

AS NOVAS MODALIDADES DE FAMÍLIA À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE NEW FAMILY ARRANGEMENTS IN THE LIGHT OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Aline Alencar Macêdo

Estagiária de Direito da PGM
Estudante de Direito do Centro Universitário Christus
E-mail: alinealencarmacedo@hotmail.com

Sumário: 1 Introdução; 2 Evolução histórica da família e as famílias constitucionalizadas; 3 As novas modalidades de família à luz dos direitos fundamentais; 4 Considerações finais; Referências.

Contents: 1 Introduction; 2 Historical evolution of family and constitutionalized families; 3 The new forms of family in the light of Fundamental Rights; 4 Final considerations; References.

Resumo: Este trabalho versa sobre as novas modalidades de família nos tempos atuais, com ênfase no artigo 226 da CF/88, bem como em todos os outros tipos de entidades afetivas protegidas e reconhecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro como famílias, as quais devem receber o amparo e a assistência necessária do Estado, vedado qualquer tipo de discriminação ou preconceito.

Palavras-chave: Direito de família. Famílias constitucionalizadas. Modalidades de famílias contemporâneas. Direitos fundamentais positivados.

Abstract: This paper focus on the new modalities of family in current times, with emphasis on Article 226 of CF/88, and on all other types of entities affective protected and recognized by Brazilian law as families, which should receive necessary support and assistance from the State, forbidden any kind of discrimination or prejudice.

Keywords: Family Law. Constitutionalized families. Contemporary families arrangements. Fundamental rights positivized.

1 Introdução

O presente artigo visa tratar da evolução histórica da família à luz dos Direitos Fundamentais, apresentando, de maneira resumida, as famílias constitucionalizadas que possuem especial proteção do Estado e as ainda não positivadas no ordenamento jurídico, mas já comuns nos lares dos cidadãos brasileiros.

No primeiro tópico após esta introdução aborda-se a evolução histórica da família ao longo do tempo, suas nuances e progressões, bem como as modalidades de família positivadas pela Constituição Federal de 1988.

No segundo e último tópico aprofunda-se na temática propriamente dita, fazendo-se um breve estudo das novas modalidades de família e da sua repercussão na sociedade contemporânea, sendo o afeto o principal elemento para a constituição da entidade familiar.

2 Evolução histórica da família e as famílias constitucionalizadas

A família é a instituição na qual as pessoas nascem, crescem e se desenvolvem, porém, ao se observar a adoção, percebe-se que nem sempre a família em que se nasce é a mesma em que se constroem os laços de afeto e crescimento.

Desde o início do mundo até os dias de hoje o ser humano é marcado pela necessidade de se relacionar com outras pessoas, e a entidade familiar constitui a fonte da qual brotam as referências de que se vale para construir uma personalidade, um comportamento, e descobrir a melhor maneira de enfrentar a vida.

Observando-se a origem da entidade familiar e refazendo-se o trajeto evolutivo que a conduziu aos dias de hoje, pode-se evidenciar uma história marcada por diversas mudanças ao longo de sua existência, resultando em novas configurações ou novas formas de se efetivar no meio social, na medida em que a sociedade evoluía e se modernizava.

A família na Grécia, por exemplo, obedecia a um modelo em que o homem era o chefe da casa, enquanto a mulher ocupava uma posição de absoluta submissão, tendo como única função obedecer às ordens do marido e realizar os seus desejos. Além

disso, ao esposo era permitido se relacionar com diversas outras mulheres fora do casamento, cabendo à mulher aceitar tudo calada. Nessa modalidade de família, o único que poderia pedir o divórcio ou a separação era o homem, ocasião em que a esposa era devolvida ao pai.

No Direito Romano, as famílias eram regidas pelo *pater familias*, e sua composição abrangia não somente pessoas do mesmo sangue, mas todos os indivíduos que moravam na mesma casa – a esposa, seus filhos, empregados e demais agregados. O *pater familias* exercia um poder quase que absoluto sobre os demais membros da residência, e tudo que dissesse ou quisesse era entendido como uma ordem.

No período medieval, a noção de família foi profundamente afetada pela religião. A Igreja ditava as regras e estabelecia o que era “correto” ou “incorreto”, o que era “puro” ou “impuro”, declarando abominável a união entre duas pessoas do mesmo sexo, bem como a relação sexual entre duas pessoas que não fossem casadas sob a “lei divina”. O modelo de família nascente fundava-se no casamento cristão, no âmbito do qual a virgindade era sagrada, sendo condenadas ao inferno as mulheres que mantivessem conjunção carnal antes do matrimônio.

Com a Constituição Federal de 1988, a família assumiu novos formatos e passou a ser visualizada sob um ponto de vista bem mais abrangente do que o que até então considerava como tal apenas a união – abençoada por Deus - de marido e mulher, da qual sobrevieram ou não filhos.

Essa abertura somente foi possível porquanto a Carta Magna brasileira encontra-se sob a regência do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, no âmbito do qual os indivíduos passaram a ser respeitados não somente como cidadãos, mas em suas escolhas de continuar ou não em um casamento, de não ter as relações familiares com os filhos desconfiguradas por força de um divórcio, de seguir a orientação sexual que lhes for mais conveniente, e até em seu desejo de não reproduzir, ou de não casar e construir uma família somente com seus filhos, sendo olhados pela sociedade como uma família.

Trata-se de Texto Constitucional inovador na consagração de novos valores em que o indivíduo (e não mais a instituição familiar em que se insere) adquire prestígio constitucional, que

positivou, conseqüentemente protegendo, as novas modalidades de família que a contemporaneidade produziu e que já vinham existindo dentro das casas dos brasileiros, tendendo a se tornar cada vez mais comuns.

A primeira e mais primitiva dessas famílias assim consideradas é a família matrimonial, aquela gerada desde o início dos tempos pelo casamento entre um homem e uma mulher formalizado sob a lei dos homens e/ou a lei de Deus, primeira, também, a merecer especial proteção do Estado.

O artigo 1.514 do Código Civil apresenta uma denominação clara desse conceito de família.

Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.

A segunda modalidade de família garantida pela Constituição Federal é a família monoparental, formada por somente um dos genitores e seus filhos. Esse tipo de família pode decorrer de inúmeras circunstâncias não expressas no ordenamento jurídico, mas entendidas em sentido amplo.

A definição de família monoparental encontra-se positiva na Carta Magna, em seu artigo 226, § 4º, *in verbis*:

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

[...]

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

O principal fator gerador da família monoparental é o divórcio ou a separação judicial, em que um dos cônjuges fica com a guarda dos filhos, formando com eles uma família, e o outro, a quem é conferido o direito de visita, também compõe com os mesmos outra família.

Um segundo fator gerador dessa entidade familiar é o filho não reconhecido pelo pai, situação em que a mulher engravida e o companheiro se recusa a reconhecer a criança como seu

filho, ou na qual ela não sabe quem é o pai do seu filho; decorrerá dessa situação uma família composta somente pela mãe e o menor.

Uma terceira hipótese característica da família monoparental é a do filho havido fora do casamento. Nesse caso, os genitores não eram marido e mulher, mas geraram um filho em comum, e a relação torna-se parecida com a decorrente do divórcio, na qual cada genitor constitui separadamente uma família com o seu filho.

A quarta hipótese de constituição da família monoparental é a viuvez. Aqui, um dos genitores do menor falece, originando uma nova situação familiar, composta somente pelo genitor sobrevivente e a criança.

E a quinta e última hipótese seria a adoção de uma criança por uma pessoa solteira. Nessa situação, ou o indivíduo escolhe não se casar e não ter filhos e resolve adotar, ou não possui condições genéticas de reprodução e, movido pelo desejo de ser “pai” ou “mãe”, opta por adotar uma criança e constituir com ela sua família.

A terceira modalidade de família garantida pela Constituição Federal é a união estável. Nesse caso, o casal vive sob o mesmo teto, divide as mesmas alegrias e tribulações, possui objetivos em comum, bem como o ânimo de ser uma família, mas não se casou formalmente, não assinou papéis no cartório e nem entrou em uma igreja.

Há menos de três décadas a união estável era denominada concubinato, considerado uma ameaça à instituição familiar constituída pelo matrimônio, devendo, por essa razão, ser reprimido e confinado à esfera da ilegalidade. Hoje é entendida pelo ordenamento brasileiro como uma das configurações de família existentes, cada vez mais comum na sociedade em que se vive, em que as pessoas têm optado por “se juntar” a “se casar”, dando como explicação o fato de que, se não der certo, é mais fácil se separar, não precisando passar pelo desgaste de um divórcio.

Essa modalidade de família está garantida no artigo 226, § 3º da CF/88 e no artigo 1.723 do CC, transcritos na sequência:

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

[...]

§ 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.

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

A quarta modalidade de família é a família substituta, decorrente de uma adoção temporária ou permanente. Nesse caso, os pais, em conjunto, ou apenas “o pai”, ou a “mãe”, resolvem adotar uma criança por inúmeros motivos – pessoais, sentimentais, fisiológicos, religiosos, entre outros –, que passa a ter uma família na qual não corre seu sangue, mas que a escolheu para dar educação, amor e respeito, sendo vedado por lei qualquer tipo de discriminação entre os filhos adotivos e os filhos naturais.

3 As novas modalidades de família à luz dos direitos fundamentais

Há também aquelas famílias ainda não positivadas no ordenamento jurídico brasileiro, mas cuja existência é comum nos dias de hoje, que se alicerçam no afeto, elemento fundamental para a constituição e o sucesso de qualquer entidade familiar.

O primeiro exemplo desse novo conceito de família é a família anaparental, que se caracteriza pela ausência de pais. Trata-se de união de parentes sem a presença de uma figura materna e paterna, podendo ter, em sua composição, irmãos, primos, tios, sobrinhos, entre outros. A título de ilustração apontam-se as pessoas que moram nos interiores dos estados e resolvem se deslocar até a capital para estudar e morar juntas no mesmo apartamento, dividindo não só as despesas, mas as angústias, as alegrias, os problemas, os dias, as noites, como se faz numa verdadeira relação familiar.

O segundo exemplo dessa entidade familiar baseada no afeto é a família homoafetiva, na qual duas pessoas do mesmo sexo que se amam formam, juntas, uma família.

Apesar de essa nova configuração familiar não ser ainda positivada no ordenamento jurídico brasileiro, existem decisões dos Tribunais pátrios que reconhecem a união estável entre duas pessoas do mesmo sexo, situação que se torna cada vez mais comum dentro da sociedade.

Constituiria discriminação estabelecer que duas pessoas, só por serem do mesmo sexo, estariam impedidas de formar uma família e de ser reconhecidas como cônjuges em seus direitos e obrigações.

O terceiro exemplo dessa nova entidade familiar é a família socioafetiva, fundada no amor que existe entre as pessoas que nela se inserem, como o que se manifesta entre o pai, a madrasta e o filho.

O Estado não tem o poder de dizer que a madrasta não faz parte da família da criança se com ela e seu genitor mantiver uma convivência contínua, duradoura e amorosa.

Por todo o exposto, verificou-se a evolução dessas modalidades de família ao longo do tempo, evidenciando-se a quebra de muitos dos preconceitos que ainda se mantêm no tocante a algumas dessas relações afetivas, o que sugere que o que deve realmente nortear a construção de uma família não é mais sua aceitação pela sociedade, a partir do enquadramento nos conceitos de alguns de “moralidade” e “normalidade”, mas simplesmente a vontade de ser feliz, o amor e o afeto.

Esse entendimento é tão mais coerente quando se evidencia que, nos dias atuais, as pessoas sofrem de inúmeros males da alma, conhecidos como depressão, síndrome do pânico, baixa autoestima, entre outros, provenientes, como se crê, de má formação familiar, apesar de que o fato de se possuir uma família estruturada não seja garantia de que eles não vão se manifestar, embora constitua um bom passo para que o indivíduo possa ter um desenvolvimento saudável.

Apresenta-se, na sequência, o entendimento de Caio Mário da Silva Pereira acerca desse assunto e o devido posicionamento que assume diante de problemas dessa natureza:

Realmente, no seio desta [família] originam-se e desenvolvem-se hábitos, inclinações e sentimentos que decidirão um dia a sorte dos indivíduos. Basta que se lance um olhar rápido sobre a sociedade contemporânea para que se tenha nítida impressão da crise que assola a família. Nesse momento difícil, a missão do jurista é defender a instituição da família, onde quer que periclitem seus interesses, a fim de evitar-lhes a completa degradação. (apud MONTEIRO, 2010, p. 16).

Por muito tempo, a família era considerada tão somente a união entre duas pessoas de sexos opostos, concretizada mediante acordo de vontades devidamente registrado civilmente. Dito de outro modo, constituía-se por intermédio de um contrato de casamento, único instrumento que a caracterizava como tal.

Atualmente essa realidade mudou consideravelmente. O casamento continua sendo um meio costumeiro de se constituir uma família, embora venha caindo em desuso, e a união entre pessoas de sexos opostos não é mais vista como a única passível de ser considerada como entidade familiar.

Sílvio Rodrigues descreve o seu entendimento acerca desse assunto:

Sempre se considerou que o casamento constituía a parte central do direito de família, e em várias Constituições brasileiras do passado dava-se realce a ele. Assim, por exemplo, o art. 144 da Constituição Federal de 16 de julho de 1934 (e as de 1946, 1967 e 1969 o repetiram) dizia que a família, constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel, estava sob a proteção do Estado. Como já disse, porém, a atual constituição tratou do casamento como uma das formas, mas não a única, de estabelecimento da família. (RODRIGUES, 2008, p. 10).

Portanto, não há que se falar mais em casamento como elemento básico para se caracterizar uma entidade familiar, visto que a família pode e deve ser formada de diversos modos, com base em fatores que variam entre laços sanguíneos, afeto, matrimônio, conveniência, entre outros; o que deve nortear esse

instituto é o bem-estar dos indivíduos, e não as imposições da sociedade e do Estado.

O vínculo indissolúvel a que se refere Sílvio Rodrigues ocultava, na maioria das vezes, relações nas quais as pessoas permaneciam por muito tempo mesmo sem amor, somente para mostrar à sociedade que não eram “impuras”, ou simplesmente porque o Estado adentrava completamente na esfera pessoal do indivíduo, não lhe permitindo que dissolvesse o casamento por meios legais, o que se torna absurdo nos dias atuais.

Caio Mário da Silva Pereira foi muito sábio ao conceituar a família, *in verbis*:

Ao conceituar a “família”, destaca-se a diversificação. Em sentido genérico e biológico, considera-se família o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum. Ainda neste plano geral, acrescentam-se o cônjuge, aditam-se os filhos do cônjuge (enteados), os cônjuges dos filhos (noras e genros), os cônjuges dos irmãos e os irmãos dos cônjuges (cunhados). Na largueza dessa noção, os civilistas enxergam mais a figura da romana *Gens* ou da grega *Genos* do que a família propriamente dita. (PEREIRA, 2014, p. 25).

Observa-se que o mais importante, para o jurista, não é a forma como essas famílias se constituem, tampouco quem as integra, mas a felicidade e a afetividade com que essas pessoas se relacionam no intuito de alcançar um bem-estar comum.

Paulo Nader (2010, p. 19) apresenta a classificação de Direito de Família como sendo um “sub-ramo do Direito Civil, que dispõe sobre as entidades formadas por vínculos de parentesco ou por pessoas naturais que se propõem a cultivar entre si uma comunhão de interesses afetivos e assistenciais”.

Vê-se, aqui, que o principal fator que leva duas ou mais pessoas a serem consideradas uma família não é somente os laços sanguíneos, o matrimônio ou a sexualidade, mas o ânimo que essas pessoas manifestam nesse sentido, da comunhão de interesses, do compartilhamento de uma vida em comum.

A mente do ser humano precisa se abrir para que ele possa entender que os tempos evoluíram e, junto com eles, evoluíram também os sonhos e as vontades das pessoas, que não podem ser

frustrados somente por conta de uma rigidez cultural. Em tempos em que a violência sem sentido vai se tornando a forma de comunicação mais comum entre os indivíduos, cabe-lhes cada vez mais semear o amor, qualquer forma de amor.

A família, entretanto, continua sendo a instituição por excelência a merecer especial proteção do Estado, haja vista funcionar como um verdadeiro útero no qual os seres humanos crescem e se desenvolvem, como já dito anteriormente, adquirindo valores e princípios que irão nortear a sua vida futuramente, a despeito de não mais ser possível apresentar uma definição formada e taxativa que dê conta de sua ampliação e ramificação na atualidade, apenas exemplificativa, por acolher a diversidade enorme de características e conceitos que pode ser utilizada para esse fim.

Carlos Roberto Gonçalves, na sua doutrina transcrita a seguir, corrobora o entendimento em estudo:

Já se disse, com razão, que a família é a realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social. Em qualquer aspecto em que é considerada, aparece a família como uma instituição necessária e sagrada, que vai merecer a mais ampla proteção do Estado. A Constituição Federal e o Código Civil a ela se reportam e estabelecem a sua estrutura, sem, no entanto defini-la, uma vez que não há identidade de conceitos tanto no direito, como na sociologia. (GONÇALVES, 2014, p. 17).

Sem dúvida nenhuma, o Direito vem evoluindo na esteira das transformações que ressignificam, de tempos em tempos, a sociedade, como se pode ilustrar com o artigo 226 da Carta Magna brasileira, já devidamente apresentado neste texto, segundo o qual o Estado entende a união estável como entidade equivalente ao casamento, e a família monoparental como entidade familiar.

Do mesmo modo, a igualdade jurídica dos filhos é um exemplo clássico de evolução jurisdicional a ser citado, pois, até então, todos os filhos havidos fora do casamento eram considerados bastardos e ilegítimos, impedidos, portanto, de gozar dos mesmos direitos que os filhos legítimos, barbaridade inclusive inscrita no registro de nascimento do menor, o que, sem dúvi-

das, causava-lhe inúmeros constrangimentos, como também a sua mãe.

Vale observar esse marco histórico e constitucional nas palavras de Sílvio de Salvo Venosa:

Em nosso país, a Constituição de 1988 representou, sem dúvida, o grande divisor de águas do direito privado, especialmente, mas não exclusivamente, nas normas de direito de família. O reconhecimento da união estável como entidade familiar (art. 226, § 3º) representou um grande passo jurídico e sociológico em nosso meio. É nesse diploma que se encontram princípios expressos acerca do respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Nesse campo, situam-se os institutos do direito de família, o mais humano dos direitos, como a proteção à pessoa dos filhos, direitos e deveres entre cônjuges, igualdade de tratamento entre estes, etc. Foi essa Carta Magna que também alçou o princípio constitucional da igualdade jurídica entre os cônjuges e dos companheiros (art. 226, § 5º), e igualdade jurídica absoluta dos filhos, não importando sua origem ou a modalidade de vínculo (art. 227, § 6º). (VENOSA, 2014, p. 7).

Diante do exposto, evidencia-se que o ordenamento jurídico brasileiro evoluiu e se adequou bastante aos novos costumes da sociedade, tendo em vista que se tornou cada vez mais comum às mulheres conceberem filhos fora do casamento. Considera-se desumano tratar essas crianças, que não tinham culpa nenhuma da conduta adotada pelos seus pais, diga-se de passagem, como seres “anormais”, ou “ilegítimos”, como costumava acontecer.

4 Considerações finais

A pesquisa permitiu evidenciar que a família deixou de ser, principalmente, um ambiente no qual o homem ditava ordens e a mulher as cumpria prontamente, reconfigurando-se como uma entidade em que homens e mulheres possuem direitos iguais, na qual não se privilegia a hierarquia, mas a cumplicidade e o companheirismo.

Do mesmo modo, obteve-se que o ordenamento jurídico brasileiro, a despeito de todas as conquistas alcançadas com a promulgação da Carta Cidadã de 1988, ainda deixa a desejar quanto aos direitos positivados dessas novas entidades familiares, crias da contemporaneidade, não existindo, portanto, nenhum direito expresso que garanta a paternidade socioafetiva, tampouco as famílias anaparentais, entre outras.

Maria Helena Diniz expõe o seu entendimento acerca da “precariedade” de legislação que positive essas novas modalidades de família:

[...] a norma constitucional abrange a família matrimonial e as entidades familiares (união estável e família monoparental). Todavia, o novo Código Civil, apesar de em poucos artigos contemplar a união estável, outorgando-lhe alguns efeitos jurídicos, não contém qualquer norma disciplinadora da família monoparental, composta por um dos genitores e a prole, olvidando que 26% de brasileiros, aproximadamente, vivem nessa modalidade de entidade familiar (DINIZ, 2010, p. 23).

Restou comprovado que, se não existem legislações que regulem as modalidades de família já constitucionalizadas, que dirá legislações que positivem as novas modalidades sequer reconhecidas pelo Estado, como a família homoafetiva e a família socioafetiva, só para mencionar algumas.

Aqui se considera que repousa a importância de um estudo dessa natureza, no qual se apresenta, mediante uma abordagem científica, a evolução que a sociedade vem experimentando e a maneira como isso vem afetando as pessoas, dentro dos seus aspectos mais pessoais.

Importa, nessa sistemática de pesquisa, em que o investigador é conduzido de um mundo clássico e primitivo e adentra na esfera atual, mais do que satisfazer conceitos e pré-conceitos já ditados pelos outros, priorizar o próprio bem-estar, a paz, e acima de tudo a felicidade, somente encontrada quando se está realmente construindo relações saudáveis que oferecem prazer e afeto.

Referências

BRASIL. Casa Civil da Presidência da República. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 25 fev. 2014.

_____. Casa Civil da Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Direito de Família**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014.