.

2. É reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de fundarem uma família, se tiverem a idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o princípio da não discriminação estabelecido nesta Convenção. (grifo nosso).

Um importante passo dado pela Convenção com relação ao direito das famílias diz respeito à previsão de que o homem e a mulher têm o direito de contraírem matrimônio e fundarem uma família e que as leis internas de cada país que disponham acerca das condições necessárias para o casamento não podem violar o princípio da discriminação.

Trata-se de um importante marco o sentido de que as normas regulamentadoras do matrimônio não podem estabelecer qualquer tipo condição discriminatória.

Importante analisar também o conteúdo da Convenção sobre os Direitos da Criança que reconhece a família como fundamento da sociedade e dispõe expressamente sobre a função da família como ambiente indispensável para o crescimento e bem-estar de seus membros:

Convenção sobre os Direitos da Criança. Decreto N° 99.710, DE 21 DE NOVEMBRO DE 1990.

Preâmbulo

Convencidos de que a família, como grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças, deve receber a proteção e assistência necessárias a fim de poder assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade;

Reconhecendo que a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão;

ARTIGO 5

Os Estados Partes respeitarão as responsabilidades, os direitos e os deveres dos pais ou, onde for o caso, dos membros da família ampliada ou da comunidade, conforme determinem os costumes locais, dos tutores ou de outras pessoas legalmente responsáveis, de proporcionar à criança instrução e orientação adequadas e acordes com a evolução de sua capacidade no exercício dos direitos reconhecidos na presente convenção.

Assim, como disposto no texto da Convenção, é no seio da família que o ser humano se desenvolve, em especial as crianças, que dependem integralmente de seus familiares para sua criação. No ambiente familiar é possível encontrar o amor e felicidade necessários ao pleno desenvolvimento da personalidade humana.

4. Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais.

4.1 Considerações iniciais

A Constituição, como norma jurídica soberana, é criada para regular o Estado no qual se insere. Por esse motivo, as normas constitucionais existem para serem efetivamente aplicadas a casos concretos, visando a realização dos objetivos nelas previstos, regulando os elementos constitutivos do Estado. Portanto, todas as normas constitucionais são criadas para produzir determinados efeitos, alcançar certos fins.

A força normativa da Constituição depende de sua efetiva aplicação e a conseqüente produção de seus efeitos. Caso deixe de ser aplicada, não produzindo os efeitos práticos previstos pelas normas constitucionais, a Constituição passará a ser apenas nominal (LOWENSTEIN, 1970).¹¹⁹ Para serem válidas, as normas constitucionais devem ser concretizadas.

¹¹⁹ LOWENSTEIN, Karl. *Téoria de la Constitución*. Barcelona: Ediciones Ariel. 197, p. 218: “El carácter normativo de una Constitución no debe ser tomado como un hecho dado y sobreentendido, sino que

Afinal, a Constituição existe para produzir efeitos, não existe nada inútil nas disposições do texto constitucional (TEIXEIRA, 1991).¹²⁰ Todos os dispositivos são criados para serem aplicados diante de um fato concreto. Sendo assim, nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello (1981, p. 236):

A Constituição não é um simples ideário. Não é apenas uma expressão de anseios, de aspirações, de propósitos. É a transformação de um ideário, é a conversão de anseios e aspirações em regras impositivas. Em comandos. Em preceitos obrigatórios para todos: órgãos do Poder e cidadãos. (...)

Uma vez que a nota típica do Direito é a imposição de condutas, compreende-se que o regramento constitucional é, acima de tudo, um conjunto de dispositivos que estabelecem comportamentos obrigatórios para o Estado para o Estado e para os indivíduos.¹²¹

Ocorre que nem todas as normas constitucionais podem ser efetivamente aplicadas de modo imediato. Algumas dependem da criação de outra norma ulterior, que lhe integre, para que possam incidir em situações concretas, produzindo seus efeitos.

Portanto, algumas normas podem ser aplicadas de modo imediato sobre os fatos que regulam e outras dependem de complementação infraconstitucional para tanto. Por essa razão, faz-se necessário o estudo da eficácia e da aplicabilidade das normas constitucionais.

cada caso deberá ser confirmado por la práctica. Una Constitución podrá ser jurídicamente válida pero si la dinámica del proceso político no se adapta a sus normas, la Constitución carece de realidad existencial. En este caso, cabe calificar la dicha Constitución de nominal”.

¹²⁰ TEIXEIRA, J.H. MEIRELLES. *Curso de direito constitucional*. texto org. e atual. Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 291

¹²¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social*. Revista de Direito Público, v. 14, N 57/28, p. 236.

4.2 Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais

Em primeiro lugar, vale ressaltar que a aplicabilidade e a eficácia da norma estão interligadas. Afinal, a norma só será aplicável na medida em que for eficaz.¹²²

A aplicabilidade diz respeito à possibilidade que a norma possui de ser aplicada no mundo real, de produzir seus efeitos. Corresponde a sua potencialidade de aplicação. Nesse sentido, “se a norma não dispõe de todos os requisitos para sua aplicação aos casos concretos, falta-lhe eficácia, não dispõe de aplicabilidade. Esta se revela, assim, como possibilidade de aplicação. Para que haja essa possibilidade, a norma há que ser capaz de produzir efeitos jurídicos”.¹²³

A eficácia das normas, por sua vez, consiste na sua aptidão para produção de efeitos, para irradiar as conseqüências que lhe são próprias.¹²⁴ Segundo Pinto Ferreira corresponde ao “poder que têm as normas e atos jurídicos para a conseqüente produção de efeitos jurídicos próprios”.¹²⁵

Os doutrinadores clássicos falavam em ineficácia de certas normas jurídicas, que seria o resultado da não aplicação de normas constitucionais em razão da ausência de legislação ordinária posterior que garantisse sua concreta aplicação.

Contudo, hoje se entende que todas as normas possuem um mínimo de eficácia, ainda que possuam diferentes graus de aplicabilidade. Sendo assim, ainda que a norma dependa de legislação infraconstitucional e não possa ser aplicada de forma plena ao caso concreto, terá eficácia.

¹²² José Afonso da Silva, *Aplicabilidade, Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 51-60.

¹²³ *Ibid.* p. 60.

¹²⁴ BARROSO, Luiz Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.81.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 21. “A eficácia da norma jurídica tem como consequência automática o seu poder de gerar efeito jurídico, com maior ou menor grau, ou de maneira absoluta, ou plena, ou limitada, ou diferida, através de um comando, determinando um *agir* ou *não-agir*, uma conduta positiva ou uma omissão, e nesse caso com uma força paralisante sobre a norma que conflita com o comando determinado”.

Todas as normas jurídicas produzem efeitos, seja em maior ou em menor grau. Nesse sentido, conforme lição de José Afonso da Silva:

Não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da constituição a que aderem e a nova ordenação instaurada. O que se pode admitir é que a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se emitir uma norma jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida.¹²⁶

Nesse sentido, “todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia, sem exceção. Tal eficácia, no entanto, é passível de graduação, *conforme corresponda ou não à virtualidade da norma para atuar*. É dizer, a norma será de eficácia plena, quando idônea a produzir, por ela mesma, os resultados a que se preordena; será de eficácia parcial, quando as conseqüências por ela mesma provocadas ficarem aquém do seu desiderato”.¹²⁷

Desse modo, apesar de todas as normas constitucionais serem dotadas de alguma eficácia, não possuem a mesma possibilidade de produção de efeitos, algumas dependendo de lei posterior para ter eficácia plena. Há um gradualismo em relação a seus efeitos, cada norma constitucional tem uma eficácia diversa das outras.¹²⁸

¹²⁶ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. p. 82.

¹²⁷ BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p. 112.

¹²⁸ DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 120. “Há, portanto, um gradualismo na eficácia das normas constitucionais, por não serem idênticas quanto à produção de seus efeitos e à sua intangibilidade ou emendabilidade. (...) Há um escalonamento na intangibilidade e nos efeitos dos preceitos constitucionais, pois a Constituição contém normas com eficácia absoluta, plena e relativa. Todas têm juridicidade, mas seria uma utopia considerar que têm a mesma eficácia, pois seu grau eficaz é variável”.

4.3 Classificação das normas constitucionais quanto a sua eficácia

Existem diversas classificações apresentadas pela doutrina a respeito da aplicabilidade e da eficácia das normas constitucionais.

Manuel Gonçalves Ferreira Filho ainda adota a classificação da doutrina clássica – como Cooley e outros constitucionalistas americanos – e divide as normas em exeqüíveis por si só (ou auto-executáveis) e normas não exeqüíveis por si só. As primeiras podem ser aplicadas de imediato e ao passo que a aplicação das segundas depende de complementação de lei infraconstitucional.¹²⁹

Importante mencionar uma das classificações adotadas pelos doutrinadores, que divide a eficácia das normas em eficácia jurídica e social e em eficácia jurídica.

A eficácia jurídica¹³⁰ significa a aptidão da norma de produzir seus efeitos em relações concretas. Ainda que a norma não seja efetivamente aplicada, a eficácia jurídica já ocorre com sua mera edição, uma vez que revoga todas as normas anteriores e com ela incompatíveis.¹³¹

A eficácia social diz respeito a sua aplicação na prática, sua potencialidade para ser de fato aplicada a casos concretos.¹³² Depende da eficácia jurídica, ou seja, da sua potencialidade formal para incidir em casos concretos.¹³³

¹²⁹ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 387.

¹³⁰ Para J.H. Meirelles Teixeira eficácia jurídica tem como sinônimos as expressões aplicabilidade e executoriedade. *Curso de direito constitucional. texto org. e atual.* Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 289.

¹³¹ Temer, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 22ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 25.

¹³² *Ibid.* p. 25.

¹³³ FERREIRA, Luis Pinto. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 23. “A eficácia social da norma jurídica significa que a conduta humana se efetiva realmente de acordo com a própria norma; a norma é realmente seguida e aplicada; por trás dela está um fenômeno real de poder, que exige e comanda efetivamente a sua obediência. Pode ocorrer que uma norma tenha eficácia jurídica, mas não tenha eficácia social, não sendo efetivamente cumprida no mundo dos fatos, na realidade social. A eficácia jurídica designa a força que tem a norma jurídica de produzir os seus próprios efeitos na

Luiz Roberto Barroso chama a eficácia social de efetividade, que diz respeito a real produção de efeitos da norma no mundo concreto, ao fato de ser efetivamente aplicada. A efetividade, em suas palavras “representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social”.¹³⁴

Tércio Sampaio Ferraz Filho faz uma distinção entre o significado de eficácia e efetividade:

Por efetividade deve-se entender a observância verificada, a aplicação e a obediência ocorridas. A norma efetiva é a norma observada em larga extensão. Já a eficácia deve ser termo relacionado com as condições de aplicação e obediência, portanto àquelas condições que tornam a norma aplicável e obedecível. Pode-se, assim, dizer, de uma norma, já no momento inicial de sua vigência, se ela é eficaz, ainda que não tenha ocorrido de fato o fenômeno da sua aplicação e obediência.¹³⁵

Para Celso Ribeiro Bastos, as normas constitucionais são as que trazem mais problemas em relação a sua vigência e sua eficácia, já que muitas vezes não há uma coincidência perfeita entre o que está previsto na Constituição e o que de fato é vivenciado na sociedade que regula.¹³⁶

No que tange à eficácia jurídica, “significa que a norma está apta a produzir efeitos na ocorrência de relações concretas, mas já produz efeitos jurídicos na medida em que a sua simples edição resulta na revogação de todas as anteriores que com ela conflitam”.¹³⁷

Isso significa que embora a norma pode efetivamente produzir seus efeitos, mas ainda que não seja aplicada concretamente, ela é eficaz, uma vez que retira sua

regulação da conduta humana; indica uma possibilidade de aplicação da norma, a sua exigibilidade, a sua executoriedade como possibilidade”.

¹³⁴ BARROSO, Luiz Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 82-83.

¹³⁵ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Interpretação e estudos da Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1990, p. 15.

¹³⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo : Celso Bastos, 2002, p. 128.

¹³⁷ TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. p. 25.

eficácia da normatividade anterior e revoga todas as normas anteriores que não sejam compatíveis.

Tércio Sampaio Ferraz Filho ainda traz outra classificação: eficácia global e eficácia parcial. A eficácia global significa a efetiva aceitação das normas como um todo pela comunidade. Já a eficácia ou ineficácia parcial diz respeito a não aceitação de algumas normas ou grupo de normas.¹³⁸

Maria Helena Diniz, por sua vez, também traz uma classificação própria quanto à eficácia jurídica das normas constitucionais. A autora classifica as referidas normas em: normas supereficazes ou com eficácia absoluta; normas de eficácia plena; normas com eficácia relativa restringível; normas com eficácia relativa complementável ou dependente de complementação legislativa.

As normas supereficazes ou com eficácia absoluta são aquelas que não podem ser alteradas nem mesmo por meio de emenda constitucional. Como exemplo, pode-se citar as cláusulas pétreas.¹³⁹

As normas com eficácia plena podem ser alteradas por emenda constitucional, mas podem de imediato produzir todos os seus efeitos, sem necessidade de regulamentação infraconstitucional para tanto. Essas normas são aquelas que “consistem, por exemplo, naquelas que contenham proibições, confirmam isenções, prerrogativas e que não indiquem órgãos ou processos especiais para sua execução”.¹⁴⁰

As normas com eficácia relativa restringível podem ser aplicadas de forma imediata e plena, enquanto não for editada norma posterior que de alguma maneira restrinja o âmbito de sua eficácia.¹⁴¹

¹³⁸ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Interpretação e estudos da Constituição de 1988*. p. 15.

¹³⁹ DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 2006, p.112.

¹⁴⁰.*Ibid.* p.115.

¹⁴¹ *Ibid.* p. 116.

As normas com eficácia relativa complementável ou dependente de complementação legislativa dependem de uma legislação infraconstitucional posterior para que seja possível o exercício dos direitos nelas previstos. Enquanto não for editada a lei a norma constitucional terá eficácia, impedindo a produção de efeitos das normas anteriores incompatíveis ou a adoção de comportamentos que violem suas disposições. A autora divide essas normas em normas de princípio institutivo ou normas programáticas.¹⁴²

Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres de Britto fazem uma classificação própria no que tange à eficácia das normas.

Quanto à produção de efeitos, os autores falam em diferentes graus de eficácia das normas constitucionais e fazem uma separação entre eficácia plena e eficácia parcial.

As normas de eficácia parcial devem ser complementadas por uma lei para que preencha uma lacuna existente na norma constitucional. Já as normas de eficácia plena rejeitam a vontade do legislador inferior ou somente a admitem para restringir sua incidência.¹⁴³

No que tange a seu modo de incidência, classificam as normas em *normas de aplicação* e *normas de integração*. As normas de aplicação, por sua vez, são divididas em *irregulamentáveis* e *regulamentáveis* e as normas de integração em *normas complementáveis* ou *restringíveis*.

As normas de aplicação podem de imediato produzir seus efeitos, independem de regulamentação. Nas referidas normas “o enunciado prescritivo é completo e não necessita, para atuar concretamente, da interposição de comandos complementares. Dotam-se de aptidão suficiente para que se opere o fenômeno da

142 DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 117-119.

143 BASTOS, Celso Ribeiro e BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidades das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 59

subsunção dos fatos ocorrentes às respectivas hipóteses de incidência e, por isto, sua vontade não carece de integração, a nível subconstitucional”.¹⁴⁴

São normas de natureza inelástica, ou seja, trazem um núcleo compacto, nada podendo ser acrescentado por lei infraconstitucional, uma vez que possuem todos os elementos necessários a sua plena incidência a casos concretos.¹⁴⁵ São normas de eficácia plena.

Tendo em mente essa característica, as normas de aplicação podem ser classificadas como normas irregulamentáveis e normas regulamentáveis.¹⁴⁶

As normas irregulamentáveis são as que incidem diretamente sobre os fatos regulados e sua matéria é insuscetível de qualquer tratamento infraconstitucional, somente pode ser tratada a nível constitucional. São irregulamentáveis ainda que não proibam de modo expresse.¹⁴⁷

Em geral, as normas irregulamentáveis são referentes aos três poderes e a regulamentação das relações entre as pessoas políticas. No que tange aos direitos e garantias individuais será irregulamentável a norma sempre que o bem jurídico nela previsto somente exigir para seu respeito a não atuação do Poder Legislativo (BASTOS, 1982).¹⁴⁸

As normas de aplicação regulamentáveis, por sua vez, admitem regulamentação pelo legislador ordinário, desde que sirva como instrumento para sua melhor aplicação. Entretanto, não poderá haver alteração do conteúdo, do sentido ou do alcance da norma constitucional. Nesse sentido:

¹⁴⁴ *Ibid.* p. 36.

¹⁴⁵ BASTOS, Celso Ribeiro e BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidades das normas constitucionais*, p. 38-58.

¹⁴⁶ Os autores, Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres de Britto passam a se referir no fim da obra às normas regulamentáveis como normas de conteúdo e operatividade reforçada e às normas irregulamentáveis como normas de conteúdo e operatividade irreforçáveis.

¹⁴⁷ BASTOS, Celso Ribeiro e BRITTO, Carlos Ayres. *op. cit.* p. 39-40.

¹⁴⁸ *Ibid.* p. 44.

A relação que transcorre entre a norma regulamentada e a regulamentadora é, tão-só, de desdobramento dos aspectos externos da primeira. A legislação regulamentadora é marginal, ou de simples contorno, como diques que se levantam para mais rápido e seguro fluir da corrente constitucional (BASTOS, 1982, p. 45).¹⁴⁹

Sendo assim, a regulamentação das normas de aplicação por lei infraconstitucional é possível, desde que se trate de normas regulamentáveis e que não haja restrição do conteúdo da norma constitucional.

As normas de integração são aquelas que devem ser complementadas por leis infraconstitucionais. São normas que não são exeqüíveis em toda sua potencialidade, pois possuem alguma imprecisão ou uma deficiência normativa. Dependem de uma norma integradora de seu sentido, fazendo surgir uma unidade de conteúdo entre a legislação infraconstitucional e a norma constitucional.¹⁵⁰ Podem ser complementáveis ou restringíveis.

As normas complementáveis dependem de lei integrativa para a produção de seus efeitos, uma vez que possuem uma lacuna em relação a algum de seus elementos formadores que deve ser preenchida pela lei ordinária. É admitido um acréscimo ou complementação da vontade constitucional por meio de legislação infraconstitucional. São normas de eficácia parcial, já que dependem de regulamentação para produzir seus efeitos.¹⁵¹

As normas de integração podem ser também restringíveis se o legislador infraconstitucional puder reduzir ou restringir o conteúdo da norma constitucional. As referidas normas já eram plenamente aplicáveis mesmo sem a atividade do Poder Legislativo editar a lei integradora.¹⁵² Dependem de expressa previsão constitucional.

¹⁴⁹ *Ibid* p. 45.

¹⁵⁰ BASTOS, Celso Ribeiro e Britto, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidades das normas constitucionais*. p.48.

¹⁵¹ *Ibid*. p. 49.

¹⁵² *Ibid*. p. 51

A classificação mais adotada, entretanto, é a de José Afonso da Silva, que classifica as normas constitucionais em normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada ou reduzida.

As normas de eficácia plena são aquelas que desde a entrada em vigor da Constituição produzem todos os seus efeitos.¹⁵³ A norma é completa, ou seja, contem todos os elementos necessários para sua incidência direta¹⁵⁴. São normas de aplicabilidade direta, mediata e integral, pois são dotadas de todos os elementos necessários a sua executoriedade.

As normas de eficácia contida, assim como as normas de eficácia plena, produzem todos os efeitos objetivados e incidem de maneira imediata. Entretanto, como o nome já sugere, as referidas normas trazem a possibilidade de restrição de seus conteúdos, e, portanto de contenção de sua eficácia e de sua aplicabilidade (SILVA, 2003).¹⁵⁵ Enquanto não for editada a lei infraconstitucional, sua eficácia será plena.¹⁵⁶

Quanto a sua aplicabilidade, as normas podem ser classificadas em normas de aplicabilidade direta, imediata, mas não integral. Não produzem seus efeitos de modo integral, pois dependem de restrições ou regulamentações do legislador ordinário que limite sua eficácia e aplicabilidade.¹⁵⁷

As normas de eficácia limitada ou reduzida não produzem todos os seus efeitos essenciais, uma vez que dependem da atuação do Legislador ou de outro órgão do Estado para tanto, já que a norma constitucional não previu uma normatividade

153 SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. p. 60.

154 SILVA, José Afonso da. *op. cit.* p. 101. Citando J.H.Meirelles Teixeira, p. 317. As normas de eficácia plena são “aquelas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem, ou tem possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente quis regular”.

155 SILVA, José Afonso. *op. cit.* p. 82-104.

¹⁵⁶ *Ibid.* p. 116: “As normas de eficácia contida, portanto, são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos conceitos gerais nelas enunciados”.

¹⁵⁷ *Ibid.* p.83 e 116.

suficiente sobre a matéria. A legislação ulterior amplia o conteúdo da norma. São normas de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, dependem de lei integrativa para sua completa aplicabilidade e eficácia (SILVA, 2003).¹⁵⁸

As normas de eficácia limitada podem ser ainda divididas em normas programáticas e normas declaratórias de princípios institutivos ou organizativos.

As normas constitucionais de princípio institutivo são “aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei”. Podem ser impositivas ou facultativas (SILVA, 2003, p. 126).¹⁵⁹

As normas de princípio programático são linhas diretoras, programas pelos quais deve se orientar a atuação do Poder Público. O constituinte não regula de forma direta essas normas, apenas traça princípios que devem ser cumpridos pelo Estado, visando à realização de fins sociais. Algumas normas programáticas podem indicar a necessidade de legislação futura para a realização do fim previsto, outras não.¹⁶⁰ Trazem os elementos sócio-ideológicos da constituição, os fins e os objetivos do Estado (SILVA, 2003).¹⁶¹

Para Canotilho (2009), não se pode dizer que hoje existam normas constitucionais programáticas. O autor afirma que ainda há normas-programas, que impõe uma atividade ao Estado, mas que hoje o sentido dado a essas normas é o mesmo dado aos demais preceitos constitucionais.

As referidas normas, ainda que dependentes de atividade legiferante, possuem força normativa e eficácia vinculativa: vinculam o legislador e todos os órgãos concretizadores à sua realização e trazem limites negativos a sua atuação, que não

¹⁵⁸ *Ibid.* p. 82-83.

¹⁵⁹ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. p. 126.

¹⁶⁰ *Ibid.* p. 137-147.

¹⁶¹ *Ibid.* p. 139.

pode contrariar suas disposições sob pena de inconstitucionalidade (CANOTILHO, 2009).¹⁶²

4.4. Eficácia e aplicabilidade das normas de família na Constituição

Feito um estudo acerca da eficácia e da aplicabilidade das normas constitucionais, trataremos agora desse tema em relação à família tutelada pela Constituição Federal. Iremos nos ater apenas aos dispositivos que tratam especificamente sobre a instituição familiar (e não sobre o direito de família como um todo), quais sejam, o art. 226 e alguns de seus parágrafos.

O artigo 1º da Constituição, que prevê o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República também é de eficácia plena. Produz seus efeitos de imediato, sem necessidade de lei integradora. Por isso, desde sua entrada em vigor toda família já pode exigir seu tratamento com base na dignidade humana.

No que tange às normas constitucionais que expressamente tratam da família, dispõe o art. 226, *caput* que “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Na classificação de José Afonso da Silva (2003) trata-se de norma programática, que se refere ao Poder Público. Isso porque impõe um dever ao Estado de proteção da família, é um compromisso que deve ser assumido, tendo como fim a justiça social.

Neste caso, a Constituinte apenas traçou princípios que devem ser cumpridos pelo Estado, que tem o dever de dar proteção à família, mas não regulou direta e imediatamente como deve ser feita essa proteção, quais os programas que devem ser adotados para tanto. Apenas impõe essa obrigação ao Estado, que pode editar leis ou atuar de maneira positiva para atender à finalidade trazida pela norma. O

¹⁶² CANOTILHO. J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 7 edição. 1993, p. 183 a 185.

amparo a família é de interesse social e regulado por norma programática(SILVA, 2003).¹⁶³

Trata-se de norma programática que se encontra no limiar da plena eficácia, e dela surge interesse legítimo para buscar sua proteção pelo Poder Judiciário.¹⁶⁴ Ainda que não preveja expressamente a necessidade de lei posterior, estabelece uma finalidade que requer sua satisfação através de uma atuação positiva do Estado (SILVA, 2003).¹⁶⁵

O art. 226, §2º, por sua vez, é uma norma de eficácia contida e aplicabilidade imediata. Assim dispõe o referido artigo: “O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei”.

Trata-se de norma plenamente aplicável desde a promulgação da Constituição, mas que pode ter seus efeitos e sua abrangência reduzidos em virtude de lei posterior que venha a regular os efeitos civis do casamento religioso.¹⁶⁶

O art. 226, §3 prevê que “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

Trata-se de norma de eficácia plena, já que não precisam de legislação para produzir seus efeitos, pode incidir de modo imediato. A exigência da elaboração de lei para facilitar a conversão da União estável em casamento tem como fim a melhor aplicação do dispositivo constitucional, (que já tem eficácia plena), e não a redução de seu conteúdo.

Por fim, o art. 226 ainda prevê:

Art. 226: § 1º: O casamento é civil e gratuita a celebração
§ 2º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

163 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. p. 151.

164 *Ibid.* p.177.

165 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 84.

166 Os efeitos civis do casamento estão regulados pela Lei nº. 11.110/50 e Lei nº. 6015/73, arts. 71 a 75.

Ambos os artigos são de eficácia plena, ou seja, são normas completas que contêm todos os elementos necessários para sua imediata aplicação e produção de efeitos, não sendo necessária lei integradora de seu sentido.

Pode-se dizer que segundo classificação de Celso Bastos e Carlos Ayres (1982), são normas de mera aplicação regulamentáveis, uma vez que lei infraconstitucional pode legislar sobre o assunto, desde que seja no sentido de ampliação desses direitos, não podendo nunca haver uma restrição, o que iria de encontro à vontade constitucional. E é isso o que ocorre de fato, como a lei nº. 9278/96, que regula a União Estável e a recente lei nº. 11.698/08, que regulamenta a guarda compartilhada.

Diante do exposto, as normas que eventualmente regulamentem os dispositivos que tratam da família devem ter como fim garantir toda a potencialidade de produção de efeitos da norma constitucional e garantir sua melhor aplicação. Devem estar de acordo com a vontade constitucional que busca sua proteção.

CAPÍTULO III – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O DIREITO DAS FAMÍLIAS.

1. Princípios constitucionais e direitos fundamentais correlacionados ao direito de família.

1.1 Os princípios constitucionais

Dentre todos os princípios e direitos previstos por nossa Constituição Federal, a liberdade, a igualdade e a dignidade da pessoa humana assumem papel relevante para a interpretação e aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais. Por ser o norte a ser seguido na aplicação de todo o ordenamento jurídico, em razão de sua supremacia jurídica, deve-se respeitar os referidos direitos na aplicação de qualquer norma infraconstitucional, bem como das próprias normas constitucionais.

Sendo assim, ao se concretizar determinada lei, deve-se ter em vista que referidos princípios constitucionais nunca podem ser desrespeitados. Mais do que isso, a efetividade dos princípios e valores que orientam nossa Constituição deve ser buscada através da aplicação de qualquer norma jurídica.

Segundo dispõe Celso Bastos (2002, p. 80),

princípio é por definição, o mandamento nuclear de um sistema, ou se preferir, o verdadeiro alicerce dele. Trata-se de disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhe o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência ¹⁶⁷.

Indicam, os princípios, os valores a serem seguidos e os fins que devem ser alcançados pelo aplicador do direito, pois são dotados de maior fundamento ético, carga valorativa e concepções filosóficas e ideológicas do que as regras. Possuem alto grau de abstração, são conceitos vagos e indeterminados. Trata-se de normas de

¹⁶⁷ BASTOS, Celso, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo : Celso Bastos, 2002, p. 80.

natureza estruturante do ordenamento jurídico, fundamentados nas exigências de justiça, constituindo, assim, a *ratio* de todas as regras jurídicas (CANOTILHO, 2009)¹⁶⁸. Em virtude de seu maior nível de indeterminação, podem ser aplicados em uma diversidade de casos concretos, irradiando-se por todo o sistema jurídico, diferentemente das regras, que incidem em circunstâncias pontuais.¹⁶⁹ Em razão de seu maior grau de abstração, os princípios podem incidir sobre uma pluralidade de situações, ao passo que as regras têm uma incidência mais restrita às situações às quais se dirigem (BARROSO, 2009)¹⁷⁰. Por esse motivo, os princípios são os vetores de interpretação de todo o ordenamento jurídico positivado e possuem o poder de aumentar a abrangência das normas constitucionais.

Destaca-se, portanto, que a textura aberta dos princípios permite a ‘respiração’ da Constituição e sua legitimidade entrevê-se na idéia de que os princípios consagram os valores fundamentais da ordem jurídica, possibilitando que a Constituição possa ser realizada de forma gradativa, de acordo com as situações atuais (CANOTILHO, 2009).¹⁷¹

Pode-se dizer que os princípios passaram a informar toda a ordem jurídica, em especial no momento atual, em que a interpretação deve dar-se a partir da Constituição Federal, que é a lei suprema, para as leis inferiores. Ao serem utilizados na interpretação do direito das famílias, não podem afastar da proteção constitucional as múltiplas entidades familiares socialmente constituídas, uma vez que revelam os valores mais importantes da ordem jurídica e da sociedade.

¹⁶⁸ CANOTILHO, J.J. GOMES, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição, Coimbra: Livraria Almedina, 2009.p.1160-1161.

¹⁶⁹ Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*, 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 91. “As normas são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, as pessoas ou entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem. Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] ‘núcleos de condensação’, nos quais confluem valores e bens constitucionais”.

¹⁷⁰ BARROSO, *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 7ª ed. 2009, p.352.

¹⁷¹ CANOTILHO, J.J. GOMES, *op.cit.* p.1163.

Nesse sentido:

Os princípios constitucionais consubstanciam-se em valores, mas muito genéricos, em torno dos quais gravita todo o conjunto de regras sobre as quais incidirão.¹⁷²

Os princípios, em razão de sua superioridade, devem prevalecer sobre as normas constitucionais e, por essa razão, devem se estender a todo o ordenamento jurídico (GAMA, 2008)¹⁷³. Conforme foi acentuado, os princípios consagrados no texto constitucional servem como objeto da interpretação constitucional (quando seu conteúdo deve ser perquirido) e como diretriz, guia para nortear toda a atividade interpretativa (BASTOS, 2002).¹⁷⁴

Segundo Luis Roberto Barroso (2009, p.155),

*o ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui.*¹⁷⁵

Para Michel Temer (2007, p. 25),

*a interpretação de uma norma constitucional levará em conta todo o sistema, como positivado, dando-se ênfase, porém, para os princípios que foram valorizados pelo constituinte. Também não se pode deixar de verificar qual o sentido que o constituinte atribui às palavras do texto constitucional, perquirição que só é possível pelo exame do todo normativo, após a correta apreensão da principiologia que ampara aquelas palavras.*¹⁷⁶

¹⁷² BASTOS, Celso Ribeiro. *Heremênutica e interpretação constitucional*, 3ª ed. São Paulo : Celso Bastos. 2002, p.167.

¹⁷³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios Constitucionais de Direito de Família. Guarda Compartilhada à luz da Lei nº 11.698/08. Família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Ed. Atlas. 2008. p. 120.

¹⁷⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Heremênutica e interpretação constitucional*, p.144.

¹⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição*.p. 155.

¹⁷⁶ TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 22ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007. p.. 25.

Portanto, constituem limitações à atividade interpretativa, na medida em que não se lhes pode interpretar em sentido que lhes seja contraditório, o que confere segurança à atividade interpretativa.

Não pode haver na Constituição normas que se contradigam. Entretanto, pode ocorrer que no caso concreto um princípio se choque com outro, devendo-se o intérprete se utilizar da ponderação dos princípios para solucionar a situação real, verificando qual trará a melhor solução possível ao caso concreto, garantindo a harmonia do sistema.¹⁷⁷

Sendo assim, para a aplicação das normas de famílias previstas na Constituição não basta a mera interpretação do texto em sua literalidade. O aplicador do direito deve analisar todo o sistema de direito de família previsto pela Constituição em conjunto com os princípios constitucionais e direitos fundamentais que também estão previstos constitucionalmente. Quando da aplicação de qualquer norma relativa ao direito das famílias, deve-se verificar se tal norma está de acordo com os princípios e normas da Constituição, não podendo com elas entrar em conflito.¹⁷⁸

Três são os mais importantes princípios constitucionais regentes das relações familiares: o da dignidade da pessoa humana, o da liberdade e o da igualdade.

O princípio da dignidade da pessoa humana pode ser concebido como estruturante e conformador dos demais, nas relações familiares (LOBO, 2003, p. 209).¹⁷⁹

¹⁷⁷ Para BARROSO, Luís Roberto, a ponderação significa que diante do caso concreto o intérprete deve determinar o peso que cada princípio irá desempenhar na hipótese, através de concessões recíprocas, preservando o máximo de cada um. *in Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 7ª ed. 2009, p.354.

¹⁷⁸ “A Constituição de 1988 inaugurou um sistema de novos princípios para avaliar as relações familiares, como fundamento hermenêutico para afastar, inclusive, normas de legislação ordinária que destoam dessa nova orientação”, cf. SEREJO Lorival, *Direito Constitucional da Família*, Belo Horizonte: ed. Del Rey, 2004, p. 7.

¹⁷⁹ LOBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: atualidades*. Coordenadores César Fiúza, Maria de Fátima Freire de Sá, Bruno Torquato de Oliveira Naves, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.209.

Por fim, vale ainda fazer uma análise com relação à eficácia de alguns princípios que fundamentam a família brasileira. Nesse sentido, as normas constitucionais que prevêm os direitos fundamentais na Constituição Federal - e dentre elas estão previstos o direito a igualdade e a liberdade, que dão fundamento à instituição da família atual - podem ser classificadas como normas de eficácia plena (na classificação de José Afonso da Silva (2003) ou de mera classificação (na classificação adotada por Celso Bastos e Carlos Ayres Brito (1982) conforme previsão expressa do art. 5º, §2º ao dispor que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata”.¹⁸⁰

Tendo em vista todo o exposto passaremos a analisar alguns princípios importantes para a interpretação e aplicação das normas da família previstas na Constituição, os quais permitem uma visual mais aberta e plural do instituto, permitindo assim a inclusão de novas espécies de família sob a égide constitucional.

1.2 O Preâmbulo da Constituição de 1988

Em primeiro lugar, é importante esclarecer que o preâmbulo constitucional não é um princípio propriamente dito. Entretanto, nele estão contidos os princípios fundamentais de nossa Nação, bem como os ideais que orientaram a elaboração do texto constitucional.

Por conseguinte, o preâmbulo da Constituição Federal, apesar de não possuir força normativa, deve servir de vetor de interpretação aos aplicadores do direito, uma vez que é um norte para a compreensão da ideologia e dos valores que orientaram

¹⁸⁰NETTO LOBO Paulo Luiz, em *Direito Civil: atualidades*. Coordenadores César Fiúza, Maria de Fátima Freire de Sá, Bruno Torquato de Oliveira Naves. p. 207: “No caso de direito de família, os preceitos da Constituição que impõe a igualdade entre homem e mulheres entre os cônjuges são auto-excutáveis e bastantes entre si”.

o Poder Constituinte originário para a elaboração da Constituição. Assim, prolonga no tempo o espírito do momento constituinte (BARROSO, 2009).¹⁸¹

O preâmbulo também é um importante instrumento à disposição dos intérpretes da Constituição, uma vez que demonstra as intenções por detrás do texto constitucional, assim como os objetivos que devem ser alcançados a partir da aplicação das normas constitucionais. Através de sua leitura, é possível compreender os bens jurídicos que a Constituinte visava proteger quando do advento da Constituição.

Nesse sentido, o preâmbulo, que deve servir de norte ao aplicador e aos intérpretes da Constituição, afirma que o Estado Democrático de Direito brasileiro é destinado a assegurar o exercício dos direitos individuais e sociais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, a igualdade e a justiça, como valores supremos.¹⁸²

Desse modo, fica claro que o Estado brasileiro tem como fim assegurar a igualdade entre os homens, os direitos individuais e a busca pela justiça social. Assim, o preâmbulo traz em seu corpo os objetivos a serem cumpridos por nosso Estado, que são justamente a razão da criação de nossa Constituição Federal.

Como ensina Celso Bastos, é possível obter no preâmbulo alguns vetores para a atividade interpretativa, pois na maioria das vezes consagram declarações principiológicas, de caráter geral. Introduce o que será acolhido e desenvolvido no texto constitucional e oferece os fundamentos básicos, em razão dos quais está se promulgando a Constituição, retrata o momento de promulgação da Carta. Não é uma fonte normativa, mas desempenha um importante papel na interpretação do texto

¹⁸¹ BARROSO, Luis Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 7ª ed, p. 138.

¹⁸² Preâmbulo da Constituição Federal de 1988: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

constitucional, pois fornece elementos que facilitam a compreensão do momento histórico-político da elaboração da Lei Maior¹⁸³.

Portanto, os motivos e princípios trazidos pelo preâmbulo não podem ser ignorados no momento da aplicação e da interpretação das normas constitucionais.

1.3 Igualdade

A Constituição Federal prevê como um de seus princípios fundamentais a isonomia. Pode-se dizer, portanto, que o princípio da igualdade, como consta do preâmbulo, é uma das bases estruturais de nossa Constituição e um dos mais importantes direitos fundamentais do homem. É um dos princípios estruturantes do regime geral dos direitos fundamentais.¹⁸⁴ É informador de todos os demais direitos e, por essa razão, está previsto no *caput* do art. 5º o qual dispõe que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Sendo assim, é preciso que todos os direitos previstos constitucionalmente sejam de fato assegurados a todos os indivíduos (que são titulares desses direitos), independentemente de suas diferenças e peculiaridades, para que o Estado cumpra plenamente o direito à igualdade formalmente previsto na Constituição, cumprindo assim com as funções para as quais foi instituído.

Importa diferenciar a igualdade formal da chamada igualdade material. A igualdade material é a chamada igualdade perante a lei. Trata-se da igualdade concreta, efetiva. Dirige-se ao Poder Executivo e ao Poder Judiciário no momento de aplicação da lei.¹⁸⁵ Já a igualdade formal corresponde à igualdade de tratamento na lei, que procura tratar todos de modo igual.

¹⁸³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*, São Paulo : Celso Bastos. 3ª ed. 2002, p.145-149.

¹⁸⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 2009, p. 426.

¹⁸⁵ *Ibid.* p. 427: igualdade na própria lei “é um postulado de racionalidade prática: para todos os indivíduos com as mesmas características devem prever-se, através da lei, iguais situações ou resultados jurídicos.

A igualdade substancial diz respeito a uma igualdade real entre os homens, uma igualdade material. Essa igualdade é de difícil realização, em virtude das naturais diferenças existentes entre os homens, bem como as próprias estruturas políticas, sociais e econômicas. Está presente nas normas programáticas, que determinam os fins e metas a serem alcançados pelo estado, de acordo com os fundamentos e objetivos da República. A igualdade formal, por sua vez, é o direito de ter a igualdade garantida pela lei, somente podendo ser desigualado de acordo com critérios previstos pela Constituição Federal.

No que tange ao princípio da igualdade, não basta se garantir a isonomia formal, conforme prevê o art. 5º, caput da Constituição. Para que o direito seja atendido em sua integralidade é preciso que se assegure também a isonomia material. A lei geral e abstrata leva em conta apenas a igualdade formal dos indivíduos. Por isso o Estado tem que criar condições específicas, que levem em conta as diferenças nos diversos grupos sociais, para que possa ser alcançada de fato a igualdade material.

Entretanto, para que a isonomia seja atendida não bastam discriminações formais na Constituição, é preciso também que haja uma efetiva atuação do Estado para tornar efetivos esses direitos. Cabe ao Estado assegurar o pleno exercício desses direitos.

É dever do Poder Legislativo a atividade de criar leis que complementem a Constituição quando necessário para possibilitar o efetivo exercício dos direitos constitucionalmente previstos e para satisfazer os fins constitucionais. O Poder Judiciário, por sua vez, tem o dever de realizar a sua aplicação e interpretação de acordo com o contexto constitucional e com a realidade social. O Poder Executivo tem a obrigação de não lesar direitos dessa natureza e de atuar para assegurá-los.

Conforme dispõe o artigo 1º de nossa Constituição, o Brasil é um Estado Democrático de Direito. A igualdade é o fundamento da democracia e deve orientar as relações sociais entre os homens e atuação do Estado. Trata-se de um princípio base de nossa Constituição, fundamentada na orientação democrática que norteou a elaboração do texto constitucional de 1988.

Nesse sentido, como todos têm direito a igualdade e a uma vida digna, é preciso que haja uma conscientização de toda a sociedade de que existem outros tipos de família além da tradicional família marital.

Para tanto, é preciso que haja uma intervenção do próprio Estado e atuação mais efetiva de nosso Poder Judiciário e Poder Legislativo para assegurar por meio de leis e decisões judiciais as mudanças ocorridas na sociedade e a evolução do conceito de família, garantindo assim uma sociedade mais justa, de modo a assegurar as mesmas oportunidades e condições necessárias ao exercício de direitos a todos. Esse direito à inclusão social envolve as novas formas de famílias, que acabam sendo excluídas de muitos outros direitos.

Em nome do princípio da igualdade é necessário reconhecer direitos a quem a lei ignora. Preconceitos e posturas discriminatórias, que tornam silenciosos os legisladores, não podem levar também o juiz a se calar (DIAS, 2007, p. 63).¹⁸⁶

É permitido que a lei faça certas discriminações, desde que se verifique quais discriminações são expressamente vedadas pela Constituição, já que só ela pode determinar quais são as situações que poderão ser discriminadas, assim como os critérios de discriminação. A discriminação não pode surgir de modo arbitrário, embasada em qualidades pessoais, já que, naturalmente, todos os homens são diferentes uns dos outros. Não pode haver discriminação infundada.¹⁸⁷

A Constituição não apenas enuncia a igualdade perante a lei, mas também a igualdade entre homens e mulheres, além de vedar distinções de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação. Só podem existir distinções autorizadas pela Constituição.¹⁸⁸ A interpretação da lei não pode fomentar condutas discriminatórias por

¹⁸⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, 4ª edição, Editora revista dos Tribunais, 2007. p. 63.

¹⁸⁷ Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, São Paulo : Celso Bastos, 2002, p. 322: “Dessa forma, a atual redação, ao não especificar quais os critérios vedados, deixa certo que o caráter inconstitucional da discriminação não repousa tão-somente no critério escolhido, mas na falta de correlação lógica entre aquele critério e uma finalidade ou valor encampado quer expressa ou implicitamente no ordenamento jurídico, quer ainda na consciência coletiva”.

parte dos aplicadores do direito. A diversidade deve ser contemplada pelo ordenamento jurídico, e não rechaçada.

Nesse sentido, a multiculturalidade é um fator relevante para se compreender o avanço das diversas formas de família. Isso porque a desigualdade é própria do ser humano.

Surge, nesse novo milênio, a necessidade de se aprender a respeitar e conviver com as diferenças. Cidadania – palavra de ordem da atualidade – significa inclusão, principalmente de amor e afeto nas relações familiares. Nela é proibido excluir aqueles que são diferentes, aceitando-se e respeitando-se as mais diversas formas de representações sociais de família (PENA JR., 2008, p. 1)¹⁸⁹

O princípio da igualdade não desconsidera as diferenças naturais e culturais que existem entre as famílias e seus integrantes, já que não exclui o reconhecimento do direito à diferença.¹⁹⁰ Juntamente com o direito à igualdade nasce o direito à diferença, o que significa que a igualdade deve ser assegurada com respeito à diversidade (PIOVESAN, 2006).¹⁹¹

A diversidade faz parte da condição humana e esse fator é de extrema relevância para a compreensão das novas famílias, cada uma com suas próprias características e peculiaridades.¹⁹²

¹⁸⁸ Nesse sentido, Cf. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional positivo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 216: “Quando se diz que o legislador não pode distinguir, isso não significa que a lei deva tratar todos abstratamente iguais, pois o tratamento igual – esclarece Petzold – não se dirige a pessoas integralmente iguais entre si, mas àquelas que são iguais sob os aspectos tomados em consideração pela norma, o que implica que os “iguais” podem diferir totalmente sob outros aspectos ignorados ou considerados como irrelevantes pelo legislador. Este julga, assim, como “essenciais” ou “relevantes”, certos aspectos ou características das pessoas”.

¹⁸⁹ PENA JR., Moacir Cesar. *Direito das pessoas e das famílias: doutrina e jurisprudência*, São Paulo : Saraiva. 2008, p.1.

¹⁹⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios Constitucionais de Direito de Família. Guarda Compartilhada à luz da Lei nº 11.698/08. Família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Ed. Atlas. 2008, p.71.

¹⁹¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 178.

¹⁹² Em outras palavras, “personas provenientes de distintos pueblos y creencias religiosas, cada uno de los cuales comporta formas familiares com sus particularidades y características propias”, Ricardo C.

Portanto, o reconhecimento dos direitos das minorias garante que todas as formas de família sejam respeitadas e dignas de proteção jurídica. Pode haver distinção entre as diferentes espécies de família, mas nunca uma situação de hierarquia ou de discriminação:

Neste sentido, por mais que se entenda que a maior parte das pessoas se desenvolvem em núcleos sociais fundados no matrimônio, isso não é óbice para não reconhecer que há outras pessoas que escolhem não se casarem e que por sua qualidade de pessoas – independentemente de seu estado civil – necessitam de uma proteção mínima de direitos¹⁹³

1.4 Liberdade

O direito a liberdade é muito amplo e abrange diversos sentidos. Desse modo, a Constituição de 1988 houve uma ampliação da liberdade dos indivíduos, estando previstas e garantidas de modo expreso: o direito a liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV e V); liberdade de consciência, crença culto (art. 5º, IV e V); liberdade de atividade intelectual artística, científica ou de comunicação (art. 5º, IX); liberdade de escolha da profissão (art. 5º, XIII); liberdade de informação (art. 5º, XIV e XXXIII); liberdade de locomoção (art. 5º, XV e LXI); assim como a liberdade de ação (art. 5º, II).¹⁹⁴

Como pode ser visto o conceito de liberdade é amplo e pode ensejar diversas significações.

Pérez Manrique, *Nuevas formas familiares: demografía y derecho de familia in A família além dos mitos*, Maria Berenice e Eliene Ferreira Bastos coord.. Belo Horizonte : Ed. Del Rey. 2008, p. 260.

¹⁹³ HERRERA, Marisa, *Filiación, adopción y distintas estructuras familiares em los albores Del siglo XXI in A família além dos mitos*, p. 158. “Em este sentido, por más que se entienda que la mayor parte de las personas se desarrollan em núcleos sociales fundados em El matrimonio, ello no es óbice para desconocer que hay otras personas que eligen no casar y que por su calidad de personas – independentemente de su estado civil – necesitan de una protección mínima de derechos”.

¹⁹⁴ Cf. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *in Direito Civil: Atualidades*. Coordenadores César Fiúza, Maria de Fátima Freire de Sá, Bruno Torquato de Oliveira Naves, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 234. “Ora, as mudanças e transformações nos rumos e formas de constituição da família atual são apenas a expressão e reivindicação da ampliação do espaço de liberdade das pessoas. E a liberdade é um dos pilares que sustentam o Direito’. Rodrigo da Cunha Pereira *in Direito Civil: Atualidades*. Coordenadores César Fiúza, Maria de Fátima Freire de Sá, Bruno Torquato de Oliveira Naves, p. 234.

Em Aristóteles a liberdade é autodeterminação, corresponde ao poder pleno e incondicional da vontade para determinar a si mesma, sem que haja qualquer constrangimento externo ou interno, ou seja, como uma capacidade do homem que não encontra obstáculos para se realizar e não é forçada para agir (CHAUÍ, 2000).¹⁹⁵

Kant definia a liberdade como autonomia. Para ele, a liberdade é o único direito inato, pois é transmitido ao homem pela natureza, e não por uma atividade constituída. Portanto, a liberdade seria a independência do homem em face de qualquer tipo de constrangimento imposto por outra pessoa, sendo que todos os demais direitos nela estão compreendidos (BOBBIO, 2004).¹⁹⁶

Para Hannah Arendt (2002) a liberdade se manifesta na ação. O Homem só é livre enquanto age, nem antes, nem depois, pois ser livre e agir é a mesma coisa.¹⁹⁷

Nesse sentido, importante mencionarmos o conceito de José Afonso da Silva acerca da liberdade:

O conceito de liberdade humana deve ser expresso no sentido de *um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade*. Prossegue ainda propondo que “liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização pessoal (SILVA, 2008, p. 233).¹⁹⁸

Como já foi dito, o direito a liberdade é amplo, não se pode restringir a liberdade que cada pessoa possui de escolher a família que quer formar, a quem amar e com quem quer compartilhar uma vida. O direito à liberdade hoje também significa o direito que cada ser humano tem de reger sua própria vida, sem qualquer intervenção estatal ou privada. Sendo assim, pode-se dizer que o direito a liberdade abrange, também a liberdade de escolha de sua própria família.¹⁹⁹

¹⁹⁵ CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo : Ática. 2000, p. 360.

¹⁹⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. São Paulo: Campus. 8ª Tiragem. 2004, p. 49 -68.

¹⁹⁷ ARENDT, Hannah, *Entre o passado e o futuro*, Perspectiva, 2002.p.199.

¹⁹⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 233.

Portanto – diz – a autonomia da vontade, como exercício da liberdade individual, no âmbito da família, tem hoje uma extensão antes impensada. Estimamos, por consequência, que um princípio jurídico da nova geração é o reconhecimento da liberdade do indivíduo para formar o tipo de família que queira (...) ou que possa já que é inegável considerar em nossos dias os limites em que devemos respeitar a maneira como as pessoas orientam suas próprias vidas²⁰⁰

A família é a base de apoio do ser humano, responsável diretamente pela formação da personalidade do homem. Portanto, nada mais natural que se assegure a todos o direito de escolher quem fará parte dessa unidade familiar, os valores a serem adotados e o planejamento familiar a ser seguido. Assegura-se, portanto, a liberdade de constituir uma família, seja ela qual for. Ao direito de constituir uma família deve corresponder o direito de escolher qualquer modelo de entidade familiar. A Referida liberdade favorece o sucesso nas relações afetivas, evitando-se um número maior de dissolução dos vínculos familiares.

Desse modo, pode-se dizer que diante do princípio da liberdade o legislador deve respeitar as escolhas pessoais de cada um, tendentes a sua realização pessoal e da busca pela felicidade. Nesse sentido, não pode haver qualquer discriminação com relação aos novos modelos de família existentes, ainda que não estejam previstos de modo expreso na Constituição, já que todos possuem o direito a liberdade de escolha de sua própria família.

O homem deve ser capaz de escolher seu próprio caminho, de tomar suas próprias decisões sem que haja qualquer influência de terceiros em suas ações.

¹⁹⁹ DIAS, Maria Berenice, Manual de *Direito das famílias*, 4ª edição, Editora revista dos Tribunais, 2007. p. 61. “Os princípios da liberdade e da igualdade, no âmbito familiar, são consagrados em sede constitucional. Todos têm a liberdade de escolher o seu par, seja do sexo que for, bem como o tipo de entidade que quiser para constituir sua família.”

²⁰⁰ Miguel Angel Soto Lamadrid, citando Maria Virginia Bortoldi de Fourcade. Principios Jurídicos aplicables a la familia del fin de siglo. X Congreso internacional de derecho de familia. Mendoza, Argentina 1998. p.9, em *La evolución Del Derecho de familia em America Latina, in A familia além dos mitos*, p. 208. “Por lo tanto – dice – la autonomia de la voluntad, como ejercicio de la libertad individual, em el ámbito de la familia, tiene hoy una extension antes impensada. Estimamos, em consecuencia, que un principio jurídico de la nueva generación es El reconocimiento de la libertad del individuo para formar el tipo de familia que quiera...o que pueda ya que resulta ineludible considerar en nuestros dias los limites em que debemos respetar los términos em que las personas disenar sus propias vidas”.

O princípio da liberdade está relacionado à autonomia privada que cada pessoa deve ter para a constituição, manutenção ou dissolução de uma entidade familiar, bem como os valores culturais e religiosos que serão transmitidos a seus integrantes (GAMA, 2008).²⁰¹

Ninguém deve ser obrigado a constituir uma família de acordo com o que determinada parcela da sociedade entende por entidade familiar, pois a família deve estar de acordo com os ideais e necessidades de cada pessoa, servindo como instrumento de formação pessoal e de realização da felicidade. Pertence a todos o direito de entrar para o mundo das famílias e, conseqüentemente, de escolher um modelo de família capaz de proporcionar o desenvolvimento e realização pessoal de seus membros e que esteja de acordo com suas tradições, valores e interesses.

1.5 Dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana já era tratada de modo expreso nos Tratados Internacionais que versam sobre direitos humanos, políticos e sociais e aparece na Constituição de 1988 como um dos fundamentos do Estado brasileiro. Nesse sentido, o Estado deve ter como finalidade garantir a todos uma vida digna. Afinal, a dignidade da pessoa humana não é somente um fundamento da República Federativa do Brasil, como também a base de todos os direitos fundamentais.

A dignidade humana é inerente a todos, independe de previsão legal. Entretanto, sua expressa previsão constitucional lhe garante maior efetividade e proteção.²⁰² Ademais, por se tratar de fundamento de nossa República, a dignidade da

²⁰¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios Constitucionais de Direito de Família. Guarda Compartilhada à luz da Lei nº 11.698/08. Família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Ed. Atlas. 2008, p.75.

²⁰² Cf. CAMARGO, Marcelo Novelino. *O Conteúdo Jurídico da Dignidade da Pessoa Humana*, p. 156, in: *Leituras Complementares de Direito Constitucional : Direitos Humanos e Direitos Fundamentais*, organizador Marcelo Novelino, Editora JusPodivm, 3ª edição. 2008 “A dignidade da pessoa humana não é um direito concedido pelo ordenamento jurídico, mas um atributo inerente a todos os seres humanos, independentemente de sua origem, raça, sexo, cor ou quaisquer outros requisitos. A consagração no

pessoa humana deve nortear a interpretação e aplicação de todas as demais normas constitucionais, sempre devendo ter como fim a realização da justiça social.

Para Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 60), a dignidade da pessoa humana é

qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável.²⁰³

Nas palavras de Fábio Konder Comparato (apud TAVARES, 2001, p.21)

a dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita.²⁰⁴

Para Kant, as pessoas devem existir como um fim em si mesmo e jamais como um meio, a ser arbitrariamente usado para este ou aquele propósito.²⁰⁵

O princípio da dignidade da pessoa humana está previsto expressamente no art. 1º, III da Constituição Federal, tendo sido elevado a princípio fundamental do Estado Democrático de Direito.

plano normativo constitucional significa tão-somente o dever de promoção e proteção pelo Estado, bem como de respeito por parte deste e dos demais indivíduos.

²⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang, Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001, p. 60.

²⁰⁴ Fábio Konder Comparato, A afirmação histórica dos direitos humanos, 2ª edição, São Paulo, Saraiva, 2001. p. 21 *apud* André Ramos Tavares, Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, p. 14. in ARAUJO, Luiz Alberto David. *15 anos da Constituição Federal em busca da efetividade*. Araujo, Luiz Alberto David e Segalla, José Roberto Martins (coord. Editorial). Faculdade de Direito de Bauru. 2003.

²⁰⁵ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p.29.

Em virtude da relevância desse princípio em nosso ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana é um importante vetor de interpretação diante de casos concretos, irradiando-se para todo o conjunto de normas constitucionais, bem como sobre as normas infraconstitucionais.²⁰⁶

Com relação ao direito das famílias, a Constituição passa a proteger, em primeiro lugar, a dignidade da pessoa humana dos membros que compõe a instituição familiar. A dignidade da pessoa humana se torna um princípio a ser seguido pelo Estado no exercício de suas funções. As funções familiares de procriação, economia, patrimônio e religião ficam em segundo plano, sendo o afeto, a busca pela felicidade, o desenvolvimento da personalidade humana e a realização da dignidade humana o principal fim da instituição familiar. A pessoa humana passa a ser o fim maior do Estado, que proteção do ser humano em suas relações sociais e familiares.

Conforme elucida a ilustre Flavia Piovesan (PIOVESAN, 1988, p. 51) “o valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional”. Prossegue ainda, ressaltando a importância do princípio da dignidade da pessoa humana:

Considerando que a Constituição há de ser compreendida como uma unidade e como um sistema que privilegia determinados valores sociais, pode-se afirmar que a Carta de 1988 elege o valor da dignidade da pessoa humana como um valor essencial que lhe doa unidade de sentido. Isto é, o valor da dignidade humana informa a ordem constitucional de 1988, imprimindo-lhe uma feição particular²⁰⁷.

Dessa forma, todos os modelos de família devem ter igual direito à dignidade, uma vez que qualquer pessoa merece ter assegurada uma vida digna e não

²⁰⁶ Conforme ALFLEN, Maria de Fatima. *Direitos fundamentais e o novo direito de família*, . Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 73 “E a nossa Constituição Federal de 1988 promove a dignidade da pessoa humana como valor máximo do ordenamento, e, em consequência, como princípio orientador de toda a interpretação da legislação infraconstitucional. Eis que a personalidade humana se apresenta como um valor jurídico a ser tutelado nas múltiplas situações em que o homem possa se encontrar a cada dia, de modo que o que se busca é salvaguardar a pessoa humana sob todos os aspectos”.

²⁰⁷ Flávia Piovesan, *Direitos Humanos: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Constituição de 1988*, p. 51, in *Leituras Complementares de Direito Constitucional Direitos Humanos e Direitos Fundamentais*, organizador Marcelo Novelino.

há como se falar em vida digna sem a existência de uma família, que é o núcleo essencial de desenvolvimento da personalidade humana. Portanto, para que seja respeitada sua dignidade, deve ser respeitado também outro direito: o de a ter uma família.

A dignidade é inerente a todo ser humano, é um direito que independe de qualquer regulamentação jurídica para ser atribuído aos indivíduos. Basta que o homem nasça para que tenha direito a dignidade humana. Por essa razão, hoje, a proteção que se destina à família só se dá em razão da pessoa humana, que a integra. A ênfase se dá com relação às pessoas, e não em virtude da instituição familiar em si.²⁰⁸

Não há mais proteção à família pela família, senão em razão do ser humano. Enfim, é a valorização definitiva e inescandível da pessoa humana. (FARIAS, 2008, p. 10).²⁰⁹

Sendo assim, como a família tem como fim a proteção do próprio homem, não é possível haver qualquer forma de violação da dignidade da pessoa humana através do desrespeito dirigido aos novos modelos familiares. A família atual nada mais é que um instrumento de promoção da dignidade humana, pois é nela que seus membros buscam o amor e sustento indispensáveis à sua felicidade e desenvolvimento.²¹⁰

Em outras palavras:

Ao reservar 'especial proteção do Estado' ao núcleo familiar, o Texto Constitucional deixa antever que o pano de fundo da tutela que lhe foi emprestada é a própria afirmação da dignidade da pessoa humana. Significa dizer: a proteção à família somente se justifica para que se implemente a tutela avançada da pessoa humana, efetivando no plano

²⁰⁸ Cf. DIAS, Maria Berenice, Manual de Direito das Famílias, 4ª edição, Editora revista dos Tribunais, 2007, p. 9. "Desse modo, exsurge a justificativa constitucional de que a proteção a ser conferida aos novos modelos familiares tem como destinatários (imediatos e mediatos) os próprios cidadãos, pessoas humanas, merecedoras de tutela especial, assecuratória de sua dignidade e igualdade".

²⁰⁹ FARIAS, Cristiano de Farias e ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Júris 2008, p. 10.

²¹⁰ Ibid, p.11: "Desse modo, avulta afirmar, como conclusão lógica e inarredável, que a família cumpre modernamente um papel funcionalizado, devendo, efetivamente, servir como ambiente propício para a promoção da dignidade e a realização da personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças e valores, servindo como alicerce fundamental para o alcance da felicidade".

concreto, rela, a dignidade afirmada abstratamente. É a família servindo como instrumento para desenvolvimento da personalidade humana e para a realização plena de seus membros (FARIAS, 2008, p. 38).²¹¹

Não há lugar mais apropriado para que a dignidade da pessoa humana encontre sua efetividade que na família, razão pela qual a Constituição determina que o Estado deve dar especial proteção à família, independentemente de sua espécie (GAMA, 2008).²¹²

1.6 Os objetivos da República Federativa do Brasil: art. 3º e incisos da Constituição Federal

A Constituição Federal não reflete somente a sociedade a qual deve reger e que existe no momento de sua criação. As normas constitucionais também são voltadas para o futuro, não sendo possível que permaneçam estáticas, regendo somente a sociedade como ela é. Nesse diapasão, em seu texto existem dispositivos que dispõem não sobre como é a situação corrente, mas sim como deverá ser a realidade no futuro. São metas, objetivos a serem buscados pelo Estado a fim de se garantir a existência da sociedade que a Constituição visa alcançar e obter as transformações necessárias para tanto.

O art. 3º enuncia quais são os objetivos fundamentais de nossa República, ou seja, quais são os fins que devem ser perseguidos pelo Estado brasileiro e as metas que devem ser alcançadas. São, portanto, a própria razão de ser do Estado Brasileiro, vetores que orientam as atividades do Estado com o intuito de criar um país melhor e mais desenvolvido. São normas compromissórias, que tratam sobre as finalidades para as quais devem se dirigir as atividades do Estado.

²¹¹ FARIAS, Cristiano de Farias e ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Júris 2008, p. 38.

²¹² Gama, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios Constitucionais de Direito de Família. Guarda Compartilhada à luz da Lei nº 11.698/08. Família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Ed. Atlas. 2008, p. 25.

Os referidos objetivos presentes na Constituição são a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I); a garantia do desenvolvimento nacional (art. 3º, II); a erradicação da pobreza e redução das desigualdades regionais (art. 3º, III); e por fim a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV).

Como já exposto, a Constituição deve buscar a construção de uma sociedade livre e justa e a promoção do bem de todos, sem discriminações de qualquer natureza. Não se pode conceber que o Estado de fato alcance esses objetivos se houver algum tipo de discriminação ou tratamento a certos modelos de família em detrimento de outros. Portanto, nenhuma lei pode criar qualquer distinção com base nesses critérios.

Somente poderá ser promovido o bem de toda a população brasileira, construindo-se uma sociedade justa, livre e solidária se for respeitado o direito de cada um constituir o modelo de família que lhe for mais conveniente, sem qualquer forma de discriminação social ou por parte do Estado. Afinal, a justiça, a solidariedade e o bem-estar social somente podem existir em uma sociedade na qual haja respeito e igual proteção entre todos os seus membros, sem qualquer tipo de discriminação arbitrária e preconceituosa.

Assim, em face dos direitos humanos reconhecidos em pactos internacionais e dos direitos fundamentais e princípios expressamente previstos pelo texto constitucional deve ser revisto o conceito constitucional de família, de acordo com a realidade atual e tendo em vista os diversos tipos de formações familiares existentes, em respeito à autodeterminação dos homens.

Não pode haver qualquer tipo de discriminação nesse sentido, sob pena de violação do próprio texto constitucional e dos fundamentos e objetivos de nossa República, devendo ser respeitada a diversidade de situações de fato existentes (conforme art. 1º, III e 3º I e IV da Constituição Federal).

Nesse sentido, podemos mencionar como exemplo a proibição de casamento ou de adoção por parte de homossexuais, o que viola o art. 3º, inciso IV da Constituição Federal que dispõe ser objetivo fundamental de nossa República promover

o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, bem como quaisquer outras formas de discriminação.

A busca por uma sociedade mais livre, justa e solidária também deve se refletir nas relações familiares, já que a solidariedade deve se destinar não só às pessoas que se encontram em situação de vulnerabilidade, mas também às famílias que de alguma forma são excluídas social e juridicamente.

1.7 Direito à intimidade e à vida privada.

Consagra a Constituição Federal em seu art. 5º, X:

Art. 5º, X: São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

O referido dispositivo constitucional corresponde ao direito que cada ser humano tem de reger sua própria vida, sem qualquer intervenção estatal ou privada, da maneira que lhe for mais conveniente.

Dessa forma, as pessoas têm o direito de viver em família pacificamente, da forma que escolherem e que lhes traga mais felicidade e de ver protegida a intimidade de suas relações familiares e afetivas. O direito à intimidade e à vida privada tem relação direta com o direito de autodeterminação e de dirigir sua vida livremente.

Para José Afonso da Silva (2008, p. 208), vida privada inviolável nos termos da Constituição é “a vida interior, que se debruça sobre a mesma pessoa, sobre os membros de sua família, sobre seus amigos”.²¹³

O Estado ou qualquer parcela da sociedade não possuem o direito de intervir nas relações familiares, que possuem um caráter pessoal, e dizer como as pessoas devem viver suas vidas, criar seus filhos ou quem escolher para parceiros. Nesse sentido, a esfera da inviolabilidade é ampla e “abrange o modo de vida doméstico, nas

²¹³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 208.

relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos, e, bem assim, as origens e planos futuros do indivíduo”.²¹⁴

Assim, o direito à intimidade e à vida privada são invioláveis, não pode haver intervenções de terceiros no modelo familiar escolhido por cada família, desde que estejam sendo respeitados os direitos fundamentais de seus integrantes.

1.8 Estado Democrático de Direito

Segundo Dalmo de Abreu Dallari (2002), os pontos fundamentais que norteiam o Estado Democrático de Direito são a supremacia popular, a preservação da liberdade e a igualdade de direitos. A supremacia da vontade popular coloca a questão da participação popular no governo, a preservação da liberdade e o poder de fazer tudo o que não incomode o próximo dispor de sua pessoa e bens sem intervenção do Estado. Por fim, a igualdade de direitos corresponde à proibição de distinção no gozo de direitos.²¹⁵

Para Carlos Ari Sunfeld (2002) o Estado democrático de direito é a soma de constitucionalismo, república, participação popular direta, separação de poderes, legalidade e direitos (individuais e políticos).²¹⁶

Desse modo, o Estado Democrático de Direito deve buscar a redução das desigualdades sociais, econômicas, bem como a realização da justiça social e dos direitos fundamentais e princípios previstos na Constituição Federal.

O princípio democrático, portanto, deve ser considerado para a interpretação e para a aplicação do direito constitucional das famílias. Isso porque somente em um Estado democrático o homem pode ser livre para realizar seus objetivos e alcançar a

²¹⁴ Cf. Moacyr de Oliveira, *Intimidade*, in *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v.46-100, apud José Afonso da Silva, Curso de direito constitucional, 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 206.

²¹⁵ Dallari, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 23ª edição. São Paulo: editora Saraiva, 2002, p. 150-151.

²¹⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4º ed. 3ª tiragem. São Paulo : Malheiros, 2002, p. 54.

felicidade, de acordo com suas escolhas pessoais, que incluem, também, a forma de família que deseja constituir.²¹⁷

²¹⁷ Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 234. “E na democracia que a liberdade encontra campo de expansão. É nela que o homem dispõe da mais ampla possibilidade de coordenar os meios necessários à realização de sua felicidade pessoal. Quanto mais o processo de democratização avança, mais o homem vai se libertando dos obstáculos que o constroem, mais liberdade conquista”.

CAPÍTULO IV - AS NOVAS FAMÍLIAS

1 Afetividade como fator relevante para o reconhecimento das novas formas de família.

A afetividade passou a ser um elemento fundamental nas relações familiares. Nos dias atuais, as famílias não se sustentam mais somente com base na consangüinidade ou por razões morais, religiosas ou patrimoniais. Nesse sentido:

A família tem sido utilizada, há séculos, pelo uso, ou melhor, pelo mau uso que, por vezes, instituições como a Igreja e o Estado faziam dos poderes que suas funções lhe conferiam. Durante anos, poderes instituídos como que tentaram apoderar-se das famílias, imprimindo-lhe um caráter quase exclusivamente patrimonializado, matrimonializado e sacralizado (GROENINGA, 2008 p. 68).²¹⁸

Agora, é o vínculo afetivo que une os membros do núcleo familiar, e é nesse sentimento que se baseia a convivência familiar e o companheirismo que deve existir entre seus membros.²¹⁹

Portanto, hoje, não há como se falar verdadeiramente em família sem se tratar do amor e da assistência mútua que deve existir entre os integrantes do núcleo familiar. A família é caracterizada pela união de pessoas, com base no afeto mútuo, que é a razão principal para a manutenção dos laços existentes entre os membros da entidade familiar. É o afeto que os fazem compartilhar uma vida em comum, auxiliando um ao outro para sua sobrevivência. Há uma maior participação, de forma democrática e igualitária, de todos os integrantes nos rumos a serem tomados pela família.

Por isso, pode-se dizer que a concepção social e também jurídica da família mudou. Em outras palavras:

²¹⁸ GROENINGA Giselle Câmara. *Afetos, sexualidade, e violência – a família desmistificada* in *A família além dos mitos*, Belo Horizonte : Del Rey. 2008, p.68.

²¹⁹ Em outras palavras, SEREJO, Lorival, *Direito Constitucional da família*, Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 23. “Qualquer que seja a família do futuro, as tendências previsíveis em suas características já estão presentes em grande maioria das famílias atuais, a saber: despatrimonialização (substituição de preocupação capitalista de acumular bens pela valorização das relações familiares autênticas entre os membros de uma família), valorização dos aspectos afetivos da convivência familiar, igualdade dos filhos, desbiologização do conceito de paternidade, guarda dos filhos a terceiros, companheirismo, democracia interna mais acentuada, instabilidade, mobilidade e inovação permanente”.

É tempo de uma nova era para a família, que deixou de ser, essencialmente, um núcleo econômico e de reprodução, passando a ser o espaço do amor, do companheirismo e do afeto, os novos elementos da organização jurídica da família (ALFLEN, 2006, p.82).²²⁰

Em nossa sociedade atual a afetividade é a característica essencial da família, é sua razão de existir, sua base e fundamento. Somente o afeto é capaz de assegurar a convivência familiar e sustentar o vínculo existente entre seus membros.

Hoje, o que realmente conta nos vínculos entre os indivíduos não é o contrato, não são os regulamentos, o consenso público, nem a assinatura no papel, como se diz. Os elos que ligam as pessoas são outros elementos, que dizem mais respeito aos indivíduos em si mesmo considerados do que à sociedade. As pessoas formam laços sociais acima de tudo por seus vínculos pessoais (CASABONA; BERMOND, 2006, p.193)²²¹

Com a afetividade, passa a existir uma maior lealdade e solidariedade entre os membros da unidade familiar, que se auxiliam mutuamente em razão desse forte sentimento que os une. Por consequência, surgem laços afetivos mais fortes, o que também dá origem a uma melhor qualidade de vida, já que todos trabalham e contribuem para o bem da família, seja de forma material ou mesmo moral e afetiva.

O papel de extrema importância assumido pela afetividade deu novos contornos às famílias atuais, fazendo com que surgissem novos modelos de núcleos familiares, assim como novas finalidades a serem alcançadas.

Como afirma Maria Berenice Dias (2007, p.40),

agora, o que identifica a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo. Cada vez mais a idéia de família afasta-se da estrutura do casamento. A

²²⁰ ALFLEN, Maria de Fatima, *Direitos fundamentais e o novo direito de família*, Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 82.

²²¹ CASABONA, Marcial Barreto e BERMOND, Maria Carolina *in Psicanálise, direito e sociedade: encontros possíveis*. coordenação Antonio Cesar Peluso e Eliana Riberti Nazareth. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 193.

família de hoje já não se condiciona aos paradigmas originários: casamento, sexo e procriação.²²²

A família hoje passa de um núcleo hierarquizado sob a chefia do marido para uma comunidade baseada no respeito e afetividade recíproca de seus membros, tendo como fim a realização de interesses particulares de seus integrantes e sua realização pessoal em vários aspectos, como saúde, educação, trabalho (BITTAR, 2006).²²³

Hoje é possível dizer que estamos diante de um modelo de família eudemonista, na qual seus membros estão unidos com o fim maior de buscar sua felicidade, sua realização pessoal. O que mantém a coesão familiar é o amor que cada um sente pelo outro e a nova função da família é garantir que seus membros tenham o afeto necessário para que possam encontrar a felicidade e seu pleno desenvolvimento, por meio da solidariedade e assistência entre seus membros.

Atualmente, o individualismo é privilegiado em nossa sociedade, cada pessoa tenta viver por si só, de forma independente. Assim, se alguém não está satisfeito dentro de uma unidade familiar possui o direito de se retirar, passar a viver sozinho ou constituir uma nova família, deixando para trás aquela que lhe deu origem ou a qual constituiu inicialmente. Entretanto, se o vínculo afetivo é forte e verdadeiro, os indivíduos podem deixar o lar familiar e viver suas próprias vidas, mas continuarão a fazer parte daquela família, e ela continuará, mesmo que de longe, a influenciar o desenvolvimento de sua personalidade e a busca de seus objetivos, uma vez que o afeto ainda existirá.

Desse modo, nos dias atuais, os relacionamentos familiares somente são mantidos se esse for o interesse de seus membros, se a relação familiar continuar a lhes trazer felicidade, caso a confiança, a fidelidade e os laços afetivos permaneçam. Caso contrário, os vínculos são rompidos e cada um parte em busca de seus próprios objetivos e de suas realizações pessoais. Ninguém mais aceita viver em uma família somente de aparências, como acontecia antigamente, o que acabou por tornar as

²²² DIAS, Maria Berenice, Manual de direito das famílias, 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 40.

²²³ BITTAR, Carlos Alberto, *Direito de família*, 2ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 2006, p. 35.

relações familiares mais sinceras.²²⁴ Nesse sentido, o ânimo de manter a comunhão de vida prevalece sobre aspectos religiosos, patrimoniais ou biológicos para a manutenção da entidade familiar.

O desejo de formar a família e os vínculos afetivos são mais importantes que o medo de serem julgados por outras pessoas que eventualmente podem, por preconceito, condenar a constituição de determinado modelo familiar. É justamente a vontade de permanecer unidos e o amor incondicional que um sente pelo outro que mantém a força das novas famílias.

Portanto, o que caracteriza uma família atualmente não é a constituição de um modelo previsto juridicamente, e sim os laços afetivos que unem uma comunidade de pessoas e que auxiliam, uns aos outros, em seu desenvolvimento pessoal e na sobrevivência de todo o núcleo familiar. O que constitui uma família são os laços de afeto e amor que unem seus integrantes e não o fato de se tratar de uma família que decorre do casamento ou da união estável.

Nesse sentido,

o afeto caracteriza a entidade familiar como uma verdadeira rede de solidariedade, constituída para o desenvolvimento da pessoa, não se permitindo que uma delas possa violar a natural confiança depositada por outra, consistente em ver assegurada a dignidade humana, assegurada constitucionalmente (FARIAS, 2008, p. 72).²²⁵

Desse modo, não é possível excluirmos da proteção jurídica formas de família que não estejam previstas de modo expreso pela Constituição. Isso porque existem outros modelos familiares em nossa sociedade e não há voltar as costas a essa realidade. Elas existem de fato, pois o que transforma a comunhão de vida em verdadeiramente uma família é o vínculo afetivo que as une.

²²⁴ Nessa ordem de considerações, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, *A incessante travessia dos tempos e a renovação de paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade* in: *A família além dos mitos*. Maria Berenice e Eliene Ferreira Bastos coord.. Belo Horizonte : Del Rey. 2008, p.61. “a família de hoje tende a ser mais sincera, digamos assim, no sentido de que as hipocrisias e simulações de antes já não encontram mais lugar em cena, estando muito mais disponibilizado para os tratos francos e as rupturas consentidas e bem analisadas.”

²²⁵ FARIAS Cristiano Chaves de e ROSEVALD, Nelson, *Direito das famílias, Direito das Famílias*, Editora, Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2008. p. 72.

Como acentuado por Maria Berenice Dias (2007, p. 40),

faz-se necessário ter uma visão pluralista da família, abrigando os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar a identificação do elemento que permita enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que tem origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação. O desafio dos dias de hoje é achar o toque identificador das estruturas interpessoais que permita nominá-las como família. Esse referencial só pode ser identificado na afetividade.²²⁶

A Constituição, em virtude do princípio da dignidade da pessoa humana não pode deixar de conferir *status* de família a uniões de pessoas que tenham por vínculo o afeto. Toda e qualquer espécie de família deve ter proteção especial do Estado.

Ainda que a Constituição de 1988 tenha expandido o conceito de família e previsto outras formas além daquela decorrente do casamento, não se trata de um rol taxativo. O afeto é incompatível com um único modelo familiar, fundado no matrimônio, e isso pode explicar a existência das famílias contemporâneas.²²⁷

2 Constituição como um sistema aberto e dinâmico.

O direito não é uma ciência que está apartada do mundo que o circunda. Afinal, os elementos exteriores exercem influência direta sobre essa ciência. Isso porque o direito é um conjunto de normas disciplinadoras da conduta humana, enquanto membros de uma determinada sociedade (BASTOS, 2002).²²⁸

Fato é que a sociedade e as relações sociais se transformam continuamente, de acordo com fatores econômicos, políticos e sociais que influem diretamente para

²²⁶ DIAS, Maria Berenice, Manual de Direito das famílias, *Direito das Famílias*, Editora, Rio de Janeiro: Lumen Júris 2008, p. 40.

²²⁷ Cf. DIAS, Maria Berenice, *Manual de direito das famílias*, p.52: "A busca da felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade ensejam o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e de preservação da vida. Esse, dos novos vértices sociais, é o mais inovador".

²²⁸ Vide C.R.BASTOS, *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*, 3ª edição, editora Celso Bastos, 2002, p. 19.

que essas mudanças ocorram. No entanto, o direito positivo permanece estagnado, suas normas continuam sendo aquelas criadas diante de outra realidade e que já não existe mais. Por essa razão, as normas jurídicas passam a não ser mais aplicáveis a inúmeras situações concretas, pois estão diante de um novo momento histórico.

Sendo assim, as normas jurídicas devem estar continuamente adequando-se ao novo contexto social para que possam continuar a ter eficácia e para melhor regular as relações humanas. Caso contrário, o direito positivo vigente não terá mais condições de ser aplicado, passando a ser uma lei morta.

Por todas as razões mencionadas, a Constituição hoje é tida como um sistema aberto e dinâmico²²⁹, que precisa se atualizar diante das transformações sociais, para bem regular a sociedade. A referida adequação é necessária em razão de ser o direito um fenômeno histórico-cultural, o qual deve variar de acordo com as transformações sociais, políticas e econômicas, evitando-se, assim, um engessamento do conteúdo das normas jurídicas.²³⁰

Com efeito, a maior abertura e amplitude das normas constitucionais são fundamentais para a permanência e produção de efeitos da Constituição ao longo dos tempos. Afinal, a Constituição visa sua durabilidade, em virtude do princípio da segurança jurídica²³¹, mas não pode ter como fim ser eterna, uma vez que não é possível a regulamentação das inúmeras hipóteses que podem ocorrer na vida real.

²²⁹ Como dispõe BARROSO, Luis Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 7ª ed. 2009, p. 353. “A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central”.

²³⁰ Consoante Silva, José Afonso da, *Poder Constituinte e Poder Popular*, São Paulo: Editora Malheiros. 2002, p. 262: “a permanência de uma Constituição depende muito de sua capacidade de traduzir os valores mais profundos que informam a sociedade” pg. 261. Ainda em relação à Constituição, “se ela há de ser um instrumento de realização de valores fundamentais de um povo, e se esses valores, dada sua natureza histórica, são mutáveis, intuitivo e compreensível será que a obra do Constituinte originário, que retira do povo cambiante a seiva legitimadora de seu produto, seja também suscetível de mudanças”.

²³¹ Segundo JJ. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2009, p. 257, o princípio da segurança jurídica, em seu sentido amplo, corresponde ao direito que o indivíduo tem de “poder confiar em que seus atos, ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou decisões jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixado pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos pelo ordenamento jurídico”.

Hoje, a Constituição deixa de ser considerada como um documento estático e inerte. Nesse sentido, deve necessariamente haver uma interação entre as normas constitucionais e a sociedade a qual regula. Isso porque os legisladores não podem saber tudo o que o futuro pode trazer. Nesse sentido, cada época passa por evoluções próprias, e, como resultado, surgem também novos princípios e modos de interpretação, que devem ser adotados pelos operadores do direito.²³²

As normas da Constituição não são completas ou perfeitas, uma vez que é impensável que a Constituinte possa regular todas as condutas e situações possíveis²³³. Isso não significa de modo algum que a Constituição é imperfeita, mas sim que deixa aberta a possibilidade de alteração diante das mudanças econômicas, sociais e históricas. Sua abertura, portanto, constitui um requisito indispensável para sua própria existência e eficácia (HESSE, 2009).²³⁴

Para Konrad Hesse, a Constituição ordena todas as esferas de vida essenciais à convivência, inclusive os que não estão ligados de forma direta com a ordem política e a ação do Estado, como o matrimônio e a família. Isso porque a Constituição “é o plano estrutural básico, orientado por determinados princípios que dão sentido à forma jurídica de uma comunidade” (HESSE 2009, p. 9)²³⁵.

As normas constitucionais devem sempre estar em contínua adaptação, de acordo com os fatores reais do poder (LASSALE, 1985)²³⁶ que regulam e orientam as leis e instituições jurídicas, com o intuito de atender os fins constitucionais e para melhor regular as relações humanas, sob pena de se transformar a Constituição em

²³² Consoante ensinamentos de REALE, Miguel, *O direito como experiência (introdução a epistemologia jurídica)*. 2ª ed. São Paulo : Saraiva, 1992, p 61, a norma jurídica não disciplina “os fatos como um esquema estático: ela não pode deixar de sofrer o impacto de novos e imprevistos eventos e valores, cuja superveniência implica uma nova compreensão normativa”.

²³³ Cf. ALFLEN, Maria de Fátima, *Direitos Fundamentais e o novo direito de família*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p.54: “É percutido, que a Constituição tem de estar aberta ao tempo, o que não significa nem a dissolução, nem diminuição da força normativa. Ela não se reduz ao deixar em aberto”.

²³⁴ HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Martires Coelho. São Paulo: Saraiva. 2009, p.9.

²³⁵ HESSE, Konrad. *Op. cit.* p.8.

²³⁶ LASSALE, Ferdinand. *Que é uma Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Kairós, 1985, p.17.

mera folha de papel. Isso porque as normas são criadas para regular a convivência dos homens em sociedade, devendo, portanto, ser essas normas adaptadas às necessidades e exigências sociais.²³⁷

Nesse sentido, nos ensina Meirelles Teixeira:

Tarefa relevante do jurista será, portanto, inquirir e verificar, a cada momento, se as técnicas constitucionais e legais adotadas correspondem, efetivamente, na prática, aos fins em vista, a fim de que, na hipótese negativa, sejam modificadas na medida das necessidades políticas e sociais, resultantes da conjuntura histórica de cada país e de cada época, pois são simplesmente 'expedientes racionais' para atingir os fins do Estado (MEIRELES TEIXEIRA, 1991, p. 195).²³⁸

Pode-se inferir, portanto, que a Constituição não é criada em uma única etapa, o processo de constitucionalização continua através criação de emendas constitucionais, da interpretação e da mutação constitucional, paralelos ao processo contínuo de construção e transformação social.

Como já foi acentuado, as normas constitucionais devem se adequar à dinâmica social, a fim de se assegurar em cada momento histórico os direitos por ela consagrados, evitando-se que as normas existentes acabem por se tornar inaplicáveis diante das necessidades e clamores sociais.²³⁹

As Constituições abertas permitem, assim, o exercício de um papel mais significativo por parte do legislador, que deve olhar além do mundo das normas para atender aos reclames da justiça. Com isso, busca-se evitar que haja um engessamento das normas constitucionais, uma vez que o direito exerce influência no mundo exterior,

²³⁷ DANTAS, Ivo, *Constituição Federal, teoria e prática*, Rio de Janeiro: Renovar. V. 1. 1994, p. 94. "A Constituição encarada em seu sentido jurídico-positivo também reconhece a necessidade de atualização aos novos padrões valores sociais, sempre em busca de alcançar-se o modelo de *dever ser ideal* de sociedade."

²³⁸ MEIRELES TEIXEIRA, J.H., *Curso de direito constitucional*, texto org. e atual. Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 195.

²³⁹ TEPEDINO, Gustavo. *Constitucionalização do direito civil e perspectivas interpretativas*, p. 121, in: *Direito Civil: Atualidades*. Coord. César Fiúza, Maria de Fátima Freire de Sá, Bruno Torquato de Oliveira Naves. "Compreender o direito como um fenômeno social significa vê-lo como fruto da interação do dado normativo com as demandas sociais e culturais que se transmudam a cada dia, forjado-o e alterando-o a todo tempo".

mas por ele também é influenciado.²⁴⁰ Portanto, não se pode buscar uma imutabilidade da Constituição, e sim sua estabilidade.

Para Peter Haberle (1997), a Constituição não é um documento estritamente jurídico, e sim um documento político, de interesse geral. Para Haberle, a Constituição aberta facilita a mudança constitucional por meio da interpretação, uma vez que se mantém aberta para o futuro e suas mudanças, e aproxima as normas constitucionais da realidade, conservando assim a estabilidade da Constituição diante das transformações ocorridas.²⁴¹

Nesse sentido, a Constituição deve ser um instrumento de mudança social, e não simplesmente regular a realidade existente. Suas normas e conseqüentemente sua efetivação devem ser destinadas à construção da sociedade idealizada pela Constituinte no momento de sua criação.²⁴² Vale destacar que as Constituições abertas podem abrigar ideologias e valores diferentes, pois estão abertas a todas as mudanças sociais e em sincronia com o mundo extrajurídico. Essa abertura permite, portanto, a realização da justiça social, a garantia dos direitos fundamentais e efetivação dos princípios e valores fundamentais que orientam nossa sociedade.

Uma das características mais importantes das normas constitucionais é seu caráter sintético, esquemático, de maior abertura. Disso resulta que a linguagem das

²⁴⁰ Nas palavras de Celso Bastos e Carlos Ayres Britto, *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*, São Paulo: Saraiva, 1982, p.27: “a norma constitucional, assim como recebe influência lógica do todo sistemático a que adere, também projeta especial influência sobre ele. E o faz, sobretudo, pelo aporte de idéias e valores que somente se iluminam em sua compreensibilidade cabal, a luz do ambiente natural em que eles foram pinçados e onde são vivenciados. Assim embora ubicado no interior do sistema constitucional, seu inafastável ponto de apoio, o exegeta abre as janelas do direito para o mundo exterior, a fim de resgatar o significado das palavras e expressões que o legislador constituinte não quis ou não pode tecnificar, de todo, até porque, já foi dito, a absorção normativa do teor da vaguidade de muitos vocábulos e expressões sociais é o modo mais eficiente de a Constituição tutelar certos bens jurídicos”.

²⁴¹ HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional : a sociedade aberta aos interpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1997.

²⁴² Nesse sentido, M. WALZER, *What it means to be na american*, 1992, p. 111, in CANOTILHO, J.J. GOMES, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p.1437: “the constitution is also a radical document, opening the way for it, if not actually stimulating, social change”.

normas constitucionais é mais vaga, sendo que no texto constitucional estão previstos termos plurívocos e conceitos indeterminados.²⁴³

Nesse sentido:

As cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido (BARROSO, 2009, p. 348).²⁴⁴

Para Paulo Bonavides (2010), a realidade jurídica, por ser complexa e pluridimensional, revela uma estrutura necessariamente aberta, em virtude da complexidade e dinamicidade do sistema jurídico, que não é estático. Ao contrário, está pronto a receber novos dados e com eles interagir. A Constituição é uma *ordem jurídica fundamental, material e aberta de uma comunidade*, especialmente no Estado Democrático, onde sua *força normativa* depende de sua aptidão para admitir propostas variadas de concretização.²⁴⁵

Para o autor, o sistema constitucional é elástico e flexível, pois a Constituição e o ambiente social estão cada vez mais independentes. A Constituição reflete a realidade social e está sujeita a seus influxos.²⁴⁶

Segundo entendimento de Maria Helena Diniz (2006), o direito deve ser visto em sua dinâmica como uma realidade que está em eterno movimento, acompanhando as relações humanas, adaptando-se às novas exigências e necessidades da vida. Não há como separar a realidade normativa da realidade fática, já que a primeira é criada em função da segunda.²⁴⁷ As normas, por mais completas que sejam são apenas uma

²⁴³ BARROSO, Luís Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.133.

²⁴⁴ BARROSO, Luis Roberto, *op. cit.*, p. 348.

²⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25ª ed. São Paulo : Malheiros, 2010. p.95 e seq.

²⁴⁶ *Ibid.* p.95.

parte do direito, pois o direito abrange também diferentes experiências que se complementam, sejam elas históricas, antropológicas, sociológicas, psicológicas. O sistema jurídico não tem um aspecto uno e imutável, mas sim multifário e progressivo.²⁴⁸

Importante ainda mencionar as idéias de Chaim Perelman (1996) a respeito da abertura do direito constitucional. Para ele, o sistema do direito não pode ser assimilado a um sistema estático, como um sistema formalizado de lógica ou de matemática. Um sistema formalizado, construído de uma forma tão rígida que impõe a univocidade de signos, que limita as capacidades de expressão e de demonstração do sistema é isolado do resto do universo e não está em interação com os elementos que lhe são exteriores. A ausência dessas condições distingue um sistema jurídico de um sistema formal. Se o direito visa o estabelecimento de uma ordem estável, que garanta a segurança jurídica, ele nunca pode ser isolado do contexto social no qual se supõe que atue, não pode desprezar valores, a moral, o interesse geral, o bem comum. Assim, o caráter estático do direito não resistiria às mudanças ocorridas na sociedade.²⁴⁹

Para Canotilho (2009), a Constituição é um intertexto aberto²⁵⁰ que transporta ideais de filósofos, pensadores, políticos e pressupõe profundidades de arquétipos enraizados dos povos, uma vez que o direito constitucional é um direito vigente e vivo. As regras e princípios descritos no texto constitucional continuam os mesmos, mas não deixam de estar abertos aos pluralismos e dinamismo da vida, em razão da flexibilização de seus conteúdos.²⁵¹

²⁴⁷ Confira-se DINIZ, Maria Helena, *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 7ª edição, 2006 p. 86: “Não há norma jurídica fora de um contexto social determinado, por ser produto humano, para reger homens que vivem em uma sociedade”. Nessa mesma linha, “A norma constitucional é elaborada ante uma necessidade social surgida em certa época, tendo por fim a realização e a garantia da paz e da ordem social”.

²⁴⁸ *Ibid.* p.86.

²⁴⁹ PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*; trad. Maria Ermantina Galvao G. Ferreira. São Paulo : Martins Fontes, 1996.

²⁵⁰ CANOTILHO, J.J. GOMES, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2009, p.19.

²⁵¹ *Ibid.* p.1426.

O sistema aberto de regras e princípios tem uma capacidade de aprendizagem de suas normas constitucionais, para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da verdade e da justiça. Através da atuação dos três poderes e das iniciativas dos cidadãos, passa de uma *law in the books* para uma *law in action* para uma *living constitution*.²⁵² O direito constitucional é um “direito vivo”, e na apenas um “direito nos livros”.²⁵³

Considerar a constituição como uma ordem ou sistema de ordenação totalmente fechado e harmonizante significaria esquecer que ela é muitas vezes o resultado de um compromisso entre vários atores sociais, transportadores de idéias, aspirações e interesses substancialmente diferenciados e até antagônicos ou contraditórios. A positivação das normas constitucionais não pode nos fazer esquecer do pluralismo de idéias existentes após sua criação.²⁵⁴

A Constituição, como foi visto, não pode ser imutável, uma vez que a petrificação das disposições constitucionais pode prejudicar sua aplicação às gerações futuras. Por essa razão, deve sempre estar aberta a novas interpretações e a novos valores que são agregados, de acordo com mudanças relevantes ocorridas na sociedade.²⁵⁵

Apesar de sua rigidez, a Constituição não pode fechar seus olhos às demandas sociais. Seu procedimento de alteração é mais difícil que o de alteração das leis ordinárias, uma vez que só pode ser realizado através das emendas constitucionais, mas isso não significa que sua alteração é impossível (com exceção das cláusulas pétreas, núcleo intangível da Constituição).

A busca por um formalismo positivista do sistema constitucional esvazia de sentido e de conteúdo a própria Constituição. A desatualização da Constituição, de seu texto, a não correspondência de suas normas com a realidade produz graves

²⁵² *Ibid.* p.1163.

²⁵³ *Ibid.* p. 1139.

²⁵⁴ *Ibid.* p.1182.

²⁵⁵ Nesse sentido, CANOTILHO, J.J. GOMES, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p.1435: “o futuro é uma tarefa indeclinável da constituição, devendo, por isso, a lei constitucional fornecer aberturas para captar a dinamicidade da vida política e social”.

desequilíbrios. Portanto, a dinamicidade da sociedade deve ser analisada para a aplicação e interpretação da Constituição. Não se pode reduzir o direito somente a sua normatividade e esquecer os valores e princípios que regem a sociedade, tampouco a realidade. Desse modo, como demonstrado, a abertura da Constituição possibilita sua permanência e estabilidade por um maior espaço de tempo.²⁵⁶

Sabe-se que no conceito tradicional de direito, este é apresentado com as características inatas da abstração e generalidade de suas disposições textuais positivadas. A abstração se explica pela tentativa do legislador abarcar um sem-número de situações em sua previsão texto-referida. A generalidade, opondo-se à individualidade, procura demonstrar que o direito é feito sem referências a uma pessoa ou grupo de pessoas. À Constituição Federal também será assinalada a nota da abstração. Mas ela deixa de ser uma garantia de que o Direito não será casual, construído *a partir de* e *para* situações concretas especialmente determinadas. A abstração do direito constitucional serve como pressuposto de sua adaptabilidade, de sua evolução, tornando-a uma “Constituição viva (TAVARES, 2008, p.153).²⁵⁷

Note-se, ainda, que por ser analítica, a Constituição vigente regula matérias de outras áreas do direito, assim como matérias extrajurídicas. Por isso, existem conceitos não jurídicos dentro do texto constitucional e que não são determinados pela Constituição, cabendo sua definição ao legislador infraconstitucional ou ao intérprete. Para chegar a esse conceito foi preciso sair da órbita do direito e buscar auxílio de outra ciência, da biologia. Esse fato demonstra a necessidade de se buscar a complementação do direito em fontes externas ao ordenamento jurídico. Podem existir conceitos jurídicos, para os quais seja preciso sair da órbita jurídica e buscar auxílio em outra área do conhecimento para se determinar seu sentido que transcende o mundo do direito.

²⁵⁶ BASTOS, Celso Ribeiro, *Hermenêutica e interpretação constitucional*, 3ª ed. São Paulo : Celso Bastos. 2002, p. 111: “A norma constitucional, muito frequentemente, apresenta-se como uma petição de princípios ou mesmo como uma norma programática sem conteúdo preciso ou delimitado”.

²⁵⁷ TAVARES, André Ramos. *Abertura epistêmica do Direito Constitucional*, p. 153, in *Leituras Complementares de Direito Constitucional Controle de Constitucionalidade e hermenêutica constitucional*, organizador Marcelo Novelino, Editora JusPodivm, 2ª edição. 2008.

Assim, não há como se questionar a abertura das normas constitucionais. A Constituição não pode se fechar aos estímulos externos. É justamente sua abertura que irá garantir a evolução do texto constitucional e sua aplicação a uma maior número de casos concretos possíveis. Caso isso não aconteça, a Constituição se tornará letra morta, perdendo assim toda sua força normativa e sua razão de ser.

Desse modo, o comportamento dos homens e seus valores mudam e as instituições jurídicas existentes já não são mais suficientes para atender aos novos anseios e desafios sociais. Portanto, a legislação de uma sociedade em mutação deve estar atenta às mudanças ocorridas, caso contrário, pode se tornar ultrapassada e até mesmo inútil, caso continue a se ater a antigos valores de caráter preconceituoso.

Somente dessa maneira, atendo-se às mudanças ocorridas nas famílias o ordenamento jurídico poderá ser aplicado de modo efetivo e de acordo com os anseios atuais.

Por essa razão, a Constituição não pode fechar seus olhos aos novos modelos de família existente e deixar de lhes dar a devida proteção jurídica já destinada às famílias decorrentes do casamento, da união estável e da família monoparental. As tradições históricas, a cultura e as crenças religiosas se refletem diretamente nos sistemas de família adotados pelo povo.

Tem-se, portanto, como inadmissível um sistema familiar fechado, eis que, a um só tempo, atentaria contra a dignidade humana, assegurada constitucionalmente, contra a realidade social viva e presente da vida e, igualmente, contra os avanços da contemporaneidade, que restariam tolhidos, emoldurados numa ambientação previamente delimitada. Por isso, estão admitidas no Direito de Família todas as entidades fundadas no afeto, na ética e na solidariedade recíproca, mencionadas, ou não, expressamente pelo comando do art. 226 da Carta Maior (DIAS, 2007, p. 37).²⁵⁸

²⁵⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 37.

3 Mutação no conceito de família

A família nada mais   que uma forma o social e por isso acompanha as mudanças sociais. Por essa razão, evoluiu consideravelmente ao longo dos anos, acompanhando as mudanças econômicas e sociais. O direito, por sua vez, não pode se manter alheio a tais transforma es, já que o conceito de família   dinâmico e ao longo do tempo passa a abranger novos modelos familiares (DIAS, 2007).²⁵⁹

Nesse sentido, não   possível que a Constitui o seja dotada de total imutabilidade. Isso porque a sociedade vive em constante movimento, está sempre passando por mudanças e renova es, e não faria sentido, portanto, criar leis para regular um determinado Estado que jamais pudessem ser revogadas, mesmo diante das mudanças sociais que frequentemente ocorrem.

A Constitui o não pode nascer com a pretensão de ser eterna. Ela deve ser dotada de durabilidade, mas de acordo com o desenvolvimento do país deverá haver certas reformas para adaptar as normas constitucionais as novas circunstâncias políticas, econômicas e sociais da época. Deve apresentar certa flexibilidade diante dos imperativos de mudança e adapta o   realidade social

Conforme esclarece Meirelles Teixeira (1991), tendo como fundamento distin o formulada por Laband, existem processos de reforma constitucional, realizadas através dos processos expressamente previstos na Constitui o e que efetivamente alteram o texto constitucional e a muta o ou mudança constitucional que consiste em uma mudança do significado e alcance das normas constitucionais, tendo em vista as transforma es sociais e políticas. Essas mudanças ocorrem em virtude dos novos costumes que surgem, das interpreta es jurisprudenciais e das demais leis

²⁵⁹ Cf. SEREJO, Lorival. *Direito Constitucional da Família*, Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 24. "A agilidade da evolu o do conceito de família reflete-se inevitavelmente no Direito de Família, constatando a dinamicidade dos seus conceitos e abrangência. Daí a obviedade desta conclusão: o Direito de Família vai para onde a família for e renova-se com a mesma velocidade".

que surgem posteriormente no ordenamento jurídico, de acordo com determinado momento histórico (MEIRELES TEIXEIRA, 1991).²⁶⁰

Desse modo, a modificação do texto constitucional pode ocorrer através de uma reforma formal do texto constitucional, através do exercício do poder constituinte derivado, ou através dos meios interpretativos, dos costumes, dos princípios e valores que orientam nossa sociedade.

José Afonso da Silva (2008) faz distinção entre *mutação* constitucional e *reforma* constitucional. A primeira seria um processo não formal de mudança das constituições rígidas que seria exercido através dos costumes, alterações sociais, tradições, interpretações jurídicas. A outra já é um processo formal de alteração das constituições rígidas, exercida através de órgãos determinados, diante de formalidades determinadas na própria Constituição (SILVA, 2008).²⁶¹

Luís Roberto Barroso (2009) chama de *interpretação evolutiva* o processo informal de reforma do texto constitucional, que consiste na atribuição de novos sentidos à norma constitucional, sem modificação do seu texto, em razão de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais que não estavam presentes no momento da criação da norma em questão (BARROSO, 2009).²⁶²

Em nossa Constituição, a única maneira prevista para se alterar formalmente o texto constitucional é através das emendas constitucionais.²⁶³

²⁶⁰ MEIRELES TEIXEIRA, J.H., *Curso de direito constitucional*, texto org. e atual. Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 142.

²⁶¹ SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 61 e 62.

²⁶² BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição. : fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 7ª ed. 2009, p. 151.

²⁶³ “art. 60 A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I – de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;
 II – do Presidente da República;
 III – de mais da metade das Assembléias Legislativas das Unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.
 §1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.
 § 2º a proposta será discutida e votada em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

A Constituição possui um processo de modificação mais complexo que o previsto para a alteração das normas infraconstitucionais, através da criação das emendas constitucionais o que por um lado garante sua estabilidade, sua rigidez e sua força normativa, mas por outro lado dificulta sua modificação no sentido de atender rapidamente as mudanças sociais.²⁶⁴

Entretanto, ao invés de partir para o processo de reforma formal do texto constitucional através do difícil processo previsto pela Constituição, os aplicadores da lei devem, antes de mais nada, buscar um entendimento da norma de acordo com a situação social do momento e as demais normas, para verificar qual é o entendimento correto que deve ser dado à norma constitucional diante da situação concreta, realizando a mutação constitucional do texto.

Assim sendo, as emendas à constituição somente devem ser realizadas em último caso, quando o problema concreto não puder ser solucionado pela interpretação ou quando a norma existente estiver indo de encontro à nova realidade social. Nesse sentido:

a interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação (...). Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável (HESSE, 2009, p. 136).²⁶⁵

De acordo com definição de Canotilho (2009, p. 1228), será considerada como transição constitucional ou mutação constitucional “a revisão informal do

§ 3º a emenda à Constituição será promulgada pelas mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem;

§4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa do Estado

II – o voto direto, secreto, universal e periódico

III – a separação do Poderes

IV – os direitos e as garantias individuais”

²⁶⁴ Segundo nos ensina Meirelles Teixeira, “é de observar-se que a generalidade das Constituições procura cercar essa sua atividade reformadora de muitas cautelas, dificuldades, ou exigências, de qualquer forma, superiores às formalidades que integram o processo normal de elaboração das leis ordinárias, o que, aliás, constitui exigência ou decorrência do próprio conceito de rigidez constitucional”. J.H. MEIRELES TEIXEIRA, *Curso de direito constitucional*, p. 138.

²⁶⁵ HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Martires Coelho. São Paulo: Saraiva. 2009, p.136.

compromisso político formalmente plasmado na constituição sem alteração do texto constitucional. Em termos incisivos: muda o sentido sem mudar o texto.²⁶⁶

Desse modo:

as inevitáveis acomodações do direito constitucional à realidade constitucional realizam-se só de duas maneiras, às quais a teoria geral do estado deu o nome de reforma constitucional e mutação constitucional. Assim, uma Constituição não é jamais idêntica a si própria, estando constantemente submetida ao *pantha rei* heraclitiano de todo ser vivo (LOEWENSTEIN, 1970, p. 164-165)²⁶⁷

Anna Cândida da Cunha Ferraz (1986, p. 12) utiliza a expressão mutação constitucional com relação a "processos indiretos, processos não formais ou processos informais para designar todo e qualquer meio de mudança constitucional não produzida pelas modalidades organizadas de exercício do Poder Constituinte derivado".²⁶⁸

Assim sendo a mutação constitucional não pode atingir a letra da Constituição, o que só ocorre através de um processo formal de alteração do texto constitucional. Como afirma Luis Roberto Barroso (2009, p. 144), "a *ratio legis* é uma 'força vivente móvel que anima a disposição e a acompanha em toda a sua vida e desenvolvimento. A finalidade de uma norma, portanto, é perene, e pode evoluir sem a modificação de seu texto".²⁶⁹

Esse entendimento permite uma maior flexibilidade das normas constitucionais às constantes mudanças que ocorrem ao conceito de família ao longo dos anos. Afinal, a família, por se tratar de uma instituição social, varia de acordo com os costumes e valores sociais, bem como de acordo com as necessidades trazidas por cada época, que fazem surgir novas formas de vida em família. E as normas constitucionais não possuem caráter absoluto, pois estão em constante mutação.

²⁶⁶ CANOTILHO, J.J. GOMES, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2009, p.1228.

²⁶⁷ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ediciones Ariel. 1970, p. 164-165.

²⁶⁸ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição : mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo : Max Limonad, 1986, p.12.

²⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição. : fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 7ª ed. 2009, p. 144.

Sem isso, as normas existentes para regular e proteger a família acabam por ignorar sua evolução e as novas necessidades dela decorrentes. Nesse sentido, ao invés de ser um instrumento de proteção da família, as normas constitucionais acabam se tornando um óbice à realização dos fins para os quais foram criadas, pois se encontram desvinculadas das novas realidades familiares existentes. Nesse sentido:

No contexto democrático mencionado, família é todo aquele grupo social básico que se funda no afeto e sobre a base de um projeto comum.²⁷⁰

Portanto, a mutação constitucional informal somente muda-lhe o sentido, o alcance ou o significado através da interpretação, da construção constitucional e dos usos e costumes, sem que haja alteração da letra da Constituição.

Note-se ainda que o resultado da mutação informal não pode contrariar os preceitos constitucionais, os valores e princípios que norteiam a Constituição, bem como as finalidades que devem ser atingidas pela norma. Assim, as mutações devem ser *mutações constitucionais*, fundamentadas no espírito da Constituição, nas razões que levaram à criação da norma constitucional originária. As mutações constitucionais devem estar de acordo com revoluções sociais verdadeiramente significativas, uma vez que o sentido do texto constitucional não pode ser modificado, tendo em vista interesses momentâneos ou de uma minoria política dominante.

O conceito de família presente na Constituição sofreu uma mutação constitucional, já que não possui mais o mesmo sentido que tinha no momento da elaboração da Constituição pela Assembléia Constituinte.

Composta por seres humanos, decorre, por conseguinte, uma mutabilidade inexorável na compreensão da família apresentando-se sob tantas e diversas formas, quantas forem as possibilidades de se relacionar, ou melhor, de expressar amor, afeto. A família, enfim, não traz consigo a pretensão da inalterabilidade conceitual. Ao revés, seus elementos fundantes variam de acordo com os valores e ideais predominantes em cada momento histórico". p. 5 Cristiano Chaves De Farias

²⁷⁰ HERRERA, Marisa., *Filiación, adopción y distintas estructuras familiares em los albores Del siglo XXI, in A família alem dos mitos*, Dias, Maria Berenice e Eliene Ferreira Bastos coord.. Belo Horizonte : Del Rey. 2008, p. 158. "Em el contexto democrático mencionado, família es todo aquél grupo social básico que se funda en el afecto y sobre la base de um proyecto común".

Portanto, com a evolução no conceito de família atual não é possível dizer que a constituição traz um rol taxativo de modelos familiares. Assim, não há como se afirmar que as únicas formas de família admitidas pelo direito são a família marital, a união estável e a família monoparental, que estão previstas de modo expresso no texto constitucional. Tal limitação seria um retrocesso em meio a tantos avanços alcançados por nossa Constituição de 1988 e uma limitação da própria cidadania.

Através da mutação constitucional há uma adequação do texto constitucional para se adequar às evoluções ocorridas, o que possibilita a inclusão de inúmeros grupos familiares sob a proteção constitucional.

Assim, esta característica obriga ou insta os intérpretes a fazer certos esforços de engenharia doutrinária e jurisprudencial tendentes a sustentar que uma enumeração de tipos de família é meramente enunciativa e que não impede a proteção de outras estruturas familiares

²⁷¹

A cidadania hoje também significa a inclusão, não se permitindo que se exclua socialmente aqueles que são diferentes, e através dela o homem aprende a respeitar e conviver com as diferenças, permitindo que todos tenham as mesmas oportunidades (PENA JR., 2008).²⁷²

Nesse sentido, não se pode negar às novas formações familiares os mesmos direitos previstos às famílias dispostas de modo expresso em nossa Constituição, sob pena de ineficácia da legislação que regulamenta e protege as famílias. Seria uma verdadeira violação dos princípios constitucionais e direitos fundamentais de nossa sociedade, tais como a liberdade, a igualdade e a dignidade da pessoa humana, uma

²⁷¹HERRERA, Marisa, a familia alem dos mitos, *filiación, adopción y distintas estructuras familiares em los albores Del siglo XXI*, in *A família alem dos mitos*, Dias, Maria Berenice e Eliene Ferreira Bastos coord.. Belo Horizonte : Del Rey. 2008, p. 157. Asimismo, esta característica obliga o insta a los intérpretes hacer ciertos esfuerzos de ingeniería doctrinaria y jurisprudencial tendientes a sostener que una enumeración de tipos de familia es meramente enunciativa y que no obstaculiza la protección de otras estructuras familiares”.

²⁷² PENA JR. Moacir Cesar. *Direito das pessoas e das famílias – doutrina e jurisprudência*. . São Paulo : Saraiva. 2008,p.13.

vez que se estaria ignorando o mundo real e as positivas modificações sociais alcançadas.

Por essa razão, para garantir a estabilidade social e a supremacia da constituição é preciso que esse ponto da Constituição sofra uma alteração para se adequar à nova realidade social existente. Deverá haver uma adaptação do Direito das famílias aos valores constitucionais ocorridos em virtude das mudanças históricas ocorridas na família. Entretanto, não é preciso que haja uma alteração da previsão constitucional das famílias previstas na Constituição, o que pode ocorrer através da chamada mutação constitucional.

Desse modo, não só a Constituição, o Poder Executivo, ao aplicar as leis; o Poder Legislativo, ao elaborar as leis e o Poder Judiciário, ao interpretar as leis e a sociedade como um todo devem se adaptar aos novos modelos familiares existentes.

A família é objeto de estudo por várias outras disciplinas, que lhe atribuem diversos significados. A família se relaciona com os aspectos culturais, sociais, políticos e culturais de cada país, possuindo um forte caráter nacional. Por isso está em constante mutação, razão pela qual seu conceito é relativo. Não se trata de um instituto criado juridicamente pelo homem, e sim uma realidade social, um fato natural regulado pelo Direito (GAMA, 2008).²⁷³

4 Importância da interpretação para proteção integral do direito das famílias

Conforme já demonstrado, apesar de a Constituição Federal somente prever de maneira expressa três modelos de família, não são esses os únicos existentes em nossa sociedade. Desse modo, a interpretação constitucional é de extrema importância da interpretação para assegurar o direito de todas as famílias e sua proteção, sem qualquer tipo de exclusão ou discriminação.

²⁷³ Gama, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios Constitucionais de Direito de Família. Guarda Compartilhada à luz da Lei nº 11.698/08. Família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Ed. Atlas. 2008, p. 57.

O direito, para ser devidamente aplicado, deve sempre ser interpretado. Sendo assim, o que se aplica não é o direito, e sim a interpretação que se faz da letra da lei (BANDEIRA DE MELLO, 1988).²⁷⁴

Interpretar significa atribuir um significado, um sentido a uma norma, delimitando, assim, seu âmbito de aplicação. Nos dizeres de Celso Bastos (2002), Interpretar é atribuir um sentido ou significado a signos ou a símbolos, dentro de determinados parâmetros. A linguagem normativa não tem significações unívocas, sendo que seus vocábulos comportam mais de um conceito.²⁷⁵ Por isso, é preciso utilizar-se da interpretação para escolher o significado adequado da norma para determinado caso concreto.

Consoante Canotilho (2009, p.1200), “interpretar uma norma constitucional consiste em atribuir um significado a um ou vários signos lingüísticos escritos na Constituição com o fim de se obter uma decisão de problemas práticos normativos – constitucionalmente fundada”.²⁷⁶

Não há como se aplicar a norma sem antes interpretá-la. É preciso descobrir sua verdadeira vontade, o que somente é possível em conjunto com todo o sistema constitucional.

Nesse sentido,

a vontade constitucional só é extraível a partir de uma interpretação sistemática, o que por si só já exclui qualquer possibilidade de que a mera leitura de um artigo isolado esteja em condições de propiciar o desejado desvendar daquela vontade, vontade esta, frise-se, da lei e não do legislador (BASTOS, 2002, p. 90).²⁷⁷

²⁷⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Como fazer para que a Constituição seja cumprida, in Problemas e reformas, subsídios para o debate constituinte*, GRINOVER, Ada Pellegrini (coord). Ordem dos Advogados do Brasil.1988.p. 23.

²⁷⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*, . 3ª ed. São Paulo : Celso Bastos. 2002, p.29.

²⁷⁶ CANOTILHO, J.J. GOMES, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2009, p.1200.

²⁷⁷ BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso de direito constitucional*, São Paulo : Celso Bastos, 2002, p. 90.

O intérprete não pode dar uma interpretação à norma que viole o sistema jurídico. Não pode dar um sentido à Constituição não previsto pela norma ou que contrarie as demais normas constitucionais. Assim, deve o intérprete, em sua atividade interpretativa, evitar as contradições, os antagonismos e as antinomias. Por essa razão, a atividade do intérprete deve ser realizada tendo em vista o sistema constitucional como um todo, não é possível se interpretar uma norma de forma isolada.

Através da interpretação dá-se o sentido da lei, o significado correto para sua aplicação, verifica-se o verdadeiro espírito da norma, para aplicá-la de forma mais eficaz ao caso concreto, revelando-se, assim, a vontade social

A interpretação também é importante meio de adaptação das normas já existentes às novas realidades e necessidades ou situações não previstas pelo legislador, mas que podem ser solucionadas através da interpretação das normas já existentes. Afinal, o que se interpreta na norma não é apenas seu conteúdo explícito, mas também todo o substrato de valores políticos, econômicos, históricos e culturais que deram origem a norma em questão, bem como as vontades e aspirações do povo vigentes no momento de aplicação da norma.

Nesse sentido, a atividade interpretativa é uma forma de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais, através da qual o intérprete pode agregar novos elementos ao conteúdo abstrato da norma constitucional, sem, entretanto, violar a letra da lei ou seu conteúdo essencial. Desse modo, a Constituição se atualiza sem que seja preciso utilizar a via formal, ou seja, a edição de uma emenda constitucional (SILVA, 2005).²⁷⁸

Para Konrad Hesse (2009 p. 108-9), interpretação constitucional é concretização.²⁷⁹ Para o autor, o conteúdo de uma norma somente está completo com

²⁷⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação Constitucional. Interpretação Constitucional e sincretismo metodológico*. São Paulo: Editora Malheiros. 2005, p. 145-147.

²⁷⁹ HESSE, Konrad. *Temas fundamentais de direito constitucional*. trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Martires Coelho. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 108.

sua interpretação, que deve estar vinculada à própria norma interpretada, bem como ao problema concreto, mediante a incorporação da realidade de cuja ordenação se trata.²⁸⁰

Como a Constituição não contém um sistema fechado e unitário e a interpretação de suas normas não pode ser uma simples execução de algo pré-existente (não se pode simplesmente aplicar a norma aos casos concretos sem antes interpretá-la, ou seja, aplicá-la sempre literalmente) será necessário um procedimento de concretização para dar adequada solução ao problema. O intérprete somente consegue captar o conteúdo da norma inserindo-a na situação histórica concreta em que se encontra.²⁸¹

Ainda segundo entendimento do jurista, o intérprete deve compreender previamente a norma a ser interpretada tendo como base uma fundamentação teórica constitucional e compreender o problema concreto, inserindo-o na realidade social vigente. A interpretação, portanto, deve ser realizada com base em sua compreensão prévia da norma, de acordo esse caso concreto, através de uma atuação “tópica” orientada e limitada pela Constituição. Não pode haver um método de interpretação desvinculado dos problemas concretos e dos limites impostos pela própria norma constitucional em questão.²⁸²

Segundo o método concretista de interpretação, a interpretação constitucional não pode ser meramente simbólica. A Constituição deve ser aplicada segundo o resultado de sua interpretação, o qual deve estar de acordo com a realidade social que a circunda. Nesse sentido, o verdadeiro sentido da norma só é alcançado na medida em que se vê aplicada. Dessa forma, a teoria concretista da constituição só concebe a atividade interpretativa que estiver diretamente voltada para e fundada na realidade.

O direito não é uma ciência que está apartada do mundo que o circunda uma vez que os elementos exteriores e as realidades culturais exercem influência direta

²⁸⁰ HESSE, Konrad. *op. cit.* p.109.

²⁸¹ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho constitucional (selección)*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1983, p. 43-47.

²⁸² HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho constitucional (selección)*, p. 44-45.

sobre o ordenamento jurídico. Faz parte da realidade social, é fruto das realidades culturais, mas se trata de um segmento social normativo, uma vez que é composto por normas disciplinadoras da conduta de todas as pessoas (BASTOS, 2002).²⁸³

Portanto, a Constituição deve ser interpretada pelos aplicadores da norma de acordo com a realidade social vigente, a fim de lhe dar um significado que garanta a melhor aplicação possível do texto constitucional. Deve-se buscar aplicar, entre os possíveis significados da norma, o que melhor atenda ao interesse público e aos objetivos da norma, de acordo com o caso concreto. Isso porque a aplicação do direito deve buscar a realização da justiça e do bem estar social. Essa interpretação, entretanto, não pode ultrapassar os limites da norma.²⁸⁴

O intérprete deve mediar o que está sendo interpretado e os destinatários do objeto interpretado, pois o objetivo da interpretação jurídica é imprimir uma vontade ao texto, de modo que possa ser aplicado a um determinado caso concreto (BASTOS, 2002)²⁸⁵, sem se apartar da realidade social, que deve informar e nortear sua atividade interpretativa, no sentido de alcançar o melhor sentido da norma.

Nesse mesmo sentido, as normas infraconstitucionais também devem ser interpretadas de acordo com a Constituição, garantindo a harmonia de todo o ordenamento jurídico.

Os valores que forem incorporados na Constituição deverão servir como balizas a serem utilizadas pelos intérpretes de qualquer norma do ordenamento jurídico.²⁸⁶

²⁸³ BASTOS, Celso Ribeiro, *Hermenêutica e interpretação constitucional*, 3ª ed. São Paulo : Celso Bastos. 2002, p.19.

²⁸⁴ Cf. BARROSO, Luis Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 7ª ed. 2009.p. 134. “As palavras têm sentidos mínimos que devem ser respeitados, sob o risco de se perveter o seu papel de transmissora de idéias e significados. É a interpretação gramatical ou literal que delimita o espaço dentro do qual o intérprete vai operar”.

²⁸⁵ BASTOS, Celso Ribeiro, *Hermenêutica e interpretação constitucional*, p.29.

²⁸⁶ ALFLEN, Maria de Fátima. *Direitos fundamentais e o novo direito de família*, Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 56.

A interpretação a ser dada à Constituição deve ser aquela que revele o melhor significado às suas normas e princípios, de acordo com o caso concreto, tendo-se em vista os valores vigentes na sociedade e busca da aplicação da norma, de forma a lhe dar plena eficácia.

A aplicação do direito ao caso concreto não pode deixar de levar em consideração os valores que embasam nossa sociedade, nem os princípios fundamentais existentes em nosso ordenamento jurídico. Nesse diapasão, os valores aceitos pela sociedade servem de limite para o intérprete da Constituição, que não pode violá-los.²⁸⁷

Importante mencionar também, como asseveram Celso Bastos e Carlos Ayres Brito (1982), que, diante da rigidez da Constituição e da previsão de um procedimento mais dificultoso para a alteração de suas normas, o intérprete deve descobrir o sentido e alcance do texto, tendo em vista o sistema constitucional no qual estão inseridas, indo além de sua simples literalidade. Dessa forma, o intérprete pode revelar os valores implícitos na norma e, ainda mais, atualizar o texto constitucional, mesmo que este esteja suficientemente explícito. Assim, a norma interpretada pode continuar a existir e manter sua função, apesar da “camisa de força” do texto em que se insere.²⁸⁸

Além dos princípios e direitos fundamentais existentes em nossa Constituição, o intérprete e aplicador da norma deve se valer também de certos princípios norteadores e limitadores da atividade interpretativa. Alguns princípios relevantes devem ser seguidos ao se interpretar a Constituição, com a finalidade de se garantir sua força normativa e orientar o método interpretativo.

a) UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO

²⁸⁷ Como afirmam Celso Bastos e Carlos Ayres de Brito, *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 25. tratando-se de princípios dirigidos a toda a comunidade, ao interpretar a Constituição deve o intérprete buscar na história, na política, na sociologia, na psicologia e em outros ramos do conhecimento para buscar o verdadeiro sentido da norma, pois aí podemos encontrar o verdadeiro caráter do povo.

²⁸⁸ BARROSO, Luis Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 7ª ed. 2009, p. 23-24.

Segundo o princípio da unidade da Constituição, as normas constitucionais devem ser interpretadas de tal forma que não haja contradição entre elas. A relação e interdependência existente entre os elementos da Constituição obrigam o intérprete a não contemplar em nenhum caso somente a norma isolada, mas sempre o conjunto no qual deve ser situada.²⁸⁹ Assim, a Constituição deve ser interpretada de maneira que se evitem contradições entre suas normas, considerando-a em sua globalidade, já que todas possuem igual dignidade e hierarquia.²⁹⁰

Ao se interpretar uma determinada norma constitucional é preciso se ater à Constituição como um todo, aplicando-se os princípios e valores que orientam o sistema constitucional e a comunidade por ela regida no momento de sua concretização.

O princípio da unidade da Constituição significa que todo o direito deve ser interpretado, evitando-se contradições em suas normas. Deve-se considerar a Constituição em sua integralidade, de maneira sistêmica, e procurar harmonizar as normas que se pretendem aplicar, até chegar a uma vontade unitária da Constituição, tendo em vista a interdependência de todas as normas constitucionais.²⁹¹

A Constituição é um sistema, cujos elementos são coordenados entre si, apoiando-se um ao outro. É a Constituição, como lei fundamental, que confere unidade a esses elementos e a todo o ordenamento jurídico.²⁹²

Por isso, as normas constitucionais devem sempre ser consideradas como coesas, não poderá se tomar determinada norma isoladamente, como suficiente em si mesma.²⁹³ A Constituição é una, um entrelaçamento de princípios e preceitos, todos de mesma hierarquia dotados de coerência entre si.

²⁸⁹ HESSE, Konrad. La interpretación constitucional, in: escritos de derecho constitucional, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1983, p. 40.

²⁹⁰ CANOTILHO, J.J. GOMES, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2009, p.1183-1223.

²⁹¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*, 3ª ed. São Paulo : Celso Bastos. 2002, p.173.

²⁹² BARROSO, Luis Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, p. 202.

²⁹³ BASTOS, Celso Ribeiro. *op. cit.* p.174.

A atividade interpretativa não pode resultar em antinomias ou contradições. O “intérprete deve procurar as recíprocas implicações de preceitos e princípios, até chegar a uma vontade unitária da Constituição”.²⁹⁴ Nesse sentido, “o princípio da unidade é uma especificação da interpretação sistemática, e impõe ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas”.²⁹⁵

Em caso de conflito existente entre os princípios, a ponderação de bens deve ser orientada por critérios norteadores contidos na Constituição e, por isso, vinculantes ao intérprete, para que não seja sacrificada a unidade da Constituição ²⁹⁶. O intérprete deve harmonizar as normas em conflito, sem que isso acarrete a ineficácia de qualquer uma delas.

Dessa maneira, em razão do importante passo dado pela Constituinte de 1988, de ressaltar que não é possível se ater à mera literalidade do texto constitucional, excluindo-se da proteção constitucional outras modalidades de família que não estejam previstas de modo expreso na Constituição Federal.

Afinal, não se pode deixar de considerar os fatos sociais que devem ser regulados pelas normas constitucionais e, conseqüentemente, os modelos de família existentes na realidade, além daqueles regulamentados de maneira explícita pelas normas constitucionais. Em outras palavras:

A realidade é a causadora de representações jurídicas que, até um certo momento, permanecem à margem do ordenamento jurídico formal; mas a pressão dos fatos acaba por gerar certo reconhecimento da sociedade, que vai aceitando situações antes repudiadas, até o momento em que o legislador as disciplina, exatamente para contê-las no campo do controle social.²⁹⁷

Importante destacar também a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no qual se faz uso da interpretação sistemática para assegurar

²⁹⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, São Paulo : Celso Bastos, 2002, p. 90.

²⁹⁵ BARROSO, Luis Roberto, *op.cit.*, p. 202.

²⁹⁶ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho constitucional*. p.49.

²⁹⁷ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 2ª ed. São Paulo : Editora Malheiros., 2002, p. 851.

a abertura do conceito de família. O princípio da unidade da Constituição aparece quando é afirmado que a concepção de família se encontra atrelada aos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, bem como ao princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido:

Adotando-se uma interpretação sistemática da Constituição da República, não se pode olvidar que a concepção de família encontra-se atrelada aos direitos e garantias fundamentais, e, claro, ao princípio da maior dignidade da pessoa humana. Além disso, mormente por ser a família uma realidade sociológica, que transcende o Direito, não resta dúvida que a Constituição da República, especificamente em seu art. 226, consagra uma concepção aberta de família, a qual deve ser apurada mediante as peculiaridades de cada caso concreto. Nessa toada, levando-se em conta que a família contemporânea não se restringe a modelos fechados, tendo, ainda, por sustentáculo a afetividade solidária, a discussão sobre a formação de vínculo de parentesco com base no afeto é, pelo menos, em tese, possível, seja porque inexiste vedação que impeça a busca dos pretensos direitos, seja porque a pretensão encontra-se alicerçada em interpretação plausível de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais. (Ap. Cív. 1002405816329-6/001. TJMG, Rel. Des. Maria Elza, j. 13-6-2006).

Desse modo, pode-se verificar que no caso em questão houve uma interpretação da norma do art. 226 em conjunto com toda a Constituição, evitando qualquer tipo de contradição entre as normas constitucionais. Portanto, utilizando-se do princípio da unidade da Constituição pode-se aceitar a existência de modelos familiares não estão previstos na Constituição, mas que implicitamente foram incluídos pelo Constituinte como dignos da tutela constitucional.

b) Efetividade

Segundo o princípio da efetividade das normas constitucionais, todas elas possuem eficácia constitucional, inclusive as programáticas. Nesse sentido, todas as normas devem produzir algum efeito. Assim, a interpretação deve dar a norma sua melhor efetividade possível diante do caso concreto. Não é possível esvaziar a norma

de qualquer sentido e negar-lhe sua eficácia. A efetividade corresponde à eficácia social da norma, à materialização dos preceitos legais.²⁹⁸

A efetividade das normas jurídicas resulta, em regra, do seu cumprimento espontâneo. Entretanto, há casos em que existe expressiva insubmissão do povo aos preceitos normativos, inclusive às normas de natureza constitucional. Assim ocorre, por exemplo, quando uma norma vai de encontro a um sentimento social arraigado, contrariando as tendências prevalentes na sociedade. Quando isto ocorre, ou a norma cairá em desuso ou sua efetivação dependerá da freqüente utilização do aparelho de coação estatal, o que não é o ideal em uma sociedade democrática.²⁹⁹

A Constituição, como norma jurídica, tem como fim condicionar a realidade social. Por essa razão, não há norma constitucional desprovida de efeitos. Desse modo, o intérprete é sempre obrigado a buscar àquela a interpretação que mais amplie os efeitos da norma constitucional interpretada e que traga os melhores resultados práticos para o caso concreto. Dentre várias interpretações possíveis de uma norma, sempre se deve optar por aquela que lhe confira maior efetividade, que amplie o seu sentido para abranger um número maior de situações fáticas.

Nesse sentido, “a extensão espanta os fantasmas da caducidade precoce dos imperativos jurídicos e permite que os modelos constitucionais preservem a sua função específica de instrumentos de controle social”³⁰⁰

O princípio da máxima eficiência significa que, sempre que possível, a norma constitucional deverá ser interpretada num sentido que lhe atribua maior eficiência. A lei não emprega palavras inúteis, portanto, todos os preceitos constitucionais são válidos, não se podendo desconsiderar nenhum deles. O postulado da efetividade máxima possível se traduz na preservação do conteúdo que cada norma possui, não sendo

²⁹⁸ BARROSO, Luis Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, p. 254.

²⁹⁹ *Idem.* *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 83.

³⁰⁰ BASTOS, Celso Ribeiro e BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidades das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 24.

aceitável sua nulificação, ainda que meramente parcial. Todas as normas constitucionais são criadas para produzir algum efeito.³⁰¹

O direito existe para ser aplicado, caso contrário as normas jurídicas passam a ser simples proposições jurídicas e abstratas. Para a efetividade da constituição é preciso que sejam de fato aplicados os direitos constitucionais e suas garantias. Quanto mais a Constituição se conecte com realidade histórica a qual se destina as normas constitucionais e assuma as forças e tendências da época, melhor será a produção de seus efeitos. Se a Constituição se apegar a realidades já ultrapassadas, não conseguirá produzir os efeitos desejados.³⁰²

Nesse sentido, não pode o intérprete constitucional ater-se a preconceitos passados e excluir da proteção constitucional as famílias de fato que não estejam previstas de modo expreso em suas normas. Assim, a Constituição de 1988 não trouxe a cláusula de exclusão que constava das Constituições anteriores, as quais somente regulavam a família constituída pelo casamento.

Portanto, entre dois sentidos possíveis que possam ser dados ao texto constitucional – a inclusão ou exclusão de outros modelos familiares – deve ser adotada a interpretação que garanta maior eficácia à norma constitucional. Nesse caso, para garantir a eficácia constitucional deve ser prestigiado o conceito que traga a maior inclusão possível a todas as entidades familiares, de modo a assegurar a efetiva aplicação dos princípios que norteiam a Constituição, como a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a liberdade e a especial proteção do Estado que o art. 226, *caput*, assegura à qualquer tipo de família.

Qualquer entendimento que vá de encontro a um conceito aberto e abrangente de família significaria negar efetividade aos princípios fundamentais de nossa ordem jurídica, como a dignidade da pessoa humana, que é fundamento de nossa República.

³⁰¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*, 3ª ed. São Paulo : Celso Bastos. 2002, p.175-177.

³⁰² HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Martires Coelho. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 12.

c) Supremacia da constituição

A Constituição é juridicamente superior às demais normas jurídicas, as quais só existem validamente se estiverem em concordância com as normas constitucionais. Dessa forma, a Constituição é a base e fundamento de todo o ordenamento infraconstitucional.³⁰³

A supremacia da Constituição, segundo José Afonso da Silva,

significa que a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos, é nela que se acham as normas fundamentais do Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.³⁰⁴

As normas infraconstitucionais retiram seu fundamento jurídico da Constituição, que é a lei suprema. Por essa razão, a Constituição brasileira é uma Constituição rígida, uma vez que possui um processo mais rígido para que possa ser alterada. Caso as normas constitucionais fossem facilmente alteradas, como as demais leis, todo o ordenamento jurídico perderia sua força. É justamente por ser uma ordem soberana e rígida que a constituição obtém sua força normativa e, por conseqüência, fornece toda a eficácia para as demais normas infraconstitucionais.

Ao se realizar a atividade interpretativa, o intérprete deve reconhecer que a Constituição é a norma suprema e que nela se baseia a interpretação para todas as normas infraconstitucionais.³⁰⁵

³⁰³ LASSALE, Ferdinand. *Que é uma Constituição*, 2ª ed. São Paulo: Kairós, 1985, p. 15.

³⁰⁴ José Afonso da SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 45.

³⁰⁵ Relembrando lição de Ferdinand Lassale, a Constituição não é uma lei como as outras, mas sim uma lei fundamental da nação. *Que é uma Constituição*, p. 13.

Não se pode considerar as leis inferiores sem estudar a Constituição, pois sua conformidade com a Constituição é *conditio sine qua non* de sua validade jurídica.³⁰⁶ Nenhuma norma jurídica infraconstitucional pode subsistir validamente se for incompatível com a Constituição.³⁰⁷

Deve-se evitar qualquer violação da supremacia da Constituição, pois é norma superior. Por isso, a Constituição não pode ser interpretada a partir de leis, e sim, somente de acordo com as normas constitucionais.

O postulado da supremacia da Constituição repele todo o tipo de interpretação que venha de baixo, é dizer, repele toda a tentativa de interpretar a Constituição a partir da lei. O que cumpre ser feito é sempre o contrário, vale dizer, procede-se à interpretação do ordenamento jurídico a partir da Constituição.³⁰⁸

Dessa forma, uma lei infraconstitucional não pode dar tratamento diverso ao direito das famílias daquele tutelado pela Constituição. Nesse sentido, não pode ser criada norma discriminatória, que vede a existência de outros modelos familiares diversos dos previstos de modo expreso na Constituição, sob pena de ferir sua supremacia. Afinal, discriminações de qualquer espécie somente são permitidas se previstas de modo expreso pelas normas constitucionais.

Nessa mesma linha de idéias, não se pode interpretar a Constituição de modo a lhe dar um sentido diverso de seus fundamentos e objetivos fundamentais. Como já demonstrado, a Constituição de 1988 consagrou a pluralidade familiar. Assim, nenhuma norma constitucional pode desconsiderar ou dar um tratamento prejudicial às demais formas de família, o que acarretaria sua inconstitucionalidade, ante a violação da supremacia constitucional. A Constituição, mais que a lei, é que deve reger o direito das famílias.

³⁰⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*, p. 14.

³⁰⁷ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 165.

³⁰⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *op. cit.*, p.172.

d) Harmonização

O intérprete deve buscar entre as diversas normas e valores em conflito no texto constitucional uma maneira de se evitar a exclusão de algumas delas, visando à prevalência de uma dessas normas.³⁰⁹ Esse princípio “impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros”.³¹⁰

Konrad Hesse fala em princípio da concordância prática, do qual o intérprete deve se valer para coordenar os bens jurídicos protegidos, de modo que na solução do problema todos eles conservem sua entidade evitando-se que em situações de colisão um se realize a custo do outro.³¹¹

Todas as normas jurídicas devem ser interpretadas em seu conjunto, diante de casos determinados sobre os quais a norma incidirá. Em caso de conflito entre as normas, deve-se buscar, através da interpretação, o sentido que harmonize todo o sistema constitucional, sem que exista qualquer tipo de contradição. Em caso de conflito entre princípios, deve o intérprete se utilizar da ponderação de interesses, aplicando o princípio que melhor solucione o problema concreto.

Nesse sentido, “O objeto da interpretação é o texto constitucional com suas regras e princípios, enquanto portador de um significado ou sentido, cuja compreensão plena é o objetivo final da interpretação.”³¹²

Desse modo, no caso das famílias homoparentais, havendo conflito entre as normas constitucionais que prevêm como modelos familiares somente a união estável, o casamento e a família monoparental (o que para alguns excluiria da proteção constitucional outros tipos), e as normas que tratam dos direitos fundamentais, devem prevalecer as normas de inclusão sediadas no art. 5º da Constituição, principalmente as

³⁰⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo : Celso Bastos, 2002, p. 91.

³¹⁰ CANOTILHO, J.J. GOMES, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2009, p.1225.

³¹¹ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1983, p. 48-49.

³¹² BASTOS, Celso Ribeiro, *Heremênutica e interpretação constitucional*, p.143.

que garantem a liberdade, a igualdade e a inviolabilidade de intimidade e da vida privada, garantindo assim uma interpretação harmônica da Constituição, incluindo na proteção constitucional as uniões formadas por pessoas do mesmo sexo. Através desse princípio é possível harmonizar o art. 226 com as demais normas e princípios da Constituição, assegurando a proteção de todas as entidades familiares.

e) Princípio da abrangência:

Os preceitos constitucionais serão interpretados não só segundo o que expressamente postulam, mas também com o que está implicitamente neles contido. Assim, o intérprete não pode se ater somente à letra da lei. Deve, no ato de interpretar, buscar também os princípios e valores que orientam sua norma, o que ela quer dizer, indo além de sua mera literalidade.

A interpretação a ser dada às normas constitucionais deve ser abrangente e considerar os princípios e valores que informam a Constituição. Nesse diapasão, diante da proteção constitucional dada à família e o reconhecimento de sua relevância como base da sociedade, importa reconhecer que não se pode excluir da proteção constitucional nenhuma estrutura familiar, ainda que não esteja prevista de modo exposto na Constituição. Isso porque o direito não consegue prever de modo taxativo todas as situações fáticas. Assim, de acordo com o princípio da abrangência, os aplicadores do direito não podem se manter alheios às mudanças que ocorrem na sociedade, devendo, ao contrário, buscar sempre aplicar a norma ao caso concreto de acordo com a realidade, de modo a incluir também as famílias de fato, que estão previstas de modo implícito na Constituição.

Nesse sentido, jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE. É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre dois homens de forma pública e ininterrupta pelo período de nove anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetuou através dos séculos, não podendo o judiciário se olvidar de prestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de gêneros. E, antes disso, é o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das

relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo constitui forma de privação do direito à vida, bem como viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. AUSÊNCIA DE REGRAMENTO ESPECÍFICO. UTILIZAÇÃO DE ANALOGIA E DOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO. A ausência de lei específica sobre o tema não implica ausência de direito, pois existem mecanismos para suprir as lacunas legais, aplicando-se aos casos concretos a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, em consonância com os preceitos constitucionais (art. 4º da LICC). Negado provimento ao apelo, vencido o Des. Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70009550070, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 17/11/2004).

Note-se que o art. 226, caput, assegura a proteção da Estado à família, o que assegura a inclusão de qualquer outro modelo familiar, ainda que não previsto de modo expreso. Ademais, o § 4º do art. 226, ao tratar da família monoparental prevê "Entende-se, também, como entidade familiar(...)". Portanto, a referida norma também é de inclusão.

Vale ressaltar também que as previsões dos artigos 226, § 6º e 227, § 6º da Constituição Federal, ao tratarem do divórcio e da igualdade dos filhos, respectivamente, têm como fundamento um elemento que caracteriza a família atual, mas não está previsto de modo expreso na Constituição: a afetividade. A afetividade, como elemento essencial de estruturação familiar, é o que une as pessoas em matrimônio e o que embasa a filiação atual. Assim, está implícito na Constituição de 1988 e deve ser sempre considerado ao se aplicar a norma constitucional em casos concretos.³¹³

f) Força normativa da Constituição

A interpretação constitucional também deve ter como princípio norteador a força normativa da Constituição. Como a Constituição pretende ver-se atualizada, e as possibilidade e condições históricas de tal atualização vão mudando, na solução dos problemas jurídicos constitucionais deve-se dar preferência aos pontos de vista que

³¹³ LOBO, Paulo, *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva. 2008. p. 62.

ajudem as normas da Constituição a obter a máxima eficácia, diante do caso concreto.³¹⁴

A Constituição é uma lei dotada de efetividade e aplicabilidade. Por isso, a força normativa da Constituição significa que, sendo a Constituição uma lei, como lei ela deve ser aplicada. A Constituição não possui mero valor declaratório, possui força jurídica como todas as leis.³¹⁵

Tendo em vista que a Constituição deve ser constantemente atualizada e as realidades históricas e sociais vão se alterando, é preciso, na busca pela solução do problema, aplicar à norma os pontos de vista que ajudem a Constituição a alcançar máxima eficácia diante do caso concreto, dando-se preferência às soluções que possibilitem a atualização das normas constitucionais, garantindo sua eficácia e permanência.³¹⁶

A Constituição está condicionada pela realidade histórica e o espírito do povo, sendo que suas normas somente poderão ter eficácia se essa realidade for levada em conta: “a força que constitui a essência e a eficácia da Constituição reside na natureza das coisas, impulsionando-a, conduzindo-a e transformando-se, assim, em força ativa”³¹⁷. Nem mesmo a Constituição, como Lei suprema, pode alterar as condicionantes naturais.³¹⁸

Nesse sentido, a Constituição de 1988, no processo de sua elaboração, não podia ficar alheia à realidade e fechar os olhos para as outras formas de famílias já existentes e tão numerosas quanto aquelas formadas pelo casamento. A Constituinte teve, portanto, que regular as relações familiares existentes entre homens e mulheres que convivem publicamente com ânimo de constituir família e os pais e mães que cuidam sozinhos de seus filhos, prevendo de forma expressa no texto constitucional a união estável e a família monoparental como unidades familiares e, assim, dignas de

³¹⁴ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho constitucional*. p. 50.

³¹⁵ CANOTILHO, J.J. GOMES, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p.1150.

³¹⁶ CANOTILHO, J.J. GOMES, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p.1226.

³¹⁷ HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. p. 133.

³¹⁸ *Ibid.* p. 137.

proteção constitucional. Essa foi a intenção da constituinte originária, ou seja, dar proteção não só à família decorrente do casamento, mas também às outras que passaram a se configurar.

Por essa razão, para se garantir a força normativa da Constituição deve o intérprete dar maior proteção à família e, conseqüentemente, abranger outras entidades familiares não constituídas formalmente, mas que são uma realidade fática, não as excluindo da proteção jurídica já destinada ao casamento e outros tipos de família, passando a ser valorizado o vínculo afetivo que une seus membros.

Por fim, tendo em vista todo o exposto, as técnicas de interpretação não são utilizadas de modo isolado, o intérprete deve se valer das técnicas em conjunto, de modo que uma complemente a outra.

Com a maior complexidade da vida moderna existem visões de mundo e pessoas muito diferentes. Portanto, diante do caso concreto podem existir diversas soluções para um mesmo problema.

Por essa razão, a função do intérprete na nova interpretação constitucional não se reduz a um mero conhecimento técnico, sendo que em varias situações deve completar o trabalho do legislador e fazer valorações das normas constitucionais, escolhendo, assim, dentre as soluções possíveis, a melhor diante da realidade e dos valores sociais. Portanto, cresce a visão de que a norma na verdade é um resultado da interação entre texto e realidade, só existindo quando concretizada.³¹⁹

Os significados do ordenamento jurídico se revelam em um processo dialético, entre texto e realidade, entre a norma e a situação por ela regulada, em um processo aberto, o qual deve revelar os valores vigentes em uma determinada sociedade.³²⁰ Afinal, os valores são “os conteúdos materiais da Constituição que conferem legitimidade a todo o ordenamento jurídico”.³²¹ São manifestações da

³¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *A reconstrução democrática do Direito Público no Brasil*. Luis Roberto Barroso organizador. Editora Renovar, 2007, p. 13.

³²⁰ SOARES, Ricardo Mauricio Freira. *A interpretação constitucional, uma abordagem filosófica*, p. 102-103, in *Leituras Complementares de Direito Constitucional Controle de Constitucionalidade e hermenêutica constitucional*, organizador Marcelo Novelino. Editora JusPodivm, 2ª edição. 2008.

³²¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, São Paulo : Celso Bastos, 2002 p. 77.

vontade e das crenças do próprio povo, e, por essa razão, não pode haver norma ou interpretação contrária a eles.

Dessa forma, não pode o intérprete ao analisar as normas constitucionais de família se ater a letra da lei e concluir que somente existem os modelos familiares expressamente previstos pelo texto constitucional. Isso significaria deixar de lado todo o espírito da Constituição e a finalidade pela qual o direito das famílias foi elevado a um patamar constitucional pelo Constituinte de 1988.

O que se busca é a proteção da instituição familiar como um todo, na qual se sustenta toda a nossa sociedade, e não a proteção de apenas certos modelos familiares em detrimento dos outros, como alguns querem crer. Afinal, a instituição familiar está constantemente se inovando, acompanhando as evoluções sociais, culturais e econômicas.

A família evolui, e por essa razão os intérpretes e aplicadores do direito devem ter seus espíritos e mentes abertas para olhar o direito de acordo com a cultura e a realidade na qual está inserido o núcleo familiar. Não há como se aplicar o direito, tornando o texto efetivo, voltando as costas à realidade e aos casos concretos que demandam uma solução. O futuro é sempre incerto, e por isso não há como se prever quais os novos tipos de família que surgirão.

Nesse sentido,

percebe-se estar em 'rota de colisão' com o direito constitucional o entendimento que exclui a proteção constitucional familiar de outros modelos de família não previstos exhaustivamente no art. 226 da *Lex Fundamental*. Trata-se, em verdade, de problema hermenêutico, uma vez que a interpretação sistemática e teleológica de preceitos constitucionais conduz à idéia da inclusão de outros modelos familiares.³²²

Ante o exposto, a interpretação cumpre um papel de extrema importância para a atualização do ordenamento jurídico, agregando novos valores e possibilitando a evolução e permanência do texto constitucional. O direito não pode se limitar a regular

³²² CHAVES, Cristiano de Farias e Nelson Rosenvald, *Direito das Famílias*, Rio de Janeiro: Lumen Júris 2008, p. 36.

um só tipo de realidade de um determinado tempo e de forma parcial. Todos os tipos de família são válidos e merecem a devida proteção constitucional.

5 Novos padrões familiares existentes: pluralidade de formas de constituição da família.

As diversas transformações sociais, políticas e econômicas que ocorreram em todo o mundo modificaram significativamente o modelo tradicional de família, qual seja, aquela oriunda do casamento, e fizeram surgir outros tipos de entidades familiares, igualmente importantes. Afinal, não podemos nunca esquecer que as famílias são um fenômeno social e cultural.

Com efeito, a família é um fenômeno da natureza e da cultura, que em decorrência da trama de interesses sociais envolvidos, também evoluiu, agregou novos conceitos e, principalmente, novas formas de ser família.³²³

Hoje podemos notar a existência de famílias diversas daquela tradicional, que decorre do matrimônio. Nossa Constituição já reconheceu expressamente a existência de outras duas: a união estável e a família monoparental. Entretanto, não podemos esquecer as outras famílias existentes em nossa sociedade, por exemplo, aquela formada por casais sem filhos e sem intenção de tê-los, famílias formadas por pessoas do mesmo sexo, entre outras. Como acentua Maria Berenice Dias:

Não se pode deixar de ver como família a **universalidade dos filhos** que não conta com a presença dos pais. Dentro desse espectro mais amplo, não cabe excluir relacionamentos de pessoas do mesmo sexo, que mantêm entre si relação pontificada pelo afeto a ponto de merecerem a denominação de **uniões homoafetivas**. A dita flexibilização conceitual vem permitindo que os relacionamentos, antes clandestinos e marginalizados, adquiram visibilidade, o que acaba conduzindo a sociedade à aceitação de todas as formas que as pessoas encontram para buscar a felicidade.³²⁴

³²³ ALFLEN, Maria de Fátima, *Direitos fundamentais e o novo direito de família* p. 83.

A perda do fim patrimonial e reprodutivo da família dá lugar ao afeto como base da família atual e surgem novos arranjos familiares, já que os anseios e ideais familiares se alteraram juntamente com as transformações sociais, políticas, econômicas e culturais sofridas. Os novos valores sociais rompem com a concepção tradicional de família matrimonial.

Desse modo,

afirmado o afeto como base fundante do Direito da Família por seres humanos, decorre, por conseguinte, uma mutabilidade inexorável, apresentando-se sob tantas e diversas formas, quantas sejam as possibilidades de se relacionar, ou melhor de expressar o amor".³²⁵

O conceito atual de família envolve uma nova função, passa a ser considerada como instrumento necessário para o pleno desenvolvimento da personalidade de seus integrantes e, conseqüentemente, para a realização da dignidade da pessoa humana e de sua felicidade. Não se trata simplesmente de uma instituição prevista pelo direito, antes de tudo, é uma instituição real, a que todos nós pertencemos e a que o ordenamento jurídico passa a dar maior importância e proteção ao reconhecer novas estruturas familiares.

*A família do novo milênio, ancorada na segurança constitucional, é igualitária, democrática e plural (não mais necessariamente casamentária), protegido todo e qualquer modelo de vivência afetiva e compreendida como estrutura sócio-afetiva, forjada em laços de solidariedade.*³²⁶

A família atual é composta por membros que possuem a mesma dignidade, baseada na solidariedade entre seus membros e nos sentimento e vínculo de afeto que os une. Todos os membros contribuem para a realização dos interesses da família, que é o instrumento necessário para a busca da felicidade de cada um e formação de sua

³²⁴ DIAS, Maria Berenice, Manual de *Direito das famílias*, 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 39-40.

³²⁵ *Ibid*, p. 26.

³²⁶ CHAVES, Cristiano de Farias e Nelson Rosenvald, *Direito das Famílias*, p. 9.

personalidade. Cada membro da família é um indivíduo com direitos a serem respeitados.³²⁷

Não há vida digna sem a existência de uma família. E o importante atualmente é a realização da dignidade de cada membro da família, com fundamento nos laços afetivos que os une, pouco importando o modelo familiar adotado. Por isso, o conceito deve ser mais flexível, reconhecendo-se o pluralismo em suas formas de constituição. Portanto, não há como se falar em um modelo rígido de família.

Na verdade habitamos um universo dinâmico e mutável, enquanto que como seres humanos estamos sujeitos a transformações. Seria, portanto, absurdo exigir ou esperar que um agrupamento humano, como a família, não sofresse constantemente oscilações e mudanças. Nesse sentido, a própria denominação de 'velha', 'antiga' ou 'nova' família, é apenas uma tentativa comparativa, visando relacionar diferentes momentos e diferentes formas pelas quais esta, a família, se organiza³²⁸

Conforme acentuado, não há como se estabelecer qualquer tipo de valoração entre as diferentes configurações familiares, afirmando que uma é mais “família” que outra e por isso demanda proteção constitucional.

A família é anterior às demais instituições que tentam lhe dizer o que ela é e como ela deve agir para ser reconhecida como tal. Curiosa inversão, feita pelo Direito, que acabou mistificando a família a ponto de acharmos que algumas famílias são mais ‘de família’ do que outras (...)³²⁹

As uniões não formalizadas também passam a ser vistas como entidades familiares.³³⁰, já que o direito acompanha as mudanças sociais e se adapta à nova

³²⁷ Cf. ALFLEN, Maria de Fátima. *Direitos fundamentais e o novo direito de família*, p. 102: “Diante do exposto, pode-se ressaltar que o novo modelo de família, eudemonista e igualitário, é resultado do fenômeno da constitucionalização do ordenamento jurídico, sendo que neste modelo, abriu-se maior espaço para o afeto e a realização individual de seus membros, cujo conceito mais flexível de unidade tem por objetivo primordial o desenvolvimento da personalidade de seus membros”.

³²⁸ AZEVEDO, Ana Maria Andrade de. *Psicanálise, direito e sociedade: Encontros possíveis*. coordenação Antonio Cesar Peluso e Eliana Riberti Nazareth. São Paulo: Quartier Latin, 2006., p. 90.

³²⁹ GROENINGA, Giselle Câmara. *Afetos, sexualidade e violência – a família desmistificada*. in *A família além dos mitos*, Maria Berenice e Eliene Ferreira Bastos coord.. Belo Horizonte : Del Rey. 2008, p.68.

realidade fática. Não é possível, atualmente, considerar o vínculo de parentesco sanguíneo ou proveniente do casamento como único critério para caracterização das entidades familiares. O pluralismo das relações familiares acarretou importantes mudanças na estrutura social, mudando profundamente o conceito de família. O rompimento do aprisionamento da família no modelo matrimonial e o reconhecimento de outras estruturas de convívio ocasionaram transformações nas famílias nunca antes vistas.³³¹

Com as alterações sociais nos modelos familiares acaba havendo uma defasagem no ordenamento jurídico, ocasionando uma barreira entre os interesses dos indivíduos e as leis que os regulam. Por isso é importante o reconhecimento pela doutrina e pela jurisprudência de outros modelos familiares válidos além da família nuclear, fundada no matrimônio. Assim, enquanto o legislador não regulamenta a questão das novas famílias, o direito pode ser aplicado nas situações concretas por nossos Tribunais.

Nesse sentido:

Atualmente, a luz da doutrina internacional dos direitos humanos que impera no mundo jurídico, a família tradicional ou nuclear não é o único modelo familiar válido dentro do qual se desenvolvem as pessoas ao longo de suas vidas. Em outras palavras, a família fundada no matrimônio entre pessoas de sexo diferente – homem e mulher – cujo elemento fundante consiste na procriação ou ‘propagação da espécie’, compartilha o cenário com outras configurações familiares. Por que? A realidade social mudou – e em boa hora – de maneira profunda, ficando arcaica e um tanto hipócrita, aquela visão pela qual a família é somente a derivada da união conjugal.

*Geralmente, o ordenamento jurídico passa por trás das transformações sociais apresentando, assim, certas defasagens entre as necessidades dos indivíduos e as leis que as regulam.*³³²

³³⁰ PENA JR., Moacir César. *Direito das pessoas e das famílias: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva. 2008, p. 24. “A família brasileira atual é produto – além do casamento/união estável – e uniões informais, da ciência (inseminação artificial), da união entre pessoas do mesmo sexo, de pessoas vivendo sozinhas, de pais ou mães criando sozinhos sua prole, de irmandade, etc.”

³³¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, p. 39.

³³² HERRERA, Marisa. *Filiación, adopción y distintas estructuras familiares em los albores Del siglo XXI*, in *A família além dos mitos*, p. 151-152. *Em la actualidad, a luz de la doctrina internacional de los derechos humanos que impera em el mundo jurídico, la familia tradicional o nuclear nos es el único modelo familiar válido dentro Del cual se desarrollan lãs personas a largo de suas vidas. Em otras palabras, la familia fundada em el matrimonio entre personas de diferente sexo – hombre y mujer – cuya*

Importante também ressaltar que a tendência é haver um alargamento do modelo familiar, destinando a proteção constitucional não só a família ligada pelos vínculos de parentesco, mas também para as comunidades de pessoas unidas pelo afeto e que dependem umas das outras para sua sobrevivência material e moral, não excluindo os efeitos jurídicos que decorrem das relações familiares.

A família não pode ser emoldurada, engessada como se existisse somente um e correto modelo de constituição familiar. Ao contrário, deve ser aceita a idéia de que existem diferentes formas de famílias e respeitar as diferenças existentes entre cada uma. A família é uma realidade social e as relações familiares não podem ser limitadas por uma regulamentação do direito que escolhe proteger somente determinados modelos. Hoje a visão que se tem da família deve ser plural e aberta, não submetida a enumerações taxativas, tendo como base os próprios princípios e regras nos quais se fundamenta a Constituição.³³³

Dessa maneira, as espécies de entidades familiares explicitadas na Constituição Federal – o casamento, a união estável e a família monoparental – são meramente exemplificativos, apesar de serem os mais comuns. Não se pode excluir núcleos familiares sob o argumento de que não estão expressamente previstas na Constituição Federal, uma vez que os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade proíbem qualquer discriminação à opção afetiva dos cidadãos. A exclusão

elemento fundante consiste em la procreación o “propapación de la especie”, comparte el escenario con otras configuraciones familiares. Porqué? La realidad social há cambiado – y em buena ora – de manera profunda, quedando arcaica y um tanto hipócrita, aquella visión por la cual ‘la’ familia es solo la derivada de la unión conyugal.

Por lo genreal, el ordenamiento jurídico va por detrás de las transformaciones sociales presentando así ciertos defasajes entre las necesidades de los individuos y las leyes que las regulan.”

³³³ Cf. FACHIN, Luiz Edson. *Princípios constitucionais do direito de família brasileiro contemporâneo in A família além dos mitos*, p.122: “A família era tida como transpessoal, hierarquizada, fundada na lei da desigualdade, enfim, um conjunto de características que lhes dava assento exclusivo na matrimonialização, uma visão monolítica, unidimensional. Nessa travessia do clássico para o contemporâneo, mantém-se essa visão para uma dimensão plural, aberta, porosa, não submetida a determinadas enumerações taxativas que encontram o seu repouso num conjunto de princípios e regras, ambos assentados na Constituição Federal de 1988.”

significa negar direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana a uma parcela da população.

Ademais, se a união entre irmão, entre tio e sobrinho e entre avós e netos constituem entidades familiares, naturalmente, é porque o rol constitucional é meramente exemplificativo (a partir do comando 226, CF) e, por conseguinte, as uniões homoafetivas também são núcleos familiares, reclamando idêntica proteção. Com efeito, o constituinte limitou-se a mencionar algumas hipóteses (as mais comuns, habituais) de grupos familiares – o casamento, a união estável e família monoparental – sem, contudo, exaurir o rol e, naturalmente, sem excluir de seu agasalho protetivo outras entidades também alicerçadas no afeto³³⁴

Alguns fatores devem ser levados em consideração ao se analisar a constituições de novas formas de família. De um lado, as famílias formadas pelo matrimônio diminuem e crescem as famílias informais. Ademais, aumenta também o número de famílias monoparentais, principalmente aquelas em que a mãe cria os filhos sozinha.³³⁵

Outro fator importante é a relevância que a solidariedade familiar ocupa nos dias atuais. Os membros da família se ajudam para manter a sobrevivência do núcleo e garantir seu desenvolvimento. É cada vez mais comum vermos avós que mesmo depois de aposentados continuam a trabalhar para auxiliar no sustento de seus filhos e netos. Em uma mesma residência moram os filhos, pais, avós, tios e primos, não em virtude de uma regra social que determina que todos os membros de uma mesma família devem residir em conjunto, mas sim porque esse tipo de estrutura familiar assegura um melhor desenvolvimento para seus membros. A renda é maior, pois mais pessoas trabalham, uns cuidam dos outros. Assim, os princípios da afetividade e da solidariedade norteiam a constituição e a evolução das famílias atuais.

Ante todo o exposto, importante destacar alguns modelos familiares existentes na sociedade brasileira atual:

³³⁴ CHAVES, Cristiano de Farias e Nelson Rosenvald, *Direito das Famílias*, p. 56.

³³⁵ Cf. Maria Berenice Dias, *Manual de Direito das Famílias*, p. 38: “Pensar em família ainda traz à mente o modelo convencional: um homem e uma mulher unidos pelo casamento e cercados de filhos. Mas essa realidade mudou. Hoje, todos estão acostumados com famílias que se distanciam do perfil tradicional. A convivência com famílias recompostas, monoparentais, homoafetivas permite reconhecer que ela se pluralizou, daí a necessidade de flexionar igualmente o termo que a identifica, de modo a albergar todas as suas conformações”.

5.1 Família matrimonial:

Por muito tempo a família decorrente do casamento era tida como o único modelo familiar válido e digno de proteção jurídica. Por essa razão, a família matrimonial sempre esteve prevista em nosso ordenamento jurídico e até o advento da Constituição de 1988 era a única espécie reconhecida constitucionalmente.

Através da Constituição vigente passou a vigorar o princípio da pluralidade familiar e outras modalidades de família ganharam respaldo constitucional. Entretanto, o casamento ainda está previsto na Constituição da seguinte forma:

Art. 226, § 1º: O casamento é civil e gratuita sua celebração.

A Constituição de 1998 mais uma vez assegurou que o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos. (art. 226, § 6º).

Vale destacar que apesar de não haver estabelecido qualquer tipo de hierarquia entre os modelos familiares, a Constituição dá certa preferência à família matrimonial, como pode ser notado pela leitura do art. 226, § 3º, ao prever que a lei deverá facilitar a conversão da união estável em casamento. Esse tratamento diferenciado não pode ser entendido como uma janela aberta ao legislador e ao intérprete para que tratem de forma desigual as família oriundas do casamento e da união estável. Trata-se de um tratamento diferenciado, mas constitucional, pois previsto em seu texto, o que não diminui o valor ou os direitos que devem ser conferidos à união estável. Assim, qualquer tratamento diferenciado com base em outros motivos infundados será discriminatório e, por isso, inconstitucional.

5.2 União estável:

A União estável foi inicialmente regulada pela Lei 9.278/96, que hoje se encontra praticamente revogada em face da edição do Código Civil de 2002, o qual

passou a lhe regular de modo expresso. A partir da Constituição de 1988, passou, pela primeira vez, a ser digna de proteção constitucional:

Art. 226, § 3º: Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a União Estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Entretanto, Foi um longo caminho o percorrido pela família formada através da União Estável até alcançar sua devida proteção jurídica. Contudo, apesar de ser reconhecida expressamente como um modelo familiar pela Constituição de 1998, a união estável ainda é tratada como uma família inferior à decorrente do casamento, apesar de não haver qualquer hierarquia estabelecida nas normas constitucionais. Em outras palavras, “Ao que parece, retomou-se a mentalidade de que união estável é uma ‘família de segunda classe’, e não outra espécie de família, nem melhor nem pior que o casamento, apenas diferente.”³³⁶

O Código Civil de 2002 ainda faz distinções com relação aos direitos sucessórios dos companheiros, dando um tratamento inconstitucional à matéria. Nesse sentido, diferentemente do cônjuge, o companheiro não foi reconhecido como herdeiro necessário. Ademais, está em quarto lugar na ordem de vocação hereditária, depois, inclusive, dos colaterais. Desse modo, apesar de partilharem uma vida em comum, em caso de morte de um dos companheiros, o outro não terá os mesmos direitos sucessórios a que tem direito o cônjuge, em razão da formalização dessa família.

Assim sendo,

diante da equiparação entre casamento e união estável levada a efeito pela Constituição e pela própria sociedade, não pode a lei limitar direitos consagrados em sede constitucional e que já estavam assegurados na legislação pretérita. Tal postura afronta um dos princípios fundamentais que rege o direito de família, que veda o retrocesso social. (...) O legislador precisa ser fiel ao tratamento isonômico garantido na Constituição, não podendo estabelecer diferenciações ou revelar preferências.³³⁷

³³⁶ Dias, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. p. 67.

³³⁷ *Ibid.* p. 66.

Por fim, vale ressaltar que o tratamento diferenciado aos tipos de família fere o princípio constitucional da isonomia, uma vez que não pode haver qualquer tipo de discriminação infundada entre união estável e casamento, já que são igualmente reconhecidas como modelos de família pela Constituição.

Ademais, apesar de o Código Civil dispor que a união estável é caracterizada também pelo objetivo de constituição de família, referida cláusula não pode ser aceita em face da Constituição, já que não interessa a finalidade para a qual a união estável foi formada, e sim o fato de ela existir.³³⁸ O intuito de constituir família deve ser interpretado como o objetivo de se formar uma vida em comum, em razão do afeto, e não a mera procriação, já que hoje também são reconhecidas como entidades familiares as uniões formadas por pessoas sem filhos.

5.3 Família monoparental:

Trata-se da família formada por qualquer um dos pais e seus descendentes. Conforme previsão expressa da Constituição Federal:

Art. 226, § 4º: Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Assim sendo:

Essa família monoparental abrange a comunidade de pai ou mãe solteiros e seus descendentes, naturais (filhos, netos, etc.) ou por adoção, a comunidade de pai ou mãe divorciados e seus filhos. A dissolução de uniões estáveis também pode gerar uma (ou até duas) família monoparental. A chamada 'produção independente', realizada especialmente por mulheres solteiras que desejam filhos (mas que homem também pode realizar), também pode ser causa do surgimento do fenômeno.³³⁹

³³⁸ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 2ª ed. São Paulo : Editora Malheiros., 2002.p. 852.

³³⁹ *Ibid.* p. 851.

A Constituição de 1988 passou a tutelar essa modalidade familiar em razão do crescente número de famílias monoparentais existentes na sociedade brasileira. A maior parte das famílias monoparentais ainda é composta pela mãe e seus filhos, concentrando-se a guarda e o poder familiar em suas mãos.

Como afirma Paulo Lôbo, a família monoparental pode ter como causa um desejo pessoal, como é o caso das mães solteiras, que desejam criar seus filhos de forma independente, ou outras circunstâncias, como a viuvez, a separação de fato ou judicial, o divórcio, a adoção de filho por apenas uma pessoa, entre outras.³⁴⁰

5.4 Famílias homoafetivas:

Trata-se de entidade familiar formada pela união de pessoas do mesmo sexo, as quais compartilham uma vida em comum de forma pública e duradoura com o intuito de constituir uma família.

Apesar de ser uma realidade cada vez mais comum em nosso país, predomina na jurisprudência nacional o entendimento de que as uniões homoafetivas são meras sociedades de fato, apesar de já haver algumas decisões reconhecendo referidas uniões como famílias e, portanto, reconhecendo seus direitos. O fato de não estar prevista expressamente pela constituição não significa que deve ser excluída da proteção constitucional, sob pena de se violarem os princípios da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido:

A norma de inclusão do art. 226 da Constituição apenas poderia ser excepcionada se houvesse outra norma de exclusão explícita de tutela dessas uniões. Entre as entidades familiares explícitas há a comunidade monoparental, que dispensa a existência de casal (homem e mulher). A Constituição não veda o relacionamento de pessoas do mesmo sexo. A ausência de lei que regulamente essas uniões não é impedimento para sua existência, porque as normas do art. 226 são auto-aplicáveis, independentemente de regulamentação.³⁴¹

³⁴⁰ LÔBO, Paulo, *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva. 2008, p. 66.

³⁴¹ *Ibid*, p. 68.

Assim sendo, a diversidade de sexo não pode ser considerada como elemento essencial à caracterização da união homoafetiva como entidade familiar. Nesse sentido, o enfoque atual dado à família é muito mais voltado aos vínculos de afetividade existentes entre seus membros que às suas identidades sexuais.³⁴²

Vale ressaltar que muitas dessas famílias têm como objetivo ter filhos, sendo que a adoção na maioria das vezes lhes é negada, em razão do preconceito e falta de informação, bem como a ausência de regulamentação jurídica específica da matéria.

Negar a existência da família homossexual importa em negar-lhe direitos básicos, como sua dignidade, a liberdade de constituição de família, o direito a ter filhos, a igualdade com relação às outras formas de família, além de direitos em outras áreas do direito, como os sucessórios e previdenciários.

Trata-se de discriminação infundada, a qual é incompatível com nossa Constituição. Nesse sentido:

Necessário é encarar a realidade sem discriminação, pois a homoafetividade não é uma doença nem uma opção livre. Assim, descabe estigmatizar a orientação homossexual de alguém, já que negar a realidade não irá solucionar as questões que emergem quando do rompimento dessas uniões. Não há como cancelar o enriquecimento injustificado, e deferir, por exemplo, no caso de morte do parceiro, a herança aos familiares, em detrimento de quem dedicou a vida ao companheiro, ajudou a amealhar patrimônio e se vê sozinho e sem nada.³⁴³

O reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar é, portanto, um imperativo constitucional. Caso contrário, haverá clara violação à dignidade da pessoa humana em razão de meros formalismos legais.³⁴⁴

Como afirma Maria Berenice Dias,

de logo, convém repisar que o reconhecimento da monoparentalidade no Direito de Família traz como consequência inexorável a admissibilidade da homoparentalidade, uma vez que a família monoparental pode ser formada por duas pessoas do mesmo sexo.

³⁴² Dias, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 66.

³⁴³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das famílias*. p. 45.

³⁴⁴ CHAVES, Cristiano de Farias e Nelson Rosendal, *Direito das Famílias*, p. 7.

Rompe-se, deste modo, um caráter estritamente heterossexual da família.³⁴⁵

Dessa maneira, a convivência entre duas pessoas do mesmo sexo, na qual estejam presentes o afeto, estabilidade, solidariedade, comunhão de vida e a intenção de constituir uma família deve necessariamente ser reconhecida como uma entidade familiar.³⁴⁶

Note-se que o princípio da liberdade abrange também a liberdade de orientação sexual, a qual deve ser respeitada por todos, inclusive pelo legislador. Desse modo, a identidade sexual de cada pessoa não pode limitar o exercício de outro tipo de liberdade, qual seja, a liberdade de constituir família. Assim, a toda e qualquer pessoa, independentemente de sua opção sexual, deve ser assegurado o direito de adotar um modelo de família que esteja de acordo com suas necessidades, expectativas e vínculos afetivos.

A maioria dos Tribunais ainda entende que as normas constitucionais e infraconstitucionais não regulam a união homoafetiva. A maior parte dos julgados sobre a questão atribui apenas efeitos patrimoniais às relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo. Entretanto, em muitos julgados já é possível se verificar um maior reconhecimento à existência dessas famílias, tendo em vista a realidade da vida atual e a existência de fato dessas uniões.³⁴⁷

Nesse sentido, é importante mencionar entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o qual vem proferindo continuamente importantes decisões no sentido de se reconhecer a existência desse modelo familiar:

AÇÃO DECLARATÓRIA. RECONHECIMENTO. UNIÃO ESTÁVEL. CASAL HOMOSSEXUAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CABIMENTO. A ação declaratória é o instrumento jurídico adequado para reconhecimento da existência de união estável entre parceria homoerótica, desde que afirmados e provados os pressupostos próprios daquela entidade familiar. A sociedade moderna, mercê da evolução dos

³⁴⁵ DIAS, Maria Berenice. *op. cit.* p. 50.

³⁴⁶ PENA JR., Moacir César. *Direito das pessoas e das famílias : doutrina e jurisprudência.* p. 171.

³⁴⁷ LÔBO, Paulo, *Direito Civil: famílias,* p. 70.

costumes e apanágio das decisões judiciais, sintoniza com a intenção dos casais homoafetivos em abandonar os nichos da segregação e repúdio, em busca da normalização de seu estado e igualdade às parselhas matrimoniadas. EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS, POR MAIORIA. (SEGREGO DE JUSTIÇA) (Embargos Infringentes Nº 70011120573, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 10/06/2005).

Por fim, vale esclarecer que não se deve comparar a união estável com a homoafetiva, tentando justificar a existência dessas uniões com base no art. 226, § 3º da Constituição. Afinal, o dispositivo em referência é claro em afirmar que união estável é aquela formada por homem e mulher, ou seja, por pessoas de sexos opostos. Assim, são famílias diferentes, que merecem igual proteção constitucional, mas podem ter regulamentação infraconstitucional diversa, como já ocorre, por exemplo, entre casamento e união estável. Afinal, cada modelo familiar possui suas necessidades próprias de regulamentação jurídica e o fundamento constitucional para se reconhecer a existência das famílias homoafetivas não reside somente no art. 226, § 3º, e sim em todo o conjunto da Constituição, como já foi demonstrado.

O que não pode ocorrer é que uma futura lei traga tratamento discriminatório e prejudicial às uniões entre pessoas do mesmo sexo. Referida lei seria inconstitucional, pois violaria princípios fundamentais de nossa Constituição, como a igualdade, a liberdade e a dignidade da pessoa humana. Entretanto, enquanto não possuir regulamentação própria, deve a união homoafetiva ser regulada por normas constitucionais e dispositivos infraconstitucionais que tratam sobre outras entidades familiares como a união estável e o casamento, naquilo que for cabível, tendo em vista o caso concreto.

5.5 Família anaparental:

A família anaparental está caracterizada pela convivência entre pessoas que tenham ou não vínculo de parentesco, dentro de uma estruturação familiar, com uma identidade de propósito.³⁴⁸. Nesta espécie de família, as pessoas estão unidas por um

³⁴⁸Sérgio Rezende de Barros, *Direitos humanos da família*, p. 151 apud DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das famílias*. p. 46.

vínculo afetivo, pela solidariedade e assistência mútua, assim como por um sentimento de que fazem parte de uma mesma família. É assim chamado pois se caracteriza pela ausência de pai ou mãe.

Como as demais espécies de família, seus integrantes estão unidos pelo amor e auxiliam-se mutuamente com o fim de desenvolver suas personalidades e alcançar seus objetivos. Nesse sentido,

a convivência sob o mesmo teto, durante longos anos, por exemplo, de duas irmãs que conjugam esforços para a formação do acervo patrimonial constitui uma entidade familiar. Na hipótese de falecimento de uma delas, descabe dividir os bens igualmente entre todos os irmãos, como herdeiros colaterais, em nome da ordem de vocação hereditária.³⁴⁹

Como exemplo de família anaparentais podemos citar a entidade familiar formada por alguns irmãos, por duas amigas ou dois amigos, por dois grupos de familiares diversos, por tios e sobrinhos, por primos, entre outros.

5.6 Famílias recompostas ou reconstituídas.

As famílias recompostas ou reconstituídas estão relacionadas à dissolução de famílias anteriores e constituição de uma nova, a qual se caracteriza pela integração entre os membros de cada unidade familiar desconstituída.

As famílias recompostas se caracterizam pela “multiplicidade de vínculos, a ambigüidade, dos compromissos e a interdependência, eis que são constituídas pelo novo casal, os filhos exclusivos de cada um (de relacionamentos anteriores) e os filhos comuns (geralmente mais novos)”³⁵⁰ São “as que se constituem entre um cônjuge ou companheiro e os filhos do outro, vindos de relacionamento anterior”.³⁵¹

³⁴⁹ DIAS, Maria Berenice. Manual de *Direito das famílias*. p. 46.

³⁵⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios Constitucionais de Direito de Família. Guarda Compartilhada à luz da Lei nº 11.698/08. Família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Ed. Atlas. 2008, p.144.

³⁵¹ LÔBO, Paulo, *Direito Civil: famílias*, p. 73.

Essa família envolve o relacionamento dos filhos com o novo companheiro da mãe ou do pai, bem como dos filhos de relações anteriores do padrasto ou madrasta, bem como entre os filhos em comum que o novo casal poderá ter. Assim, há o estabelecimento de laços afetivo entre os membros dessa nova entidade familiar, que não são todos unidos entre si por vínculos biológicos.

O padrasto ou madrasta passam a influenciar, junto ao pai e mãe biológicos, a educação, saúde, sustento e criação das crianças. O afeto entre os membros dessa nova família é tão importante que existem casos em que a criança deseja acrescentar o nome de família do padrasto³⁵² ou que nas hipóteses de separação dos pais da unidade familiar reconstituídas, os filhos desejam ficar sob a guarda do padrasto ou madrasta, em razão do estabelecimento de vínculos socioafetivos.³⁵³

Maria Berenice Dias fala em família pluriparental, caracterizada pela multiplicidade de vínculos, forte grau de interdependência, resultantes principalmente de relações decorrentes de divórcio, separação, novo casamento, onde cada um dos membros traz seus filhos de relações anteriores para a nova entidade familiar, e muitas vezes acabam tendo filhos comuns.³⁵⁴

³⁵² “Retificação de registro civil. Acréscimo de apelido da família do padrasto autor. Admissibilidade. Hipótese em que, embora não se enquadre nas exceções legais, se justifica em razão da importância do nome no meio social. Recurso provido.” (TJSP. Apelação com revisão n. 3270074100. Rel. Des. Carlos Stroppa. 4ª Câmara de Direito Privado. Data de registro. 11/05/2004).

³⁵³ PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PAI BIOLÓGICO CONHECIDO E REGISTRADO. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. ADOÇÃO. INFANTE AMPARADA PELA FAMÍLIA. COMPETÊNCIA. VARA DE FAMÍLIA. O pedido de reconhecimento de paternidade socioafetiva ancora-se no art. 1593 do Código Civil. No caso concreto, a declaração da paternidade socioafetiva, sendo conhecido e registrado o pai biológico, tem como premissa básica a destituição do poder familiar do pai biológico. A competência para julgamento da ação de destituição é concorrente entre as Varas de Família (art.85, f, do CODJERJ) e o Juizado da Infância e Juventude (art.98 da Lei 8069/90), dependendo do estado em que se encontra a infante. In casu, a infante está na companhia de sua mãe biológica e do pai socioafetivo, não se tratando de menor desprotegida ou em situação de risco a invocar a competência do Juizado da Infância e Adolescência, consoante previsto no art. 92 do CODJERJ, bem assim no art.148, parágrafo único, b da Lei 8069/90. Noutro giro, mesmo que se entenda que a tutela aqui pretendida se assemelha à hipótese de adoção, o julgamento de tal matéria também é afeto às varas de família, consoante os dispositivos legais acima expostos. Daí se conclui que é equivocada a decisão agravada ao declinar a competência em favor do Juizado da Infância e Juventude. Manutenção do processamento e julgamento da demanda no Juízo de família. PROVIMENTO DO RECURSO. (TJRJ, Agravo de instrumento n. 2009.002.41946, DES. ROBERTO DE ABREU E SILVA - Julgamento: 19/01/2010 - NONA CAMARA CIVEL).

³⁵⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das Famílias, p. 47-48.

6 As novas famílias na legislação e jurisprudência brasileira

É cada vez maior o número de famílias que não são compostas somente por pais e filhos. É possível se notar também famílias constituídas por avós e netos; avós, um dos pais e netos; irmãos, tios e sobrinhos moram juntos e formam um elo familiar muito forte de afeto e dependência mútua. Como já foi mencionado, o que caracteriza a família atual não é simplesmente a presença de pais e filhos e sim o auxílio mútuo, o afeto, o que importa na existência de inúmeros modelos familiares.

Em nossa sociedade atual, onde as pessoas trabalham cada vez mais por baixos salários, ninguém possui muito tempo livre para sua vida pessoal. Por essa razão, torna-se indispensável a contribuição afetiva e financeira de outras pessoas que antes não integravam a família tradicional, para proporcionar uma vida digna a todo o núcleo familiar.

Não podemos esquecer também as famílias homoafetivas, que já são uma realidade, mas não contam com a aceitação da maior parte da sociedade, inclusive de nosso Poder Judiciário.

Não é crível que a Constituição Federal, que regula um Estado Democrático de Direito e veda discriminações de qualquer natureza, tendo ainda como seus fundamentos e objetivos a busca pela igualdade e pela dignidade da pessoa humana, exclua do ordenamento jurídico as novas formas de família existentes.

É preciso que os operadores do direito adotem uma nova postura na aplicação das normas constitucionais de direito de família ao caso concreto. Deve-se reconhecer a existência da diversidade de relações afetivas e novas formas de família existentes, com base nos próprios princípios que orientam nossa Constituição.

Em outras palavras, é necessário uma nova postura dos operadores do direito que lidam com a complexa relação familiar, pois a construção jurídica nas decisões judiciais, tem dever de respeitar os princípios consensuais consubstanciados no direito fundamental da dignidade da pessoa humana elevado a categoria de princípio e elemento fundante do

nosso Estado Democrático de Direito, na igualdade, na liberdade e na intimidade, direitos fundamentais do Direito de Família.³⁵⁵

Apesar de não ser a passos largos, já podemos verificar alguma evolução no sentido de se incluir os novos modelos familiares na proteção jurídica devida às famílias. A proteção constitucional e legal deve ser ampla e abranger vários ramos do direito, como o previdenciário, tributário, civil, entre outros.

Além disso, a própria consideração da família como núcleo essencial da sociedade faz com que disponha de normatização própria e influencie a legislação protetiva de seus membros em vários setores, como o previdenciário, o tributário e o trabalhista, em que se expedem normas especiais para a defesa dos valores nela inscritos.³⁵⁶

É a instituição da família que deve ser protegida, independentemente de sua forma adotada, seja ela constituída através do casamento, união estável ou união homoafetiva. A todas as estruturas familiares deve ser dispensada a mesma proteção jurídica, assegurando assim o exercício de sua função, que é a de auxílio mútuo, tanto moral, quanto material de seus membros.

Por isso já dissemos que a maior missão do Estado é a de preservar o organismo familiar sobre que repousam suas bases. Cada família que se desprotege, cada família que se vê despojada, a ponto de insegurar-se quanto a sua própria preservação, causa, ou pelo menos deve causar, ao Estado, um sentimento de responsabilidade, fazendo-o despertar a uma realidade, que clama por uma recuperação.³⁵⁷

A Lei 11.340/06, chamada Lei Maria da Penha, considera em seu art. 5º, inciso II que o âmbito familiar é compreendido como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais ou por afinidade. Em seu parágrafo único, o artigo em questão ainda dispõe que as relações em questão independem da orientação sexual.

³⁵⁵ ALFLEN, Maria de Fátima. *Direitos Fundamentais e o novo direito de família*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p.85.

³⁵⁶ BITTAR Carlos Alberto. *Direito de família*, 2ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 2006, p 13.

³⁵⁷ VILLAÇA, Álvaro. *Estatuto da Família de Fato*: de acordo com o novo Código civil, Lei nº 10.406, de 10-01-2002. São Paulo: Atlas, 200, p.10.

Pode-se inferir, portanto, que a referida lei trouxe avanços não somente para a defesa dos direitos e proteção da mulher, mas também contribuiu para consolidar o princípio do pluralismo familiar. Isso porque compreende a família como uma comunidade aberta, que pode ou não envolver parentes e sua constituição independe da orientação sexual de seus membros. A razão que os une em um mesmo ambiente familiar são os laços afetivos.

Nos dizeres de Maria Berenice Dias, “como é assegurada proteção legal a fatos que ocorrem no ambiente doméstico, isso quer dizer que as uniões de pessoas do mesmo sexo são entidades familiares. Violência doméstica, como diz o próprio nome, é violência que acontece no seio de uma família”.³⁵⁸

A Lei 11.698/08, a qual introduziu o instituto da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, também seguiu as novas tendências familiares e tendo em vista as evoluções sociais previu uma nova forma de guarda que pode fornecer melhores instrumentos para a criação e desenvolvimento humano das crianças. Tradicionalmente, no caso de rompimento entre os casais, a guarda dos filhos menores era atribuída unilateralmente à sua genitora. Assim, prevalecia o entendimento de que ao pai caberia o sustento material da prole e à mãe a sua criação, já que ela em regra não trabalhava e estava incumbida de realizar os afazeres domésticos, os quais incluíam os cuidados com a prole.

Entretanto, com o advento da Constituição de 1988 aos homens e mulheres são reconhecidos direitos iguais, inclusive na criação dos filhos, sendo ambos igualmente submetidos ao princípio da paternidade responsável e possuindo a mesma autoridade parental. A previsão jurídica da guarda compartilhada, em respeito à dignidade da pessoa humana e ao melhor interesse da criança, levou em consideração as reais necessidades das crianças que têm de passar por uma dissolução de seu núcleo familiar. Nesse sentido:

Dentro de um contexto histórico social em que o homem era o único provedor do sustento do lar, ao passo que a mulher cuidava tão-somente dos afazeres domésticos, além dos filhos, nada mais razoável que tais regras prevalecessem. Contudo, diante das mudanças

³⁵⁸ Dias, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 77.

operadas no meio social, com o desenvolvimento e equiparação entre os direitos dos homens e os das mulheres, as transformações operadas na própria economia doméstica, em que o trabalho de um só é, na maioria das vezes, insuficiente para prover a subsistência familiar, a realidade familiar contemporânea é completamente diversa daquela existente trinta ou quarenta anos atrás.³⁵⁹

A lei de guarda compartilhada, portanto, atendeu aos anseios sociais por uma nova modalidade de guarda que possibilite aos pais o exercício do poder familiar em igualdade de condições, mesmo havendo a fragmentação da entidade familiar. Essa nova modalidade permite a manutenção dos laços afetivos entre pais e filhos, bem como preserva a convivência familiar.

Vale notar ainda que as exigências sociais do mundo moderno impuseram a alteração dos padrões familiares. Por exemplo, com a inserção da mulher no mercado de trabalho, o cuidado dos filhos menores durante a jornada laboral dos pais fica a cargo de outra pessoa, como por exemplo, dos avós.³⁶⁰ Dessa forma, a guarda compartilhada não precisa necessariamente ser fixada em favor dos pais, mas pode também ser fixada em favor de um ou ambos os pais e um dos avós, ainda que o poder familiar caiba aos pais.

A guarda compartilhada, portanto, deve ter seu alcance ampliado aos mais variados arranjos familiares possíveis, sempre tendo em vista o melhor interesse da criança e do adolescente.³⁶¹ Assim, o instituto deve abranger não apenas os pais que foram casados ou viveram em união estável, mas também os que nunca tiveram um relacionamento regulado pelo direito de família.³⁶²

Por fim, insta destacar que a Constituição pode ser alterada não só através das emendas, das mutações constitucionais e da interpretação. A modificação das normas constitucionais pode ocorrer através do desenvolvimento de novos

³⁵⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira Da. *Princípios Constitucionais de Direito de Família: Guarda Compartilhada à luz da Lei nº 11.698/08. Família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Ed. Atlas. 2008, p. 212.

³⁶⁰ *Ibid.* p. 242.

³⁶¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira Da. *Princípios constitucionais de direito de família: Guarda Compartilhada à luz da Lei nº 11.698/08. Família, criança, adolescente e idoso*. p. 252.

³⁶² *Ibid.* p. 242. □□□□□□

entendimentos jurisprudenciais, em razão do surgimento de novos costumes e valores. O Poder Judiciário, por exemplo, como intérprete das normas jurídicas, acaba por alterar-lhes seu sentido e alcance. Isso pode ser visto de modo positivo, na medida em que adapta as regras a novas realidades. E modifica de modo informal o texto constitucional.

A jurisprudência é importante instrumento de atualização das normas constitucionais, na medida em que o processo formal de alteração constitucional pode ser muito lento, e algumas situações concretas necessitam de uma decisão imediata, de acordo com a nova realidade fática. Assim, as decisões dos Tribunais mantêm o texto constitucional coeso e eficaz, revelando a verdadeira finalidade que a norma busca, à luz da realidade existente ou atribuindo novos sentidos às normas, através de um processo indireto de alteração constitucional. Nesse sentido:

A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso.³⁶³

O Superior Tribunal de Justiça tem ampliado o conceito de família ao decidir acerca da aplicação da Lei 8.009/1990, que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. O Tribunal tem considerado como entidade familiar pessoas solteiras, irmãos solteiros, viúvas que residem no mesmo imóvel, de modo a garantir a todos o direito à moradia e a dignidade da pessoa humana, sem qualquer restrição.

A Súmula 364 do Superior Tribunal de Justiça estendeu a proteção dada ao bem de família, abrangendo outras formas de entidades familiares: Dispõe a Súmula: “o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”.

Nesse sentido, pode-se verificar que nossos Tribunais já avançam e começam a reconhecer juridicamente os novos modelos familiares existentes e direitos deles decorrentes. Hoje já são reconhecidas por alguns de nossos Tribunais as uniões

³⁶³ HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 148.

homoafetivas, a possibilidade de adoção de crianças por pessoas do mesmo sexo, inclusão de companheiro em plano de saúde e seguro de vida, questões de direito previdenciário, só para citar algumas situações, tudo em razão da multiculturalidade existente em nossa sociedade atual.

A jurisprudência constitucional tem lugar essencialmente através de uma interligação entre a família constitucional e os direitos fundamentais, pois se trata de direito que deve ser protegido constitucionalmente. Assim, situações de fato são decididas pelos Tribunais com o intuito de se realizar os preceitos constitucionais e a justiça social.

Nesse diapasão, importante mencionar alguns julgados que tratam do tema em questão:

União estável homoafetiva. Direito sucessório. Analogia. Incontrovertida a convivência duradoura, pública e contínua entre parceiros do mesmo sexo, impositivo que seja reconhecida a existência de uma união estável, assegurando ao companheiro sobrevivente a totalidade do acervo hereditário, afastada a declaração de vacância da herança. A omissão do constituinte e do legislador em reconhecer efeitos jurídicos as uniões homoafetivas impõe que a justiça colmate a lacuna legal fazendo uso da analogia. O elo afetivo que identifica as entidades familiares impõe seja feita analogia com a união estável, que se encontra devidamente regulamentada. Embargos infringentes acolhidos, por maioria (Ementa Oficial). “A CF 226 *caput* é cláusula geral de inclusão, não sendo lícito excluir qualquer entidade que preencha os requisitos da afetividade, estabilidade e notoriedade, sendo as famílias ali arroladas meramente exemplificativas, embora as mais comuns. As demais comunidades se acham implícitas, pois se cuida de conceito constitucional amplo e indeterminado, a que a experiência de vida há de concretizar, conduzindo à tipicidade aberta, adaptável, dúctil, interpretação que se reforça quando o preceito constitucional usa o termo ‘também’, contido na CF 226 § 4º, que significa ‘da mesma forma’, ‘outrossim’, exprimindo-se uma idéia de inclusão destas unidades, sem afastar-se outras não previstas”. (SEGREDO DE JUSTICA - 100FLS - D.) (Embargos Infringentes Nº 70003967676, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator Vencido: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Redator para Acórdão: Maria Berenice Dias, Julgado em 09/05/2003).

FILIAÇÃO HOMOPARENTAL. DIREITO DE VISITAS. Incontroverso que as partes viveram em união homoafetiva por mais de 12 anos. Embora conste no registro de nascimento do infante apenas o nome da mãe biológica, a filiação foi planejada por ambas, tendo a agravada acompanhado o filho desde o nascimento, desempenhando ela todas as funções de maternagem. Ninguém mais questiona que a afetividade é uma realidade digna de tutela, não podendo o Poder Judiciário afastar-se da realidade dos fatos. Sendo notório o estado de filiação existente entre a recorrida e o infante, imperioso que seja assegurado o direito de visitação, que é mais um direito do filho do que da própria mãe. Assim, é de ser mantida a decisão liminar que fixou as visitas. Agravo

desprovido. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Agravo de Instrumento Nº 70018249631, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 11/04/2007)

Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridos e que as liga a seus cuidadores. É hora de abandonar de vez os preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre crianças e adotantes. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – 7ª Câmara Cível – Apelação Cível n.70013801592 – Rel. Des.Luiz Felipe Brasil Santos – j. 05.04.2006).

DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. POSSIBILIDADE. A Constituição da República, especificamente em seu art. 226, consagra uma concepção aberta de família, a qual deve ser apurada mediante as peculiaridades de cada caso concreto. Nesse campo, adotando-se uma interpretação sistemática, não se pode olvidar que o conceito de família expresso na Constituição encontra-se atrelado aos direitos e garantias fundamentais e, claro, ao princípio maior da dignidade da pessoa humana. Assim, afigura-se inconcebível admitir que a Constituição tenha adotado determinados modelos familiares, em detrimento de outros, com base em determinados aspectos que não propriamente o afeto. Ademais, mormente por ser a concepção de família uma realidade sociológica, que transcende o Direito, não há como a restringir a formas pré-definidas ou modelos fechados, sendo, pois, absolutamente plural. Caracterizada a união estável há de ser concedido o benefício de pensão por morte pleiteado. (TJMG, processo nº1.0024.04.531585-0/001(1), Rel. Maria Elza, data do julgamento 03/12/2009).

PLANO DE SAÚDE. COMPANHEIRO. "A relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica"

Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no Ag 971466 / SP, Rel. Min. Ari Pargendler, Terceira Turma, data do julgamento 02/09/2008).

REGISTRO DE CANDIDATO, CANDIDATA AO CARGO DE PREFEITO. RELAÇÃO ESTÁVEL HOMOSSEXUAL COM A PREFEITA REELEITA DO MUNICÍPIO. INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se às regras de inelegibilidade prevista na art. 14,§ 7º, da Constituição Federal. Recurso a que se dá provimento (TSE, Ac. 24.564, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, publicado em 1º-10-2004).

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO HOMOAFETIVA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. OFENSA NÃO CARACTERIZADA AO ART. 132, DO CPC. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ARTIGOS 1º DA LEI 9.278/96 E 1.723 E 1.724 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE LACUNA LEGISLATIVA. POSSIBILIDADE DO EMPREGO DA ANALOGIA COMO MÉTODO INTEGRATIVO.

1. Não há ofensa ao princípio da identidade física do juiz, se a magistrada que presidiu a colheita antecipada das provas estava em gozo de férias, quando da prolação da sentença, máxime porque diferentes os pedidos nas ações cautelar e principal.

2. O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta.

3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito.

4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dès que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu.

5. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada.

6. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador.

Recurso especial conhecido e provido.

STJ, REsp 820475/RJ, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Quarta Turma, data do julgamento 02/09/2008).

“PREVIDENCIÁRIO. REEXAME NECESSÁRIO. PENSÃO POR MORTE. ART. 74 DA LEI 8.213/91. UNIÃO HOMOAFETIVA. REQUISITOS PRESENTES. BENEFÍCIO DEVIDO. 1. Cabível o reexame necessário, nos termos do § 2.º do artigo 475 do Código de Processo Civil, se a sentença condenatória não estabelece o valor do benefício concedido, faltando parâmetro seguro para se verificar se a condenação não ultrapassará o limite de 60 (sessenta) salários mínimos. 2. A união afetiva estabelecida entre homossexuais merece tratamento isonômico aos dispensado às uniões heterossexuais em respeito ao princípio da igualdade, da dignidade da pessoa humana e o da promoção do bem de todos sem preconceito ou discriminação. 3. É totalmente compatível com o sistema previdenciário o reconhecimento do direito à pensão por morte à companheira homossexual nos termos do artigo 74 da Lei 8.213/91. 4. Não há motivos técnicos, jurídicos ou quaisquer outros para se exigir, no caso da união homoafetiva, a dependência econômica exclusiva da companheira sobrevivente, eis que a situação se subsume na regra do §4º do artigo 16 da Lei nº 8.213/91. O tratamento da questão, portanto, deve ser idêntico ao do concubinato heterossexual: a dependência não necessita ser exclusiva, sendo, portanto, presumida. 5. Comprovada a união homoafetiva, presume-se a dependência econômica da autora em relação ao "de cujus", nos termos do § 4º do artigo 16 da Lei nº 8.213/91, bem como presentes os demais requisitos previstos no artigo 74, "caput", da mesma lei, é devido o benefício de pensão

por morte. 6. Reexame necessário, tido por interposto, parcialmente provido. Apelação do INSS improvida. Tutela antecipada concedida. (TRF 3ª região, APELAÇÃO CÍVEL – 971499, Rel. Leonel Ferreira, Nona Turma, data do julgamento 30/03/2009).

Desse modo, tendo em vista que a intenção originária da Constituinte de 1988 era a de dar ampla e integral proteção à família, diante das significativas modificações sofridas em sua estrutura ao longo do tempo e os novos modelos familiares que surgiram, não é possível se afirmar que a Constituição somente protege as famílias enumeradas de modo expresso em seu texto.

Portanto, deve ser esse o fundamento que permita aos aplicadores do direito a inclusão de toda e qualquer forma de família existente dentro da proteção conferida pela Constituição. Na aplicação e interpretação do direito deve-se levar em consideração a vontade da Constituição, a razão original pela qual foi dada significativa proteção à família, prevendo-a como matéria digna de proteção constitucional e incluindo em sua proteção entidades familiares antes mal vistas o que até pouco tempo atrás da elaboração da Constituição de 1988 era inimaginável.

De fato, houve uma ampliação da dimensão familiar, que assume um caráter plural, multifacetado, tendo como principal fundamento o afeto e a solidariedade entre seus membros, valores que são hoje fundamentais para a manutenção da estabilidade familiar e comunhão de vida entre seus membros

Sendo assim, pode-se afirmar que a Constituição não é taxativa ao prever as famílias existentes, não sendo admissível a exclusão de qualquer modelo familiar da proteção constitucional, em respeito aos princípios constitucionais e direitos fundamentais que norteiam nossa Constituição.

O Brasil é um Estado laico, desse modo, não pode a legislação se basear em regras morais e religiosas para regulamentar somente determinados modelos familiares, deixando outras tantas sem a devida proteção jurídica, o que viola os princípios fundamentais previstos na Constituição Federal, como o pluralismo, a liberdade, a igualdade, a dignidade da pessoa humana, entre outros. Trata-se de discriminação infundada, e sem qualquer base constitucional.

Conclusões

O presente trabalho teve como objetivo a realização de uma análise crítica a respeito dos mais variados modelos de entidades familiares existentes na atualidade, além daqueles já previstos de modo expresso pela Constituição de 1988. Na presente dissertação foi feita uma análise do impacto na ordem jurídica e social da inclusão das novas famílias pelo texto Constitucional de 1988.

A família atual assume um novo e relevante papel em nossa sociedade: deixa de ter um caráter meramente patrimonial, político, religioso ou de procriação e passa a ser um instrumento para a realização da dignidade de seus membros e para o pleno desenvolvimento de sua personalidade. Nesse sentido, a configuração da família na atualidade tem como base o afeto e a solidariedade recíproca entre seus membros, que se apóiam nos laços familiares para a busca de seus objetivos e de sua felicidade.

Como se verificou, houve um declínio da família patriarcal, originalmente o modelo familiar que vigorou por muitos séculos em nossa sociedade, sendo substituída por uma família composta pela igualdade entre cônjuges e entre os filhos, bem como por vínculos matrimoniais dissolúveis.

Atualmente, não há mais um predomínio da figura paterna, passando a ser atribuído a homens e mulheres os mesmos direitos e deveres. Apesar de ainda prevalecer a idéia de família conjugal, o casamento, com todas suas formalidades jurídicas, deixa de ser visto como único modelo familiar existente e outras entidades familiares de fato já existentes passam a ser aceitas socialmente e inclusive a ter regulamentação legal.

A família atual é complexa e plural, existindo não só um, mas diversos tipos de entidades familiares. O importante hoje para a caracterização de uma família não são mais os vínculos formais decorrentes do matrimônio, e sim a existência de afeto entre seus integrantes.

A família, instituição social, é mutável de acordo com os costumes, valores sociais e necessidades trazidas por cada época. Nesse sentido, o Constituinte de 1988 elevou a família à base da sociedade e passou a proteger de modo expresso não só a família oriunda do casamento, mas também as novas formas de vida familiar que

surgiram com a evolução da própria sociedade. Vale destacar que as Constituições anteriores somente destinavam a proteção jurídica à família matrimonial, não fazendo qualquer menção a outros modelos familiares.

A Constituição de 1988, por outro lado, é inclusiva, tendo consolidado o princípio da pluralidade de modelos familiares, rompendo assim com uma concepção já ultrapassada de família.

Desse modo, por mais que a Constituição preveja expressamente como modelos familiares somente o casamento, a união estável e a família monoparental não é plausível se excluir da proteção constitucional as novas configurações familiares existentes. Assim, podem existir os mais variados arranjos familiares, ainda que diversos daqueles previstos constitucionalmente, os quais deverão ser igualmente protegidos. Afinal, o intuito do Constituinte foi justamente de incluir na proteção constitucional entidades familiares antes excluídas.

Para que possam ser consideradas como famílias constitucionalmente previstas não é preciso que haja uma alteração formal do texto da Constituição, uma vez que não se trata de uma previsão taxativa. Houve uma mutação constitucional do sentido de família, abrangendo novas formas, e não somente aquelas expressamente previstas pelo art. 226 da CF.

Ainda que se reconheça que a maior parte das pessoas ainda convive em núcleos formados pelo matrimônio, não se pode deixar de reconhecer a existência de outros modelos familiares. Sempre será reconhecida uma forma predominante de família em nossa sociedade, o que não pode implicar na exclusão da proteção jurídica dos demais tipos de entidades familiares existentes. A família não pode ser emoldurada, engessada como se existisse somente um e correto modelo de constituição familiar. Por isso pode-se afirmar que a Constituição não é taxativa ao prever as famílias existentes.

A Constituição deve ser um instrumento de realização de valores fundamentais de um povo. Como esses valores são mutáveis, também deve o texto constitucional ser suscetível de mudanças, passando a traduzir os novos ideais que surgem no processo de evolução histórica da sociedade. A correspondência do texto com os valores mais profundos de seu povo é o que garante sua durabilidade e

permanência. Por essa razão, a abertura do texto constitucional permite uma maior flexibilidade das normas constitucionais às constantes mudanças que ocorrem com relação ao conceito de família ao longo dos anos.

Vale destacar ainda que os princípios e valores que norteiam nossa Constituição não permitem a permanência de uma visão ultrapassada de família. Vale dizer que a família atual passa a ser inspirada pelos valores constitucionais. Desse modo, qualquer interpretação que se faça da família deve ter como base os princípios constitucionais e direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

Não pode ser excluída da proteção constitucional qualquer forma de entidade familiar, sob pena de violação dos princípios constitucionais e direitos fundamentais, como a liberdade, a igualdade, a intimidade e a própria dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos de nossa República.

A garantia aos direitos da igualdade e da liberdade assegura que todas as formas de família sejam respeitadas e dignas de proteção jurídica, reconhecido o direito do indivíduo para formar o tipo de família que queira, de acordo com sua autonomia de vontade, determinando os rumos de sua própria vida.

Vale destacar ainda que a exclusão de qualquer tipo de família da proteção constitucional seria ainda uma afronta aos objetivos de nosso Estado, nos termos do art. 3º de nossa Constituição, que prevê ser objetivos fundamentais de nossa República construir uma sociedade, justa e igualitária, promovendo o bem de todos, sem qualquer forma de preconceito ou de discriminação.

As normas existentes para regular e proteger a família não podem ignorar sua evolução e as novas necessidades dela decorrentes, sob pena de desvirtuar da realização dos fins para os quais foram criadas.

Deste modo, os juízes e os aplicadores do direito não podem ignorar os fatos sociais e as diversas modalidades de família existentes. Não se pode esquecer o material humano na aplicação das normas constitucionais, as pessoas implicadas por detrás do processo. Afinal, a família é o núcleo essencial de nossa sociedade e por essa razão matéria de extrema relevância, que deve ser analisada de acordo com todas as suas particularidades e implicações jurídicas, históricas, psicológicas, sociais e políticas.

BIBLIOGRAFIA:

ALFLEN DA SILVA, Maria de Fátima. *Direitos Fundamentais e o novo direito de família*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES Junior. Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2004.

ARAUJO, Luiz Alberto David. *15 anos da Constituição Federal em busca da efetividade*. Araujo, Luiz Alberto David; Segalla, José Roberto Martins (coord. Editorial). Faculdade de Direito de Bauru. 2003.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*; prefácio Celso Lafer; trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

_____. *Entre o passado e o futuro*. São Paulo : Perspectiva, 2002.

ARIES, Philippe. *História social da criança e da família*; trad. Dora Flaksman. Rio de Janeiro: Zahar, 1986.

AZEVEDO, Álvaro Villaça: *Estatuto da família de fato : de acordo com o novo Código Civil, Lei nº 10.406, de 10-01-2002*. São Paulo: Atlas, 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Conteúdo Jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Editora Malheiros 3ª edição, 16ª tiragem.

_____. *Eficácia das normas constitucionais* Revista de Direito Público, v. 14, N 57/28:236.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, ed. Celso Bastos, 2002, São Paulo.

_____. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo. Ed. Celso Bastos. 3ª ed. 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro e BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo : Saraiva. 2009.

_____. *A reconstrução democrática do Direito Público no Brasil*. Luís Roberto Barroso organizador. Rio de Janeiro : Renovar. 2007.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito da família*. Rio de Janeiro: Rio. 1976.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de família*. 2. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2006.

_____. *O direito civil na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. São Paulo: Ed. Campus. 8ª Tiragem. 2004.

_____. *Estado, Governo e Sociedade - para uma teoria geral da política* / Norberto Bobbio; trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo : Paz e Terra, 2003.

_____. *Igualdade e liberdade*. Ediouro editora. 2ª edição. 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo : Malheiros, 2010.

BURGUIERE, Andre... et al ; prol. Claude Levi-Strauss, Georges Duby, Jack Goody ; trad. Gonzalo Gil ... et al: *Historia de la familia*. Madrid: ed. Alianza, 1988.

CANEVACCI, Massimo. *Dialética da família: gênese, estrutura e dinâmica de uma instituição repressiva*; trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: ed. Brasiliense, 1982.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 2009.

_____. *Direito constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 7 edição. 1993

CASEY, James. *A história da família*; trad. Sergio Bath: São Paulo: ed. Ática, 1992.

CHAVES, Cristiano de Farias; Nelson Rosenvald, *Direito das Famílias*, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo : Ática. 2000.

COULANGES, Fustel De. *A cidade antiga*; trad. Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo : das Américas, 1966.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. v.5.

_____. *Elementos de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DANTAS, Ivo. *Constituição Federal, teoria e prática*. Rio de Janeiro: editora renovar. v.1. 1994.

D'ÁVILA, LUIZ FELIPE (org.). *As Constituições Brasileiras. Análise histórica e propostas de mudança*. São Paulo. Ed. Brasiliense. 1. ed. 1993.

DE CICCIO, Cláudio. *História do Pensamento Jurídico e da Filosofia do Direito*. São Paulo : Saraiva, 2007.

DIAS, Maria Berenice. *A família além dos mitos*. Dias, Maria Berenice e Eliene Ferreira Bastos. Belo Horizonte: Ed. Del Rey. 2008.

_____. *Manual de Direito das Famílias*, 4ª edição, Editora revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Manual das Sucessões*. Editora revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. *O direito de família e o novo Código Civil*. Dias, Maria Berenice e Pereira, Rodrigo da Cunha (coord.). Belo Horizonte: 4ª edição, 2ª tiragem. Ed. Del Rey e IBDFAM, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 7ª ed. 2006.

_____. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 2006.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*; trad. Ruth M. Klaus. São Paulo: Centauro, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Cristiano Chaves de Farias e. Editora: Lumen Jurisv. 2008.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: elementos críticos a luz do novo código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: ed. Renovar, 2003.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *A Constituição de 1934, pg. 37/38, in As Constituições Brasileiras - Análise histórica e propostas de mudanças*. Luiz Felipe D'Ávila org., Ed. Brasiliense, 1ª ed., 1993.

_____. *Processos informais de mudança da constituição : mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo : Max Limonad, 1986.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Interpretação e estudos da Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1990.

_____. *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*. Tércio Sampaio Ferraz Junior, Maria Helena Diniz, Ritinha Alzira Stevenson Georgakilas. São Paulo: Atlas, 1989.

_____. *Introdução ao Estudo do Direito*. 5ª ed. São Paulo : Atlas. 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

FERREIRA, Luis Pinto. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

FIUZA, César. *Direito civil: atualidades*. coords. César Fiuza, Maria de Fátima Freire de Sá, Bruno Torquato de Oliveira Naves. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios Constitucionais de Direito de Família. Guarda Compartilhada à luz da Lei nº 11.698/08. Família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Atlas. 2008.

GRAU, Eros Roberto (coord). *Debate sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Paz e terra, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini (coord). *Problemas e reformas, subsídios para o debate constituinte*. São Paulo: Ordem dos Advogados do Brasil. 1988.

HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta aos interpretes da Constituição; contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*; trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1997.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional (selección)*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1983.

_____. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Martires Coelho. São Paulo: Ed. Saraiva. 2009.

KELSEN, Hans, *Teoria Geral do Estado e do direito*. São Paulo: Martins Fontes, trad. Luis Carlos Borges. 2000.

LASSALE, Ferdinand. *Que é uma Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Kairós, 1985.

LIMA, Alceu Amoroso. *A família no mundo moderno*. Rio de Janeiro: ed. AGIR, 1960.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Ed. Saraiva. 2008.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ediciones Ariel. 1979.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil, direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORGAN, Lewis Henry. *A sociedade primitiva*; trad. Maria Helena Barreiro Alves. Lisboa : Presença. São Paulo : Martins Fontes, 1976-78.

_____. *Evolucionismo cultural*. textos de Morgan, Tylor e Frazer ; textos sel., apres. e rev. Celso Castro ; trad. Maria Lucia de Oliveira. Rio de Janeiro : Jorge Zahar, 2005.

NOVELINO, Marcelo. *Leituras Complementares de Direito Constitucional – Direitos Humanos e Direitos Fundamentais*. Marcelo Novelino organizador Editora JusPodivm, 3ª edição. 2008.

_____. *Leituras Complementares de Direito Constitucional – Controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional*. Marcelo Novelino organizador 2. Ed. Editora JusPodivm,. 2008.

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

_____. *A evolução do conceito de família à luz do Direito Civil e do Direito Constitucional brasileiro, ao longo dos períodos históricos: colonial, imperial e republicano, e o reflexo deles na constituição da família*

contemporânea. São Paulo: Tese de doutorado em Direito das Relações Sociais. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 1999.

PENA JR., Moacir César. *Direito das pessoas e das famílias – doutrina e jurisprudência*. São Paulo : Saraiva. 2008.

PELEGRINI, ADA. *Problemas e reformas, subsídios para o debate constituinte*. São Paulo: Ordem dos Advogados do Brasil. 1988.

PELUSO, Antonio Cesar. *Psicanálise, Direito e Sociedade. Encontros possíveis*. coordenação Antonio Cesar Peluso e Eliana Riberti Nazareth. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civi, direito de família*. v.5. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*; trad. Maria Ermantina Galvao G. Ferreira. Sao Paulo : Martins Fontes, 1996.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

REALE, Miguel. *O direito como experiência (introdução a epistemologia jurídica)*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1999.

ROCHA. Marco Túlio de Carvalho. *O conceito de família e suas implicações jurídicas – Teoria sociojurídica do Direito de Família*. Rio de Janeiro : Campus Jurídico. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2007.

_____. Ingo Wolfgang, Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

SEREJO, Lorival. *Direito Constitucional da Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SHORTER, Edward. *A formação da família moderna*; trad. Teresa Perez. Lisboa : Terramar, 1995.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Poder Constituinte e Poder Popular*. 1. ed., 2. tiragem São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Comentário Contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo Malheiros., 2002.

SILVA, Maria de Fátima Alflen da Silva. *Direitos Fundamentais e o novo direito de família*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da (organizador). *Interpretação Constitucional e sincretismo metodológico*. São Paulo: Malheiros. 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4. ed. 3. tiragem. São Paulo : Malheiros, 2002.

TEIXEIRA, José Horácio Meireles. Curso de direito constitucional. texto org. e atual. Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua Reserva de Justiça – um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.

WALD, Arnaldo. *O novo direito de família*. São Paulo : Saraiva, 2005.

WEIS, Carlos. *Direitos Humanos Contemporâneos*. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006.

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](#)