

DA DESPATRIMONIALIZAÇÃO PARA A REPERSONALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES: perspectivas para uma nova realidade social do direito de família contemporâneo

Alessandra Hornung Carneiro
Advogada, professora das Faculdades Santa Cruz

Resumo: O objetivo do presente artigo é abordar a questão da repersonalização das relações familiares, enfatizando a aplicação do princípio da afetividade e da pluralidade a partir da descodificação e despatrimonialização do Direito de Família, resultante do processo de constitucionalização das relações familiares. Com a crise do sistema patriarcal e a crescente importância da mulher no contexto familiar, social e no mercado de trabalho, o Direito de Família passa por um processo de despatrimonialização para a repersonalização das relações familiares, migrando-se a ênfase do patrimônio para a pessoa como o centro do ordenamento jurídico, vista agora sob o prisma do princípio da dignidade humana, da igualdade, e afetividade.

Palavras-chave: Direito de Família, Relações Familiares, Despatrimonialização, Repersonalização, Afetividade, pluralidade.

Abstract: The aim of this paper is to accost the repersonalization of family relationships, emphasizing the principle of affection and of plural from the decoding and without patrimony of Family Law, resulting from the process of constitutional law of relantiosnships. With the crisis of the patriarchal system and the growing importance of women within the family, social and labor market, family law is passing a process of without patrimony for repersonalization for family relationships, moving the emphasis from equity to the person, now seen through the prism of principle human dignity, of equality and affection.

Keywords: Family Law, Family Relations, Despatrimonialização, Repersonalization, Affectivity, plural.

1 Introdução

A família sempre foi à base da sociedade. Segundo Fachin¹ “a família constitui um corpo que se reconhece no tempo. Uma agregação histórica e cultural como espaço de poder, de laços e de liberdade”. Completa dizendo ainda que família é “Uma aliança composta para representar harmonia e paradoxos. Uma agremiação destinatária de projetos e de discursos, especialmente da alocação normativa, junção que encarna o elo entre o direito, a família e a sociedade”.

Durante muito tempo a família era vista como o núcleo econômico e de reprodução, centrado no poder patriarcal, onde a mulher ocupava um lugar inferior, a quem cabia o cuidado com a casa e dos filhos, não tendo vez, nem voz. Era um

¹ FACHIN, Luis Edson. *Família, direito e uma nova cidadania*. 2008. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Luiz_edson/Familia.pdf> . Acesso em: <16 jan. 2011>, p. 1.

período no qual valorizava-se o patrimônio e não as pessoas enquanto seres humanos.

Entretanto, durante o século XX passa-se a ocorrer a despatrimonialização do Direito de Família, com a constitucionalização, ou seja as relações familiares passaram a ser balizadas pelos princípios constitucionais, que primava pela dignidade da pessoa humana a partir da igualdade entre homens e mulheres em todas as esferas do Direito, resultando na repersonalização das relações familiares, que, também passaram a ser subsidiadas por um princípio não explícito no texto constitucional de 1988, mas que passou a amparar as decisões do sistema jurídico brasileiro: o princípio da afetividade. Passou-se a ver as pessoas como seres merecedores de afeto, amor, sentimentos que tornaram-se essenciais à manutenção da família pós-moderna.

Diante desse contexto, o objetivo do presente artigo é abordar a questão da evolução jurídica da família, desde a descodificação até as mudanças estruturais trazidas pelos novos valores e princípios constitucionais, enfatizando sobretudo a aplicação do princípio da afetividade e da pluralidade familiar, percorrendo também o caminho da constitucionalização, assim como da repersonalização das relações familiares que encontram suporte jurídico na ordem constitucional.

Em suma, o texto que a seguir compõe o artigo apresenta uma reflexão pautada em uma nova concepção aberta e plural do Direito de Família,

2 Despatrimonialização do Direito de Família

2.1 Crise do Patriarcalismo e a Mulher no Contexto Familiar

Nas comunidades primitivas, o sistema familiar tinha como base o matriarcado, sendo que a primeira família que o homem notou e compreendeu foi a família materna, devido aos laços de consangüinidade, no entanto, o patriarcado trouxe a obediência ao pai e ao marido, isto é, ao homem, modelo que se conserva até os dias de hoje, de forma impositiva e tirânica, a medida em que as mulheres foram sendo tratadas como seres inferiores.

A família extensa, que predominou na Antiguidade e na Idade Média, representava os ideais do patriarcado e tinha por objetivos principais gerar filhos e manter o patrimônio, por isso se organizava de acordo com casamentos arranjados. Na Idade Moderna começou a se esboçar o modelo

da família nuclear, com alterações nas maneiras de relacionamento do casal e deste com os filhos. Finalmente, a partir da segunda metade do século 20, a crise do patriarcalismo, a emancipação feminina, a revolução dos meios contraceptivos, a entrada da mulher no mercado de trabalho, o casamento por amor, entre outras causas, subverteram a estrutura familiar².

Durante o período de transição entre o homem selvagem e o civilizado, muitas coisas mudaram, pois, para os selvagens a mulher eram muito mais igual ao homem como que a de hoje, tanto física e espiritualmente, quanto no seu prestígio social, sendo então que, foi a civilização, com as suas leis e conseqüentes costumes e preconceitos, que desvalorizou as mulheres, colocando-as, num lugar inferior e lhes dando a “denominação de *sexo frágil!*”³.

Para Muzart⁴, “os historiadores, levados igualmente pelas suas investigações, concluem que a mulher começou a ser tratada como um ente inferior em face do direito romano, que a *reduziu a uma coisa nas mãos do marido* “, pois, mesmo a noção de família sendo anterior ao Direito, foi o Direito Romano quem reforça a noção do patriarcado.

A família era patriarcal. O pai (*pater*), chefe da família, era revestido também da autoridade de sacerdote (*potifex*), de juiz (*domesticus magistratus*). Eram membros da família, submetidos à autoridade do chefe (*caput*), os filhos (*patrea potestas*), a mulher (*manus*) e os escravos(*dominica potestas*). Era fundamentada no princípio da autoridade, com as características de uma entidade política, obediente ao patriarca⁵.

No Brasil, a economia colonial gerou a formação de uma sociedade, na qual a mulher ocupava uma posição peculiar, afetando grandemente sua imagem durante anos. Mantendo-se em segundo plano em relação ao homem, tanto econômica como socialmente, a mulher permaneceu à margem da sociedade e da historiografia brasileira.

Nesse período podem ser identificados traços das estruturas feudais européias, da estrutura patrimonialista que se desenvolvia na época, e a exploração da mão-de-obra escrava.

² ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. *Viver em família: reinventando laços*. São Paulo: Moderna, 2009., p. 2.

³ MUZART, Z. L. (Org.). *Mariana Coelho: A evolução do feminismo*. 2. ed. Curitiba: Imprensa Oficial do Governo do Paraná, 2002. v. 1, p. 40.

⁴ MUZART, id. *ibid.*, p. 39.

⁵ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Da família patriarcal à família contemporânea. *Revista Jurídica Cesumar* – v.4, n. 1 – 2004, p. 70.

Conforme Prado Junior⁶, a situação da mulher no Brasil colonial era de extrema opressão social, econômica ou familiar. As mulheres brancas submetiam-se sem contestação ao poder do patriarca. Eram ignorantes e imaturas e casavam-se antes dos quinze anos. Ao contrair matrimônio, passavam do domínio paterno para o domínio do marido. Raramente saíam à rua e, quando o faziam, iam à igreja acompanhadas. Nessa sociedade, a mulher estava destinada ao casamento e a única possibilidade disponível para fugir do domínio do pai ou do marido era a reclusão em um convento, conforme afirma Saffioti⁷, no livro “A mulher na sociedade de classes: mito e realidade”,

(...) Embora algumas se tenham transformado em respeitáveis matronas, com considerável poder de mando sobre (*sic*) a escravaria doméstica, sua esfera de autoridade conservava-se nitidamente (*sic*) distinta do setor em que imperava o patriarca.

Observa-se assim, que as mulheres, em geral, aceitavam passivamente sua posição inferior frente ao homem, como se não tivesse capacidade para tratar de assuntos além dos fúteis e corriqueiros de sua vida como esposa e do lar.

A grande crise do patriarcalismo no Brasil se dá com a chegada da Coroa portuguesa ao Brasil em 1808, ao Rio de Janeiro, trazendo influências que acabaram por mudar a situação reinante na colônia, embora muitos costumes em relação às mulheres tivessem sido mantidos. Passou-se à construção do espaço público mais definido, que vai confrontar o âmbito privado do patriarca, os quais ainda tentam fazer do “Estado uma ampliação do círculo familiar”⁸.

Aos poucos, as relações familiares começam a se modificar e a mulher sai da domesticidade e integra-se finalmente na sociedade, a princípio como escritora ou professora. Em fins do século XIX, o Brasil já possui mulheres que sabem ler e escrever.

⁶PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo*. 24. ed. São Paulo: Brasiliense, 1996.

⁷SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. *A mulher na sociedade de classes: mito e realidade*. São Paulo: Quatro Artes-INL, 1969, p. 178.

⁸HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 116.

Mesmo com o declínio do patriarcalismo, o Código Civil Brasileiro de 1916 ainda traz em seu bojo a sua defesa e “a proteção às relações patrimoniais oriundas da relação conjugal matrimonializada”⁹.

De acordo Diniz¹⁰,

Em 1916 surge o Código Civil Brasileiro legitimando o casamento, o qual era indissolúvel e mantinha-se sob a proteção do Estado, contando, por conseguinte, com todo o amparo legal. Conseqüentemente, deixava à margem as relações ilegítimas sem as prerrogativas da sociedade civil. Também não fazia alusão ao casamento religioso, este vinha pura e somente para legitimar a família de fato: “A família legítima é o esteio da sociedade, por ser moral, social e espiritualmente mais sólida do que a ilegítima, dado não existir no concubinato compromisso entre o homem e a mulher” (...). Este Código defendia o patriarcalismo autoritário, onde o marido era o chefe da sociedade conjugal, função exercida com a colaboração da mulher, no interesse do casal e dos filhos. A mulher era tida como uma auxiliar doméstica do homem, relativamente incapaz.

Destaca-se, segundo Netto Lôbo¹¹ que o Código de 1916 regulava a família patriarcal, a qual era caracterizada

hegemonia de poder do pai, pela hierarquização das funções de seus membros, pela desigualdade de direitos entre homens e mulheres, pela desigualdade de direitos entre filhos de origens diversas (biológicas ou por adoção), pela desconsideração de entidades familiares distintas do casamento, pela ausência de liberdade para dissolução, pelo prevalecimento da linha masculina, pelo predomínio dos interesses de caráter patrimonializante sobre os de caráter afetivo.

Mesmo que a partir da década de 1960 as relações familiares tenham passado por profundas transformações, “o Direito de Família, no Brasil, enquanto doutrina, manteve relativo distanciamento das mudanças, perseverando no paradigma familiar de onde partiu nossa legislação civil, a saber, a família patriarcal”¹².

A Constituição de 1988 foi o marco da lenta evolução legal das relações familiares no Brasil. Antes da Carta Magna apenas alguns diplomas legais reduziram as desigualdades de direitos entre filhos legítimos e ilegítimos, tais como destaca-se, o Estatuto da Mulher Casada e a lei do Divórcio, sendo assim foi a partir da

⁹ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. O pluralismo no Direito de Família Brasileiro: realidade social e reinvenção da família. In: BRAUNER, Maria Claudia Crespo. (org.). *O direito de família: descobrindo novos caminhos*. São Leopoldo: Edição da Autora, 2001. p. 255.

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 218.

¹¹ NETTO LÔBO, Paulo Luiz. O ensino de Direito de Família no Brasil. 2004. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: <15 jan. 2011>, p. 1.

¹² NETTO LÔBO, id. *ibid.*, 2004, p. 2.

Constituição, tem-se a história de um contínua quebra da família patriarcal, reduzindo-se de forma legítima as desigualdades jurídicas entre membros familiares ocorrendo uma inovação, na medida em que se passa a dar maior importância ao grupo familiar e não o casamento como o elemento fundamental para a legitimação da família, mudando assim o conceito de Direito de Família, passando-se a integrar os direitos individuais (liberdade) e os direitos sociais (igualdade), culturais e econômicos.

Para Barsted¹³,

(...) a Constituição Federal brasileira de 1988 está em sintonia com os tratados, convenções e declarações das Nações Unidas ao reconhecer a igualdade entre homens e mulheres na vida pública e privada. Esse reconhecimento tem repercussões importantes no direito de nosso país, particularmente, no direito civil. Até 1988, o Código Civil orientava todos os seus artigos relativos à família, marcando a superioridade do homem em relação à mulher, seja na parte geral, no capítulo específico sobre família ou na parte relativa ao direito das sucessões.

Assim sendo, a excessiva preocupação com os interesses patrimoniais, característicos do direito de família de corte liberal, não encontra mais respaldo na família atual, agora centrada por outros interesses de cunho pessoal ou humano, tipificados por um elemento fundamental: a afetividade.

Destaca-se no caput do artigo 5º da Constituição Federal que perante a lei, todos são iguais, não havendo distinção de qualquer natureza, aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e a propriedade. Em relação ao Direito à Vida, caberá ao Estado assegurar, que o indivíduo mantenha-se vivo e tenha subsistência digna, bem como liberdade de expressão, de pensamento e de escolha.

Vê-se assim que o citado artigo traz em seu bojo, assegurar os direitos e garantias individuais das pessoas, destacando o princípio da igualdade na consideração dos direitos fundamentais quando, em seu inciso I afirma que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”, passando, o Estado e a Sociedade a buscar por dispositivos para assegurar à mulher o direito à igualdade de condições de trabalho, de bem estar físico e moral, de proteção à maternidade, a licença-gestante, a salários compatíveis, a direitos políticos e à livre concorrência a cargos em qualquer seguimento da sociedade,

¹³ BARSTED, Leila Linhares. “A Legislação Civil sobre Família no Brasil”, in: *As Mulheres e os Direitos Cívicos*. Coletânea Traduzindo a Legislação com a Perspectiva de Gênero, Rio de Janeiro, Cepia, 1999, p. 12.

trazendo uma mudança no paradigma antes patriarcal no Direito de Família, para um contexto de igualdade entre homens e mulheres nas relações familiares, que antes era calcado no patrimonialismo, passando-se por um processo de repersonalização.

Diante disso, o reconhecimento formal da igualdade de direitos entre o homem e a mulher na vida pública trouxe a igualdade entre os cônjuges na vida familiar e rompeu com o modelo hierarquizado de família, impulsionado a participação de ambos os cônjuges nas atividades do cotidiano familiar, tanto nas questões de administração quanto nos encargos derivados do sustento, guarda educação dos filhos. Essa nova realidade deu origem a um processo de democratização das relações interindividuais, fruto da transformação de valores e princípios relativos à vida afetiva e familiar.

A repersonalização do Direito de Família foi resultado do processo de descodificação do Direito Civil que levou à constitucionalização do Direito de Família, quando os princípios constitucionais passaram a ser o fulcro das relações familiares, quando migrou-se da ênfase na questão do patrimônio e passou-se a levar em consideração o indivíduo enquanto pessoa humana, valorando-se o ser e não mais o ter.

2.2 . Da família codificada à constitucionalizada

A codificação do Direito Civil foi resultante das idéias do liberalismo econômico, visto que requeria-se um estatuto que garantisse o contrato, a circulação da riqueza, a aquisição de bens, para evitar os entraves legais e as restrições, consagrando o individualismo pelo estabelecimento dos Códigos Civis, seja o Francês (1804), o Italiano (1865) ou o Brasileiro (1917), dentre outros, assim como suas revisões no decorrer dos tempos.

Aos poucos, o Estado Liberal moderno foi sendo substituído pelo Estado Social contemporâneo, onde os embates pelos ideais da civilização democrática surgem em forma de crises com vistas à sobrevivência.

Na compreensão de Netto Lôbo¹⁴, até a Constituição de 1934 no Brasil, o código civil era visto como o núcleo do direito positivo, entretanto, para Amaral¹⁵,

¹⁴ NETTO LÔBO, id. idib., 1999, p. 102.

¹⁵ AMARAL, Francisco. A Descodificação do Direito Civil Brasileiro, *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, Brasília, 8(4) 545-657, out./dez. 1996, p. 546.

defensor da tese da descodificação, afirma que “o conjunto de valores e idéias que formaram o caldo de cultura dos grandes códigos encontra-se superado, nomeadamente suas funções políticas, filosóficas e técnicas”.

Assim, a codificação do Direito Civil foi se tornando inadequada diante das novas exigências, tanto de igualdades materiais quanto de liberdade derivadas de novos direitos que desencadearam alterações no significado tanto do direito privado, que “deixou de ser o âmbito da vontade individual e o direito público não mais se inspira na subordinação do cidadão”¹⁶.

A constitucionalização do direito gerou mudanças nas instituições jurídicas, tanto no direito público quanto no privado, afetando seus três pilares: a família, o patrimônio e o contrato.

De acordo com Coelho¹⁷

No que respeita ao indivíduo, esse intuito começa com a proclamação de que a dignidade da pessoa humana constitui um dos fundamentos, e certamente o mais importante, do nosso Estado democrático de direito; quanto à família, elegendo-a como instituição básica da sociedade e, por isso, merecedora de especial proteção do Estado; com relação ao patrimônio, finalmente, ao declarar que a propriedade privada tem função social, o que significa dizer – invocando ensinamento de João Paulo I – que sobre ela pesa uma hipoteca social.

A descodificação do Direito Civil traz em sua premissa a despatrimonialização do Direito Privado, visto que era o patrimônio - a propriedade e o contrato -, até então, considerado o valor individual necessário para a realização da pessoa e tutelado nos códigos, tornando-se, porém o pólo de relações jurídicas a pessoa humana, sua dignidade. Segundo Pires e Araújo¹⁸, a Constituição Federal de 1988 traz a noção de que a propriedade deve atender à sua função social¹⁹,

¹⁶ P. Perlingieri apud MORAES, Maria Cecília B. A caminho de um Direito Civil Constitucional. *Revista Estado, Direito e Sociedade*, vol. I, 1991, p. 6.

¹⁷ COELHO, Inocêncio Mártires. Comunicação apresentada no Seminário Internacional Italo-Ibero-Brasileiro, sobre o tema *Direito Público e Direito Privado: uma dicotomia superada no direito contemporâneo?*, realizado em Brasília de 26 a 28/08/04, p. 3-4.

¹⁸ PIRES, Eduardo e ARAÚJO, Neiva Cristina de. Constitucionalização do direito civil: aspectos da função social da empresa. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo, SP, 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009, p. 10180.

¹⁹ Cf PIRES e ARAÚJO, id. *ibid.*, 2009, p. 10185-6, “A Constituição de 1988, por sua vez, trouxe novos e modernos instrumentos ao ordenamento legal, notadamente no que se refere à propriedade, todavia, esta nova visão demorou a ser incorporada pelos operadores do direito, exemplo disso é o fato de mesmo após a promulgação da Carta Magna haverem manuais civilistas que mantiveram suas interpretações condicionadas tão-somente ao Código Civil, ignorando quase que por completo a existência de uma Lei Maior e limitando-se a mencionarem nos antigos textos as mudanças pontuais ou supressões de preceitos não recebidas pela Constituição. Portanto, a função social da propriedade resta inserida no artigo 5º., XXII, da Constituição Federal de 1988, e, ainda, no artigo 182, § 2º. e 186

entretanto, esse novo conceito ainda encontra opositores nos próprios operadores do Direito, assim como nos detentores de grandes áreas.

Conforme Perlingieri²⁰

O termo, certamente não elegante, “despatrimonialização”, individua-se uma tendência normativa-cultural; se evidencia que no ordenamento se operou uma opção, que, lentamente, se vai concretizando, entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim em si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo depois, como valores).

Nesse cenário de mudanças, dissemina-se a idéia da descodificação e da constitucionalização do Direito Civil, colocando-se à partir dos fundamentos constitucionais, ao invés dos pilares que antes sustentam o direito civil – propriedade, família e autonomia de vontade, o ser humano – a dignidade da pessoa humana e sua promoção social, econômica e espiritual, como o centro do ordenamento civil. É a repersonalização da pessoa humana como centro do direito civil, através da qual, passa-se a buscar uma adequação do direito aos fundamentos constitucionais.

No Brasil, o constituinte originário de 1988, rompe com a ditadura militar vigente no país desde 1964 e instaura uma ordem jurídica democrática, buscando atender as necessidades e expectativas da população brasileira frente à nova realidade vivida.

O legislador constituinte, logo no 1º artigo da Constituição, afirma o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamentada na República Federativa do Brasil. O 3º artigo tem como objetivo prioritário promover o a igualdade e bem-estar da população, sem distinção de raça, cor, sexo, origem, idade ou qualquer outra forma de preconceito e no 5º fica instituído que todos serão tratados de forma igual perante a lei, mesmo diante disso, o legislador, abriu o Capítulo VII (da família, da criança, do adolescente e do idoso) do Título VIII (da ordem social), para que não existissem dúvidas em relação da proteção que o governo dá especialmente às entidades familiares.

Como mostra Mendes, Coelho e Branco²¹, o capítulo da constitucionalização da família, se mostra inovador.

também da Constituição Federal. O Estatuto da Cidade (Lei nº. 10.257/2001) também trata da função social da propriedade”.

²⁰ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 33.

Um terreno que no passado estava entregue, quase por inteiro, a livre discrição dos seus integrantes, com destaque para a figura paterna na condição de chefe e condutor dos que gravitavam ao seu redor, não só a esposa e os filhos, mas também aqueles que se relacionavam com ele por vínculos de dependência econômica, o que, tudo somadas e guardadas as distâncias, fazia lembrar o *pater familias* do velho direito romano, cujos poderes – chamada *patria potestas* – compreendiam, além da apropriação dos bens adquiridos pelos seus filhos, também o direito de puni-los como entendesse adequado, inclusive aplicando-lhes a pena de morte.

Também de acordo com Mendes, Coelho e Branco²², com o passar do tempo, e as mudanças sociais ocorridas, o poder autoritário do chefe de família, resultou no novo poder familiar, o qual passou a ser dividido com o a esposa, no que passou a ser o atual Código Civil:

as questões essenciais são decididas em comum, sendo sempre necessária a colaboração da mulher na direção da sociedade conjugal. A mulher, em suma, deixa de ser simples colaboradora e companheira – consoante posição que lhe atribui à lei vigente (Código Civil de 1916) – para passar a ter “poder de decisão”, conjuntamente com o esposo.

Assim, dizem os autores que o constituinte de 1988, aproximou-se da realidade existente, para proteger o direito e as relações familiares, que já eram cuidadas pela legislação previdenciária.

O constituinte ao constitucionalizar, trouxe diversas melhorias à sociedade, como a expansão das entidades familiares, o não retrocesso social, o princípio de igualdade entre homens e mulheres.

A família é fundamental, pois atua como o primeiro socializador do ser humano, desta forma recebe uma tutela especial do Estado, consoante o artigo 226 da Lei Fundamental, o qual decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, com fulcro no referido artigo:

Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

No que se refere ao supracitado artigo 226 § 7º da Constituição Federal, que insere o princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito das

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito de constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1306.

²² MENDES, COELHO e Branco, id. *ibid.*, 2007, p. 1306.

relações familiares, é válida a transcrição de trecho do trabalho de Lôbo²³, nestes termos:

A tendência contemporânea de ver a família na perspectiva das pessoas que a integram, e não de seus patrimônios, para regulação de seus direitos, constitui o fenômeno que apropriadamente se denomina repersonalização. É nessa pessoa, enquanto tal, que reside a dignidade humana.

A Constituição Brasileira, considera a família como fundamental para a sociedade, todavia, como afirma José Silva²⁴,

não é mais só pelo casamento que se constitui a entidade familiar, já que trouxe o constituinte as figuras da família monoparental e da união estável, sendo que todas merecem a proteção do Estado e em qualquer desses casos, os direitos e deveres referentes a sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher, consagrando-se o direito de igualdade entre ambos consignado no Art. 5º, I.

Com a Constituição de 1998 novas entidades familiares passaram a ser consideradas, diferentemente do modelo tradicional pai, mãe e filhos. A união estável, a família monoparental foram explicitadas na lei, garantindo o direito de igualdade. O princípio da igualdade,

aplicado ao direito de família, não se concilia com o velho perfil da família patriarcal, onde tudo girava em função do chefe, que negava direitos à mulher e aos filhos. Abusos cometidos no seio familiar eram tolerados sob a alegação de que não cabia ao Estado intervir nos assuntos domésticos. A igualdade entre homens e mulheres não se compadece com os modos antigos fundados na suposição de que o macho da espécie assume papel superior no clã. Homens e mulheres carregam características próprias de cada sexo, mas enquanto pessoas humanas são iguais em direitos e obrigações. Em razão disto, dogmas processuais com o foro privilegiado da mulher, antes tomado como regra absoluta, ganham relatividade quando iluminados pelos novos princípios.²⁵

Assim como o princípio de igualdade, buscou-se a aplicação da regra de isonomia de tratamento jurídico, o qual possibilita que a igualdade nos papéis desempenhados entre marido e mulher na chefia da sociedade conjugal, sendo também “a isonomia que se busca na identificação dos filhos de uma mesma mãe

²³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *A família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 12.

²⁴ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 823.

²⁵ Decisão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ, no REsp 27483/SP, de 04/03/1997, publicada no DJ, de 07/04/1997, p. 11.112.

ou de um mesmo pai. É ainda a isonomia que protege o patrimônio entre personagens que disponham do mesmo *status familiae*.²⁶

Assim, a respeito da constitucionalização do direito da família, pode ser resumido com a afirmação de Dias²⁷ :

Raras vezes uma Constituição consegue produzir tão significativas transformações na sociedade e na própria vida das pessoas como fez a atual Constituição Federal. (...) A supremacia da dignidade da pessoa humana está lastreada no princípio da igualdade e da liberdade, grandes artífices do novo Estado Democrático de Direito que foi implantado no país. Houve o resgate do ser humano como sujeito de direito, assegurando-lhe, de forma ampliada, a consciência da cidadania. O constituinte de 1988 consagrou como dogma fundamental, antecedendo a todos os princípios, a dignidade da pessoa humana, impedindo assim a superposição de qualquer instituição à tutela de seus integrantes. Foram eliminadas injustificáveis diferenciações e discriminações que não mais combinam com uma sociedade democrática e livre.

Ao proteger a família, o constituinte reconheceu e oficializou o que existia há tempos, conseqüência da jurisprudência e doutrina, introduzindo assim, medidas indispensáveis para a evolução das entidades familiares na sociedade brasileira, e as relações familiares passaram a ser repersonalizadas com a aplicação de um importante princípio indiretamente fundamentado pela Constituição de 1988, o da afetividade.

3. A Repersonalização do Direito de Família

3.1 Aplicação do Princípio da Afetividade como elemento fundamental das relações familiares

A família sempre foi considerada a estrutura básica da sociedade. Entretanto, no decorrer da história da humanidade as relações familiares, asseguradas pelo Direito de Família adquiriram um caráter patrimonialista, em detrimento da pessoa enquanto ser humano que precisava ser protegido, mas que, passa a ser transformado no decorrer do século XX na sociedade brasileira como resultado do surgimento de novas reconfigurações de família, onde o homem não detém mais o poder de superioridade sobre a mulher e os filhos, todos devem ser considerados com igualdade. Também deixa de ser um núcleo tão somente de

²⁶ MARQUES, Claudia Lima *et. al.*. Igualdade entre filhos no direito brasileiro atual – direito pós-moderno, *Revista dos Tribunais*, T 764, 1998, p. 11.

²⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 40.

reprodução e econômico e abre-se espaço para o amor, a compreensão e o diálogo e passou a ocorrer a repersonalização das relações familiares, quando então os interesses afetivos passaram em predominar.

Quanto a esse aspecto no direito de família, Ana Carla Harmatiuk MATTOS assim se refere:

A repersonalização das relações familiares significaria sair daquela idéia de patrimônio como orientador da família, onde essa se forma pela afetividade e não mais exclusivamente pelo vínculo jurídico-formal que une as pessoas. Deve o Direito Civil, cumprir seu verdadeiro papel: regular as relações relevantes da pessoa humana - colocar o homem no centro das relações civilísticas. (...) E, gravitando o Direito Civil em torno da pessoa, não há lugar para concepções excludentes de determinados sujeitos da tutela jurídica ou atribuidora de um tratamento jurídico inferior a eles – já não há espaço para as discriminações de gênero. (...). Uma das conseqüências práticas da repersonalização vem ser a nova concepção de família, espelhando a idéia básica da família eudemonista, ou seja, da família direcionada à realização dos indivíduos que a compõe. MATTOS, Ana Carla Harmatiuk. As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina. Rio de Janeiro: renovar, 2000, p.104-105.

Pode-se, dessa forma, afirmar que a chamada repersonalização do direito de família importa na derrocada da família como um fim em si mesma. Ou melhor, sobe a perspectiva atual de se privilegiar a pessoa humana em detrimento da sociedade e as suas necessidades existenciais, minimizando-se o conteúdo eminentemente patrimonialista privilegiada pela conduta civilística até então. Conforme descreve VILLELA

Não se pode teorizar sobre a família na sociedade contemporânea sem ter em conta as profundas transformações por que passou a instituição, a ponto de só guardar remota identidade com seus antecedentes históricos. A substituição, de um lado, da *grande família*, que compreendia a própria linha dos escravos, pela *família nuclear*, centrada na tríade *pai-mãe-filho*, operada nos séculos XIX e XX, mas sobretudo o aprofundamento afetivo no interior do grupo deram-lhe um novo rosto. De unidade proposta a fins econômicos, políticos, culturais e religiosos, a família passou a grupo de companheirismo e lugar de afetividade.²⁸

Todo ser humano tem direito ao afeto, direito de ser amado, pois somente com esses sentimentos, até a pouco tempo um desconhecido para a legislação pátria, o ser humano poderá ter um melhor desenvolvimento físico, psíquico e emocional, obtido somente com a convivência familiar.

Na definição de Abbagnano apud Angeluci, afeto são

²⁸ VILLELA, João Baptista. *Liberdade e família*. v. 3. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Revista da Faculdade de Direito da UFMG, 1980, p. 11.

[...] as emoções positivas que se referem a pessoas e que não têm o caráter dominante e totalitário. Enquanto as emoções podem referir-se tanto a pessoas quanto a coisas, fatos ou situações, os afetos constituem a classe restrita de emoções que acompanham algumas relações interpessoais (entre pais e filhos, entre amigos, entre parentes), limitando-se à tonalidade indicada pelo adjetivo “afetuoso”, e que, por isso, exclui o caráter exclusivista e dominante da paixão. Essa palavra designa o conjunto de atos ou atitudes como a bondade, a benevolência, a inclinação, a devoção, a proteção, o apego, a gratidão, a ternura, etc. que, no seu todo, podem ser caracterizados como a situação em que uma pessoa “preocupa-se com” ou “cuida de” outra pessoa ou em que esta responde, positivamente, aos cuidados ou a preocupação de que foi objeto. O que comumente se chama de “necessidade de afeto” é a necessidade de ser compreendido, assistido, ajudado nas dificuldades, seguido com olhar benévolo e confiante. Nesse, o afeto não é senão uma das formas do amor.

Nessa definição nota-se a agregação de diversos aspectos envolvidos pelas relações afetivas, principalmente suscita a responsabilidade com aqueles seres amados, visto que o afeto correlaciona-se com o dever de cuidar daquelas pessoas unidas pelo *affectio familiae*, afeto familiar, que norteia o princípio da afetividade.

Tem-se que o afeto passou a ser um elemento integrador das famílias, sendo aplicado como um direito fundamental em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana apregoado no art. 1º, III, da Constituição Federal, que trouxe uma visão contemporânea de ver a família não mais sob a ótica patrimonializada, como nas legislações passadas, mas, na perspectiva dos seres humanos.

Lôbo²⁹ identifica quatro fundamentos essenciais na Constituição Brasileira, do princípio da afetividade:

a igualdade de todos os filhos independentemente da origem (art. 227, §6º, CF),
a adoção como escolha manejada em virtude do afeto, dando ao adotado direitos iguais ao do filho biológico (art. 227, §§ 5º e 6º, da CF), menciona, também, o reconhecimento e a tutela estatal da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos (art. 226, §4º, CF), e,
o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança e do adolescente (art. 227, CF).

Pode-se, assim afirmar que o princípio da afetividade tem fundamento constitucional, projetando-se no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de

²⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numeros clausus*. In: PEREIRA, Rodrigues Cunha (coord.). *Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Repensando o Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 95.

afetividade, tendo em vista que consagra a família como unidade de relações de afeto, após o desaparecimento que desempenhava funções procracionais, econômicas, religiosas e políticas.

Sob esse prisma, Netto Lôbo³⁰ enfatiza que

O desafio que se coloca aos juristas, principalmente aos que lidam com o direito de família, é a capacidade de ver as pessoas em toda sua dimensão ontológica, a ela subordinando as considerações de caráter biológico ou patrimonial. Impõe-se a materialização dos sujeitos de direitos, que são mais que apenas titulares de bens. A restauração da primazia da pessoa humana, nas relações civis, é a condição primeira de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais.

Destaca-se que mesmo que a palavra afeto não seja citada na Constituição, o princípio da afetividade tem sido o alicerce para a construção de um novo perfil do Direito de Família, visto que muitas decisões dos julgadores apóiam-se nesse princípio como o principal fundamento das relações familiares.

A afetividade é uma construção cultural que se dá na convivência, sem interesses materiais, revelando-se em ambiente de solidariedade e responsabilidade, como todo princípio é determinado pela mediação concreta do intérprete, ante a cada situação real, portanto conclui-se que onde houver uma relação, ou comunidade, mantidos por laços de afetividade haverá uma família.

Assim, a progressiva despatrimonialização do Direito de Família, faz com que os valores existenciais da pessoa humana passem a determinar o sistema jurídico, visto que cada vez mais pode-se encontrar o princípio da afetividade nas jurisprudências que versam sobre as relações familiares, aproximando assim o Direito do seu verdadeiro fundamento, a promoção da justiça e da paz entre as pessoas.

3.2. O pluralismo como desafio do Direito de família contemporâneo

A família constitui um fenômeno da natureza e da cultura, que tem passado por renovadas transformações, sobretudo à que são submetidas às entidades familiares. Isto se deve à necessidade de responder às exigências cada vez maiores, de realização do indivíduo no plano afetivo e relacional.

³⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio jurídico da afetividade na filiação*. Disponível em <<http://www.jus.com.br/doutrina/afetfili.html>>. Acesso em 08.07.2003.

Compreender a evolução do Direito de Família deve ter como premissa a construção e a aplicação de uma nova cultura jurídica, principalmente em relação a proposta de proteção às entidades familiares, estabelecendo um processo de repersonalização destas relações, tendo como sua maior preocupação, a manutenção do afeto.

Desse modo, o desafio lançado pelo Direito de Família contemporâneo consiste em aceitar o princípio democrático do pluralismo na formação de entidades familiares e, respeitando as diferenças intrínsecas de cada uma delas, efetivar a proteção e promover os meios para resguardar os interesses da parte, conciliando o respeito à dignidade humana, o direito à intimidade e à liberdade com os interesses sociais.

A pluralidade de formas atualmente de constituição de família representa uma grande ruptura com o modelo único de família, que foi instituído pelo casamento. Aceitar que outras formas de relação merecem, igualmente, a proteção jurídica implica reconhecer o princípio do pluralismo e da liberdade característico da sociedade contemporânea.

Fachin descreve este novo Direito de Família com sendo:

“... o Direito não imune à família como refúgio afetivo, centro de intercâmbio pessoal e emanador da felicidade possível, família como sendo o mosaico da diversidade, ninho da comunhão no espaço plural da tolerância, valoriza o afeto, afeição que recoloca novo sangue para correr nas veias de um renovado parentesco, informado pela substância de sua própria razão de ser e não apenas pelos vínculos formais ou consangüíneos. Tolerância que compreende o convívio de identidades, espectro plural, sem supremacia desmedida, sem diferenças discriminatórias, sem aniquilamentos. Tolerância que supõe possibilidade e limites. Um tripé que, feito desenho, pode-se mostrar apto a abrir portas e encarar novas questões. Eis então o direito ao refúgio afetivo”. (FACHIN, Luiz Edson. Elementos críticos do Direito de Família. Rio de Janeiro: Renovar 1999, p. 306.)

Sendo assim, o reconhecimento da pluralidade de formas de constituição de família é uma realidade que tende a evoluir pelas transformações sociais, repercutindo na forma de tratamento dessas relações. O reconhecimento de direitos de igualdade, respeito à liberdade e à intimidade de homens e mulheres, assegura a toda pessoa o direito de constituir vínculos familiares e de manter relações afetivas, sem qualquer discriminação. Nesse sentido, LÔBO afirma

O princípio do pluralismo das entidades familiares rompe com a tradição centenária do direito brasileiro de apenas considerar como instituto jurídico o casamento, desde as ordenações do Reino. Todas as constituições brasileiras (imperial e republicana) estabeleceram que apenas a família constituída pelo casamento seria protegida pelo Estado. Apenas a Constituição de 1988 retirou do limbo ou da clandestinidade as demais entidades familiares, nomeadamente a união estável e a entidade uniparternal (pai, mãe e filhos). Os integrantes dessas famílias relegadas a meros fatos sociais, não jurídicos eram destituídos de direitos idênticos. Contudo a Constituição de 1988 ainda deixou de fora certas entidades que tem natureza familiar, porque se constituem como unidades afetivas e não patrimoniais, tais como: o concubinato entre impedidos de casar (o princípio da

monogamia é mais forte que os fatos), as uniões homossexuais e as uniões duradouras de pessoas, sem finalidade sexual, que buscam convivência afetiva (de mesmo sexo ou de sexo diferente).

Percebe-se, portanto, que o reconhecimento do afeto nas relações familiares, a construção da igualdade entre homem e mulher e a aceitação do pluralismo na forma de constituição de família vêm representar grandes desafios, frente a uma tradição conservadora em negar-se às novas realidades existentes, porém tudo parece apontar para uma consagração do afeto em uma concepção aberta e plural do Direito e da família.

4 Conclusão

- O patriarcalismo foi o modelo que norteou durante séculos a família, vista como núcleo econômico e de reprodução, o qual entrou em crise durante o século XX, quando a mulher passou ter maior importância na família, na sociedade e no mercado de trabalho, deixando de ser tão somente a responsável pelo lar e pelos filhos, passando a lutar pelo direito de igualdade com os homens, direito proclamado no texto constitucional de 1988.
- Com o processo de Constitucionalização do Direito, ocorreu a despatrimonialização do Direito de Família e a repersonalização das relações familiares, ou seja, da valorização do patrimônio, passou-se a valorizar o indivíduo enquanto pessoa humana, em sua dignidade, igualdade e afetividade.
- O princípio da afetividade está sendo apontado, atualmente, como principal fundamento das relações familiares. Mesmo não contendo a palavra afeto na Constituição Federal como um direito fundamental, pode-se dizer que o afeto decorre da valorização constante da dignidade humana. Encontram-se na Constituição Federal algumas referências, cuja interpretação sistemática conduz ao princípio da afetividade, o qual constitui a evolução social da família.
- O reconhecimento da pluralidade de diversas formas de constituir família se tornou uma nova realidade social no Direito de Família brasileiro, a partir da Constituição de 1988. A aplicação dos dispositivos de tutela e proteção

às diversas entidades familiares requer uma interpretação criativa e aberta por parte do intérprete, devendo se ajustar aos diversos conflitos familiares presentes em nossa sociedade, fundando-se as decisões nos princípios da dignidade da pessoa humana, da afetividade, da liberdade e da igualdade.

Referências

AMARAL, Francisco. A Descodificação do Direito Civil Brasileiro, *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, Brasília, 8(4) 545-657, out./dez. 1996.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. *Viver em família: reinventando laços*. São Paulo: Moderna, 2009.

BARSTED, Leila Linhares. “A Legislação Civil sobre Família no Brasil”, in: *As Mulheres e os Direitos Civis*. Coletânea Traduzindo a Legislação com a Perspectiva de Gênero, Rio de Janeiro, Cepia, 1999.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. O pluralismo no Direito de Família Brasileiro: realidade social e reinvenção da família. In: BRAUNER, Maria Claudia Crespo. (org.). *O direito de família: descobrindo novos caminhos*. São Leopoldo: Edição da Autora, 2001.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Da família patriarcal à família contemporânea. *Revista Jurídica Cesumar* – v.4, n. 1 – 2004.

COELHO, Inocêncio Mártires. Comunicação apresentada no Seminário Internacional Italo-Ibero-Brasileiro, sobre o tema *Direito Público e Direito Privado: uma dicotomia superada no direito contemporâneo?*, realizado em Brasília de 26 a 28/08/04.

Decisão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ, no REsp 27483/SP, de 04/03/1997, publicada no DJ, de 07/04/1997.

DEL PRIORE, Mary Lucy Murray. *História das mulheres no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Contexto, 1997.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995.

FACHIN, Luis Edson. *Família, direito e uma nova cidadania*. 2008. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Luiz_edson/Familia.pdf> . Acesso em: <16 jan. 2011>.

FREYRE, Gilberto. *Sobrados e mucambos: decadência do patriarcado rural e desenvolvimento do urbano*. Rio de Janeiro: J. Olympio-INL, 1997.

FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. 32. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2003.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio jurídico da afetividade na filiação*. Disponível em <<http://www.jus.com.br/doutrina/afetfili.html>>. Acesso em 08.07.2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numeros clausus*. In: PEREIRA, Rodrigues Cunha (coord.). *Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Repensando o Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *A família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

MARQUES, Claudia Lima *et. al.*. Igualdade entre filhos no direito brasileiro atual – direito pós-moderno, *Revista dos Tribunais*, T 764, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito de constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Maria Cecília B. A caminho de um Direito Civil Constitucional. *Revista Estado, Direito e Sociedade*, vol. I, 1991.

MUZART, Z. L. (Org.). *Mariana Coelho: A evolução do feminismo*. 2. ed. Curitiba: Imprensa Oficial do Governo do Paraná, 2002. v. 1.

NETTO LÔBO, Paulo Luiz. O ensino de Direito de Família no Brasil. 2004. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: <15 jan. 2011>.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIRES, Eduardo e ARAÚJO, Neiva Cristina de. Constitucionalização do direito civil: aspectos da função social da empresa. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo, SP, 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo*. 24. ed. São Paulo: Brasiliense, 1996.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. *A mulher na sociedade de classes: mito e realidade*. São Paulo: Quatro Artes-INL, 1969.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

VILLELA, João Baptista. *Liberdade e família*. v. 3. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Revista da Faculdade de Direito da UFMG, 1980.

