

**UNIVERSIDADE ESTÁCIO DE SÁ**

**LITIANE MOTTA MARINS ARAUJO**

*QUO VADIS HOM: O CAMINHO CONSTITUCIONAL DO AFETO COMO AMÁLGAMA  
DAS RELAÇÕES FAMILIARES (NUMA VISÃO CONTEMPORÂNEA*

**Rio de Janeiro**

**2014**

LITIANE MOTTA MARINS ARAUJO

*QUO VADIS HOM: O CAMINHO CONSTITUCIONAL DO AFETO COMO AMÁLGAMA  
DAS RELAÇÕES FAMILIARES (NUMA VISÃO CONTEMPORÂNEA*

Dissertação apresentada como requisito  
parcial para obtenção do título de  
Mestre em Direito pela Universidade  
Estácio de Sá.

Orientadora: Profa. Dra. Doutora Edna Raquel Hogemann

**Rio de Janeiro**

**2014**

A663q Araújo, Litiane Motta Marins

Quo vadis hom: o caminho constitucional do afeto como amálgama das relações familiares numa visão contemporânea / Litiane Motta Marins Araújo. – Rio de Janeiro, 2014.

129f. ; 30cm.

Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade Estácio de Sá, 2014.

1. Direito de família. 2. Direito – aspectos sociais. 3. Poder familiar. 4. Patriarcado. 5. Afeto (Psicologia). I. Título.

CDD 342.16



**Estácio**

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

A dissertação

**QUO VADIS HOMO - O CAMINHO CONSTITUCIONAL DO AFETO COMO AMÁLGAMA DAS  
RELAÇÕES FAMILIARES (NUMA VISÃO CONTEMPORÂNEA)**

elaborada por

**LITIANE MOTTA MARINS ARAUJO**

e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora foi aceita pelo Programa de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial à obtenção do título de

**MESTRE EM DIREITO**

Rio de Janeiro, 24 de fevereiro de 2014.

BANCA EXAMINADORA

**Profa. Dra. Edna Raquel Rodrigues Hogemann – Presidente**  
Universidade Estácio de Sá

**Prof. Dr. Rafael Mario Iorio Filho**  
Universidade Estácio de Sá

---

**Profa. Dra. Volia Bomfim Cassar**  
Universidade do Grande Rio

**Dedico esta obra a minha filha Ana Beatriz Marins Araujo, por me apresentar a forma mais pura de amor.**

## **AGRADECIMENTOS**

Ao meu marido, Walacix, por tudo.

Aos meus pais, Carlos e Lourdes, pelo amor incondicional.

À minha filha, Ana Beatriz, maior presente que Deus poderia me dar.

Ao meu irmão, Carlos Nazareth, pelo carinho e pela amizade, e por me alegrar com sobrinhas-afilhadas (Duda e Carol) e uma cunhada-irmã (Adriana).

A minha orientadora, Edna Raquel Hogemann, pelo conhecimento, pela confiança e paciência.

Aos Professores Rafael Iório, Vanice Lirio, Renata Braga Klevenhunsen, Marcelo Ciotola, Lênio Streck, pelos conhecimentos transmitidos.

À Unigranrio, por patrocinar esse sonho.

Aos amigos Cátia Lemos, Everardo Araujo, Fernando Pontes, Getúlio Braga.

Aos parceiros-amigos da Coordenação Ivano Reis, Cecília Alves, Maria Rita Braz, Paulo Santana e Ivan Cosme.

Aos amigos conquistados no mestrado.

A minha coordenadora, Vólia Bomfim, pelo incentivo e apoio.

A Deus, por mais essa conquista.

*“O amor não faz mal ao próximo,  
de sorte que o cumprimento da lei  
é o amor”.*

**(Paulo)**

## RESUMO

A preocupação em harmonizar os conflitos é, desde sempre, um anseio e um ditame da justiça. O Direito, notadamente, de família, é expresso em uma envergadura social impressionante, sendo base da sociedade e, por conseguinte, do Estado. Assim, diante da desenvoltura e alcance do referido ramo do Direito assomado ao ambiente de discussão acerca dos novos direitos no seio dos direitos fundamentais, especialmente sociais, convergem as reflexões desenvolvidas neste estudo nas expectativas de um ordenamento jurídico igualmente oxigenado pela sábia e prudente orientação humana no advento de um novo olhar sobre os mesmos institutos. A percepção por parte do civilista de que há sempre um novo elemento a se considerar não se dá por um caráter evolutivo do Direito. Não se trata de seleção natural ou considerar ser humano de outrora involuído ou de menor apreensão intelectual e mesmo afetiva do mundo. O estudo trata da diferença identificada no Direito concernente ao aprimoramento, aperfeiçoamento, despertar da sociedade. Busca identificar que o esforço ocidental que não se mostra evolutivo, mas desvelador (*alethéia* - αλεθεία). Traz a proposta da renovação do olhar sobre os mesmos institutos. Portanto, o ambiente sócio-afetivo com colaborações psicológicas e psicanalíticas, além das sociológicas, antropológicas, políticas e filosóficas, implica realidade jurídica de família diferenciada e beneficentemente inovadora.

**Palavras-chave:** Direito de Família, poder, limites, hierarquia, afeto.



## **ABSTRACT**

The concern with the harmonization of conflict is always dictated by justice. Law, notably family Law, is expressed on a scale socially impressive. It is dynamic, fast and strong. It is the basis of society and, therefore, the State, the latter is understood as the culmination of a conjunction of the social organisms resulting from its parent cell. Given the ease and scope of this branch of law, the environment of discussion about the new rights within the fundamental rights, especially the social ones, converge reflections to be developed on the expectations of a legal system also oxygenated by the wise and prudent human orientation. In Advent, a new look at the same institutes. This denotes a constitutionalism that has no power to waive demerit ordinary legislation. The civilist realizes that there is always a new element to consider. What is not given by an evolutionary character of law. It is not natural selection or consider human erstwhile involuted or less intellectual and even emotional apprehension of the world. The paper deals with the difference identified in law, concerning the improvement, improvement, awakening of society. It is the renewal of look at the same institutes. Therefore, the social-&-affective collaborations with psychological and psychoanalytic, besides the sociological, anthropological, political and philosophical imply legal reality family beneficially differentiated and innovative.

**Key-words:** Family Law, authority, limits, hierarchy, affection.

## SUMÁRIO

Introdução .....	2
1 - O PODER PATRIARCAL DEMARCADOR DAS RELAÇÕES FAMILIARES	
1.1 As formações familiares entre o matriarcado e o patriarcado.....	8
1.2 A família patriarcal - uma análise necessária.....	20
1.3 A família na visão do Código Civil de 1916.....	35
2 - O RECONHECIMENTO DO AFETO COMO ELEMENTO FORMADOR DAS FAMÍLIAS	
2.1 As transformações sociais e os reflexos na família.....	54
2.2 Os novos direitos e, os direitos fundamentais nas relações familiares.....	66
2.3 A família definida pelo poder do afeto.....	79
3 - PERSPECTIVAS JURÍDICO-SOCIAIS E AFETIVO-FAMILIARES NO CENÁRIO ATUAL	
3.1 O paradigma familiar e a função social do Direito repersonalizado.....	95
3.2 A família e o Código Civil de 2002.....	103
3.3 Perspectivas da constitucionalização da lei civil familiar como dignificação humana.....	109
Conclusão.....	115
Referências.....	118

## INTRODUÇÃO

O estudo proposto investiga a composição das relações humanas que debruçam sobre origem, significado e desenvolvimento da sociedade. O que pode ser realizado a partir do olhar atento, do exame detido sobre a formação da família. Com efeito, o principal desafio à pesquisa reside no acompanhamento da dinâmica dos processos sociais inevitavelmente associados às características e ao estado da família. A seguir serão apresentados os assuntos abordados neste trabalho.

No primeiro capítulo, estuda-se a origem da família, remonta-se a questão do poder patriarcal demarcador das relações familiares, embora o matriarcado também seja introdutoriamente mencionado no estudo. Sob tal prisma de entendimento, portanto, o poder entre o patriarcado e matriarcado aponta, de antemão, o caminho da reflexão.

A família patriarcal, por sua incidência maior e perdurada realidade tornou-se objeto mais destacado nesta investigação, tornando-se necessária sua análise com maior atenção, sem naturalmente esgotar a discussão sobre o assunto.

Os itens finais do primeiro capítulo tratam da revisão da família como novo olhar sobre a mesma lançado, a partir da codificação civil brasileira de 1916, enunciando crítica da sobreposição de um gênero sobre outro, bem como seu caráter extremamente patrimonialista.

Por conseguinte, no segundo capítulo, não são dispensadas as considerações sobre as transformações sociais. Ao mesmo tempo é considerada a hipótese do novo ideário da família, conduzindo ao pensamento de que não é olvidada a nova realidade de relações familiares, sem subestimar os conceitos concorrentes ao afeto e a relação paradigmática que representa e que requer rigor na sua construção e apreciação.

Com efeito, o primeiro ponto abordado nesse capítulo consiste na preocupação em compreender as transformações sociais e seus reflexos na família. Todas as relações de poder, venais, patrimoniais mais abrangentes requerem redobrada atenção pela renovada noção de valor em problemas de reavaliação de variáveis nas referidas mudanças. A novidade dos gêneros e o patrimônio também se destacam como novas questões a considerar.

A oportuna menção aos novos direitos no enfoque de tal problemática torna-se igualmente importante. Também se reserva espaço para a abordagem da transnacionalização e do papel de biociências descrevendo novos caminhos do ser humano e da família, incidindo diretamente sobre as relações humanas.

O segundo capítulo remata-se tratando da força do afeto e implica delimitador importante, senão decisivo em critérios puramente científicos e objetivos, que põem de lado a complexidade da natureza humana em seu sinuoso caminho à pessoa interior e seu diálogo com o mundo exterior ou circundante.

No terceiro capítulo, as derradeiras reflexões ocorrem na direção das perspectivas jurídico-sociais e afetivo-familiares identificáveis no cenário atual, configurando complemento à problemática e enunciando as mudanças em perfil ainda mais atento às questões normativas quando em presença e diálogo com o não escrito e elaborado Direito. Nos parágrafos serão explicitadas todas as temáticas abordadas no capítulo.

A referência familiar é, portanto, o primeiro e indispensável detrimento a se realizar, admitindo-se que está diante da sua função social – expressão valiosa no Direito contemporâneo – sem olvidar a repersonalização como termo intimamente ligado à dignidade da pessoa humana e ao afeto dentre das novas diretrizes

constitucionais a refletir não apenas as demandas como o ideário da sociedade justa, livre e solidária em comprometimento e cumplicidade.

A continuidade da reflexão se dá na constituição da família na codificação civil de 2002, que irá se distanciar da nociva concepção agrário-escravista que subjugou a sociedade de até então. Nesse diapasão composto pelo novo código, novas concepções foram, naturalmente surgindo a ponto de engendrar discussões importantes sobre o valor da pessoa humana, a transparência, não onerosidade, proporcionalidade, razoabilidade, boa-fé e todo sinalagmatismo inalienável a todo negócio jurídico a fim de tornar o ato jurídico perfeito.

O balanço da reflexão está na referência ao exposto anteriormente – a constitucionalização do direito civil –, bem como desdobramentos e incidências na lei civil familiar promovendo a dignificação da pessoa humana, na medida em que abriga em seu seio o revestimento da pessoa de um valor que não depende de sua condição, etnia, crença, aparência e toda forma de exclusão que outrora o mundo já experimentou, de modo muitas vezes amargo. É natural que essa fala não denuncia erradicação do que se apresenta, mas denota um esforço ou, minimamente o início de um caminho que parecia estar muito distante.

A reflexão ideada concede destaque ao afeto e revela a preocupação em, ao menos, mitigar os conflitos, o que constitui, desde sempre, um anseio e um ditame da justiça. O Direito, notadamente, o de família, expresso em uma envergadura social impressionante é decisivo nesse ponto. Dinâmica, veloz e forte. Encontra-se na fundação da sociedade e, por conseguinte, do Estado, se entendido este último como culminância de uma conjunção de organismos sociais resultantes de sua célula-mãe.

Diante da desenvoltura e alcance do referido ramo do Direito assomado ao ambiente de discussão acerca dos novos direitos no seio dos direitos fundamentais,

especialmente os sociais, convergem as reflexões a serem desenvolvidas nas expectativas de um ordenamento jurídico igualmente oxigenado pela sábia e prudente orientação humana no advento de um novo olhar sobre os mesmos institutos. Isso denota um constitucionalismo que não tem o condão de dispensar demérito à legislação ordinária. O civilista percebe que há sempre um novo elemento a se considerar. O que não se dá por um caráter evolutivo do Direito. Não se trata de seleção natural nem tampouco vai se considerar ser humano de outrora involuído ou de menor apreensão intelectual e mesmo afetiva do mundo. A diferença identificada no Direito concerne ao aprimoramento, aperfeiçoamento, um despertar da sociedade. O esforço ocidental que não se mostra evolutivo, mas desvelador (*alethéia* - αλεθεία).

É a renovação do olhar sobre os mesmos institutos. Portanto, o ambiente sócio-afetivo com colaborações psicológicas e psicanalíticas, além das sociológicas, antropológicas, políticas e filosóficas implica realidade jurídica de família diferenciada e beneficentemente inovadora. Por outro lado, não se afasta o problema velado da seleção natural – um darwinismo social – ou um arianismo sutil. Por histórico, é conhecido que nem todo aquele que nascia *em forma humana* era considerado pessoa, ou que determinados seres porque não estavam nos padrões europeus não possuíam alma.

Vale lembrar que mesmo os ditos recivilizadores já foram denominados de bárbaros, mas invocaram guerras púnicas, mencionaram um império sacro e não hesitaram em separar famílias e, portanto, as sutilezas e rudezas das ações humanas denunciam uma mudança radical que anule as possibilidades de aniquilação – de qualquer expediente – da família e da pessoa humana.

O último capítulo, referente à conclusão, reafirma que o estudo, certamente, não esgotará as possibilidades de suscitar questionamento sobre a questão da família e indagar quais são os limites do homem. A reflexão tem o intento de contribuir com o

estudo do tema em primeiros passos, não obstante o discurso do estado da arte afirma hipótese de não necessidade de visitação e, por tal fala, seria oportuno lembrar aqui Italo Calvino em seu *Por que ler os clássicos?*. Já em suas primeiras observa es este afirma que os clássicos devem ser lidos em um momento e em outro posterior. Eis a possibilidade de reexaminar e nascer novo olhar sobre o que provavelmente já havia esgotado tantos assuntos. São os mesmos objetos de estudo passando por nova análise e entendimento. Entre outras razões, essa postura intelectual constitui soma de variado número de fatores que contam com novas informa es, dados específicos, o próprio avanço da ciência e da comunica o promovendo os novos direitos, por exemplo, além da questão da verdade que não cessa de ser objeto de interroga o para todos aqueles que desejam compreender mais profundamente as tramas, e sutilezas, do complexo existencial da natureza e das rela es humanas.

Adicionada a essa postura de pensamento está ainda presente toda questão epistemológica, ontológica e a banida, mas recorrente metafísica. Esta última pode ser ilustrada em um caso como o de uma cruz, como símbolo que   retirada de um gabinete do magistrado que poderia suscitar não somente uma crise institucional do Estado, que se apresentaria inclinado   quebra do pacto social de ser laico, como também poderia denotar que a retirada do objeto da parede não o retira do cora o do ser humano que insistentemente pode compor seu juízo. Desse modo, o trabalho a que se propõe um estudo sobre o âmbito das a es de gênero na mais importante institui o social, constitui importante questão, implicando estado da arte no amálgama das exposi es imediatamente anteriores e, certamente, ainda outras, que a curta vista humana possivelmente não alcance de antemão. Aproveitando o ensejo para reafirmar nesta seara a imprescindível relevância do afeto no cumprimento da lei que   o amor, conforme as palavras da histórica figura do Direito – Paulo. Longe de propor qualquer

apelo emocional, há valorização da mesma intuição, a saber, emocional, como fonte de conhecimento do mundo, da natureza, da realidade e das relações das quais o homem não pode preterir. Nesse sentido cunpre sublinhar que o afeto como vínculo emocional e até mesmo moral, senão ético, compõe o amálgama das relações humanas e, notadamente, familiares, enriquecendo o diálogo em torno do direito das famílias e trazendo à tona não apenas novas discussões, mas retomando e reavaliando outras que em tempo passado entendiam-se pacificadas. Este motivador destaca e evidencia a recorrente preocupação com o referido ramo do Direito na composição dos laços afetivos ou dos laços sociais, admitindo todo desafio ao pensamento que envolva variáveis desconhecidas ou retomadas a fim de esclarecer a importância do afeto como redirecionador e catalisador de modificações profundas e significativas no contexto familiar.

A problemática que motivou o estudo por parte da autora consiste no confronto e atualidade do pensamento jurídico que, alimentado pela temática do afeto, realiza releitura e desafia os moldes familiares pregressos. Para tanto, a pesquisa bibliográfica foi o caminho metodológico para o desenvolvimento da dissertação.



# 1 - O PODER PATRIARCAL DEMARCADOR DAS RELAÇÕES FAMILIARES

## 1.1 As formações familiares entre o matriarcado e o patriarcado

O início das reflexões a que se propõe o desenvolvimento do tema enuncia, desde já, a isonomia valorativa da pessoa constituinte da entidade familiar, independentemente do gênero. A posição de estabelecimento do patriarcado sugere uma silhueta masculina a conduzir e delinear a história em geral e da família em especial. A expressão pendular, oscilatória, entretanto, não se afastou como realidade coetânea. O preliminar da temática a ser problematizada é a euro-ocidental; trata-se da questão do gênero. Esta que ora preserva, e em outro momento desestabiliza relativamente papéis na relação familiar, desnudando a importância de ações de ambos os envolvidos na presumida vida em comum que acima fora mencionada, apresentando um de seus constituintes como diretivos da entidade.

A despeito das muitas modificações recentes, muitos paradigmas permanecem; como é possível identificar na tradição judaico-cristã. O evangelho de Mateus apresenta a genealogia do messias a partir da figura masculina ascendente para provar a linhagem abraâmica e davídica na direção da prova de que o messias cristão descende de linhagem judaica e real; com a curiosidade de que são mencionados apenas o nome do ascendente paterno. As mudanças sociais na concepção de entidade familiar e os reflexos do afeto como valor jusfilosófico têm impacto sobre a referida instituição e move-se a corroborar naturalmente com a discussão sobre a afetividade e sua relevância no que diz respeito à condição humana, na medida em que o ser humano não é apenas um animal racional, mas também afetivo.

O conhecimento da família como conceito fechado é impreciso e frágil, sobretudo, nos termos de seu desdobramento histórico e cultural, uma vez que ambas as bases podem

estar equivocadas; a primeira, porque não é possível determinar se os povos selvagens passaram por estágios de processos comuns a toda humanidade e a segunda, pela insuficiência dos referidos dados e sua confusão com os emergentes de períodos já históricos. Os estudos realizados no contexto temporal de Friedrich Engels são, por ele mesmo, sustentados no sentido de *que até a década de 60, não se poderia pensar em uma história da família, pois as ciências históricas ainda se achavam sob a influência dos cinco livros de Moisés* (ENGELS, 1892, p. 6-7). E com respeito às formas mais antigas, a patriarcal é recorrente em apontamentos primordiais. A forma patriarcal da família era admitida não só como a mais antiga, como também se identificava - não fosse a poligamia - com a família burguesa de hoje, como se não tivesse havido evolução alguma através dos tempos. *Admitia-se, no máximo, que em períodos primitivos pudesse ter havido certa promiscuidade sexual. Além da monogamia, reconheciam-se simultaneamente a poligamia no Oriente e a poliandria na Índia e no Tibete.* (WALDYR, 2010, p. 41).

Estes fatos eram todos conhecidos mas não estudados naquela época, e em alguns povos primitivos como em algumas tribos selvagens ainda existentes, a descendência contava-se, exclusivamente, pela linha materna e o casamento era proibido dentro de determinados grupos maiores, descritos por E. B. Tylor como “costumes exóticos” (WALDYR FILHO, 2010, p. 42).<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> O tempo primeiro dos estudos sobre a família, bem como uma epistemologia deste mesmo estudo, é objeto de difícil precisão. Nesse sentido, tributa Friederch Engels (ENGELS, 1892, p. 6-7) ao suíço Johann Jakob Bachofen o pioneirismo na investigação da pré-história da família contemporânea. Sua obra, *O direito materno: uma investigação sobre a gineocracia no mundo antigo, segundo sua natureza religiosa e de direito*, concluída em 1861, baseada em descrições diretas de numerosos trechos da literatura clássica antiga, em lendas e mitos, sustentou que primitivamente os seres humanos viveram em completa promiscuidade sexual (que chamou heterismo), o que excluía a certeza da paternidade e, em consequência, as mulheres, como mães e, portanto, únicos progenitores conhecidos da jovem geração, mantinham completo domínio sobre o grupo (gineocracia). A passagem à monogamia, em que a mulher pertence a um só homem, incidia na transgressão de uma antiga lei religiosa, do direito imemorial que os homens tinham sobre as mulheres. O salto do “heterismo” à monogamia e do matriarcado ao patriarcado, segundo esse autor, processa-se sob concepções religiosas, realizadas por divindades, negando, assim, que fora o desenvolvimento das condições reais de existência dos homens o que determinou as transformações históricas na situação social recíproca do homem e da mulher, reforçando o que o título de famílias reconstruídas enuncia diante da pendular realidade de relação entre os gêneros (WALDYR FILHO, 2010, p. 42).

É importante considerar a concepção puramente racional do homem, especialmente no ambiente filosófico, antropológico, psicológico e psicanalítico. Isso porque, primeiramente, a racionalidade não é o único constituinte do homem. Para tanto, basta recordar, em um segmento cristão da sociedade dos primeiros idos medievais, a problematização da liberdade a partir da dialética envolvendo a visão platônica, desenvolvida por Plotino, a culminar em Santo Agostinho. Para tanto, o patrístico proveniente de Cartago defende ser a vontade e não a razão que aperfeiçoa o livre-arbítrio e, por conseguinte, qualquer relação da pessoa com a realidade, notadamente com outra pessoa, o que se desdobra nas tramas contratuais. Em suas confissões Agostinho de Hipona afirma que, não obstante o prévio conhecimento divino de todas as coisas em uma concepção judaico-cristã, na vontade o homem é livre e, desse modo, ainda que não se possa realizar tudo que se deseja, a vontade de realizar, em si, não pode ser impedida (AGOSTINHO, 2008, p. 173).

Não menos importante que a vontade é o sentimento. Blaise Pascal, em sua celebre sentença, lega ao homem a reflexão de que o *coração tem razões que a própria razão desconhece* (PASCAL, 2007, p. 212). No desenvolvimento dessa compreensão está ínsita já a exigência da isonomia, que também leva à alteridade, cujos riscos de inobservância, olvidam o dever de cuidado. A sociedade, em suas paradoxais manifestações de viver gregário e destaque para o indivíduo, não se porta, necessariamente, como estrita interpretação de negligência, imprudência ou imperícia, mas de esquecimento de laços importantes que na atualidade dá indícios de individualidade nociva, a saber, individualismo. Em nosso mundo de "individualização" em excesso, as identidades são bênçãos ambíguas. Oscilam entre o sonho e o pesadelo, e não há como dizer quando um se transforma no outro. Na maior parte do tempo, essas

duas modalidades líquido-modernas de identidade coabitam, mesmo que localizadas em diferentes níveis de consciência:

Num ambiente de vida líquido-moderno, as identidades talvez sejam as encarnações mais comuns, mais aguçadas, mais profundamente sentidas e perturbadoras da *ambivalência*. É por isso, diria eu, que estão firmemente assentadas no próprio cerne da atenção dos indivíduos líquido-modernos e colocadas no topo de seus debates existenciais. (BAUMAN, 2005a, p. 42)

A pluralidade dos idos judaico-cristãos e greco-romanos encontra-se em ambivalência no seu lugar na história conjugando diferenciadas culturas que distavam do patriarcalismo. Por sua vez, o patriarcado também estaria ligado não apenas à tradição, mas ao sustento, dando ensejo a uma perspectiva patrimonialista que ainda encontra oscilações (FROMM, 2011, p. 186). Fromm revela sua preocupação com a sobreposição dos gêneros e a influência das circunstâncias ou dos objetos de sedução do mundo do consumo e falsos insinuidores de superioridade. Ele afirma com objetividade que *as mulheres devem ser libertas do domínio patriarcal*. (FROMM, 2011, p. 186).

A libertação da mulher do domínio patriarcal é fator fundamental na humanização da sociedade. Entende-se que tal sujeição é milenar, exploratória e vexatória. Dizem que a sujeição das mulheres pelos homens começou apenas há cerca de seis mil anos em várias partes do mundo e quando o excedente na agricultura permitia a contratação e exploração de trabalhadores, a organização de exércitos e a edificação de poderosas cidades-estado (FROMM, 2011, p. 186). Sustenta-se ainda que, de plano, já suscitavam sutilmente a problemática do gênero e patrimonialismo como que sugerindo, a depósito de certo anacronismo, a necessidade do personalismo e, posteriormente, o repersonalismo que serão abordados no estudo que ora se desenvolve. *A partir de então, não apenas as sociedades do Oriente Médio como as europeias e a*

*maioria das culturas do planeta, foram conquistadas pelos "machos associados" que subjugaram as mulheres* (FROMM, 2011, p. 186). Essa vitória dos machos sobre as fêmeas da espécie humana baseou-se no poder econômico dos homens e na máquina militar por eles montada. *A guerra entre os sexos é tão antiga quanto a luta de classes, mas suas formas são mais complicadas, visto que os homens têm precisado das mulheres não apenas como bestas de carga, mas também como mães, amantes, consoladoras* (FROMM, 2011, p. 187). As formas da guerra entre os sexos são, não raro, abertas e brutais, e no mais das vezes ocultas. Falta às mulheres força superior, mas elas reagem com suas próprias armas; a principal destas é o ridículo dos homens.

A subjugação de metade da espécie humana pela outra metade tem causado, e continua causando, imenso prejuízo a ambos os sexos: os homens assumem as características do vencedor, e as mulheres as da vítima. Nenhuma relação entre um homem e uma mulher, mesmo hoje, e mesmo entre os que conscientemente protestam contra a hegemonia masculina, está isenta da maldição ou do sentimento de superioridade por parte dos homens, ou de inferioridade por parte das mulheres [...] (FROMM, 2011, p187)<sup>2</sup>

Naturalmente que, aos suscitar o problema acima, não seria razoável considerar que, de fato, a postura beligerante seja o caminho de construção de uma relação equilibrada e, portanto, sadia. Embora Zygmunt Bauman (2005 a) faça suas considerações também acerca do patrimonialismo e da economia, apresenta uma abordagem da justiça social, envolvidos homem e mulher, pai e mãe, com uma perspectiva curiosamente trabalhada sob o anseio do reconhecimento. O pensador

---

<sup>2</sup> Freud, crente convicto na superioridade masculina, infelizmente presumia que o senso de desamparo das mulheres devia-se à pretensa lástima de não terem pênis, e que os homens eram inseguros devido ao pretenso "medo de castração" universal. Aquilo de que tratamos neste fenômeno são os sintomas da guerra dos sexos, e não de diferenças biológicas e anatômicas como tais). Inúmeros dados demonstram o quanto o controle dos homens sobre as mulheres se assemelha ao controle de um grupo sobre populações inermes. Como exemplo, consideremos a semelhança entre o quadro dos negros na América do Sul há cem anos e as mulheres daquela época, e mesmo de hoje. Negros e mulheres eram comparados a crianças; admitia-se serem emocionais, ingênuos, destituídos do senso de realidade, de modo que não se lhes confiava a tomada de decisões; supunha-se serem irresponsáveis, mas encantadoras (Freud acrescentava ao catálogo que as mulheres tinham uma consciência menos desenvolvida [superego] que a dos homens e que eram mais narcisistas). (FROMM, 2011, p187).

polonês argumenta que a guerra por justiça social foi, portanto, reduzida a um excesso de batalhas por reconhecimento. "Reconhecimento" pode ser aquilo que mais faça falta a um ou outro grupo dos bem-sucedidos - a única coisa que parece estar faltando no inventário rapidamente preenchido dos fatores da felicidade. Mas, para uma parcela ampla e em rápido crescimento da humanidade, trata-se de uma ideia obscura, que assim continuará sendo enquanto o dinheiro for evitado como tema de conversa. *Ponderando as profecias não cumpridas do passado e as gloriosas, embora mal-orientadas, esperanças do presente, Rorty conclama as pessoas a recuperarem a sensatez e despertarem para as causas da miséria humana.* (BAUMAN, 2005a, p. 43)

As abordagens psicológica e psicanalítica são de singular importância pelos moldes comportamentais desvelados pela presença do inconsciente, trazem à tona, respectivamente as ações de afirmação ou afirmativas e o que se oculta por trás da consciência extremadamente racionalizadora da realidade e das relações humanas. A racionalidade, portanto, deve estar em companhia do constituinte afetivo da natureza humana a fim de imprimir valor e reconhecer o necessário compartilhamento de responsabilidades para uma sociedade em que os direitos não se instaurem para unicamente coibir práticas lesivas à própria sociedade, mas a garantir e facultar ações que reafirmem a relevância da família.

As mudanças na estrutura familiar constitui renovada lição de aprimoramento das relações que se projetam na sociedade e, mais tarde, no Estado. Na história do Direito, especialmente do Direito Romano, o *pater familias* é o ícone cultural e o patrono, a diretriz, o orientador e detentor do poder, inclusive sobre o *sui iuris*.

O *status familiae* era a condição que a pessoa tinha dentro da própria família: ou era *sui iuris* (não subordinada a ninguém e, portanto, livre para a prática direta de qualquer ato na vida civil), ou *alieni iuris* (submetida a qualquer espécie de autoridade

familiar, necessitando, pois, de seu consentimento para a prática de qualquer ato na sociedade romana). *Família*, nos primórdios do Direito Romano, significava tanto o conjunto de pessoas que viviam sob a dependência de um chefe (o *pater familias*) como a totalidade dos bens que constituíam a sua propriedade. "A palavra família está, certamente, entendida com variedade, porque se aplica às coisas e às pessoas", definiu Ulpiano. Como reunião de pessoas, a família romana foi eminentemente patriarcal nos tempos da Realeza e do Império, com todos os seus membros sujeitos ao poder do *pater familias*, que era, sempre, o ascendente masculino mais antigo e que, enquanto vivesse, tinha sobre os demais o poder de vida e morte (*jus vitae necisque*). As esposas, os filhos, noras, genros ou escravos - todos eram subordinados ao chefe de suas famílias, e os bens por eles adquiridos integravam-se automaticamente ao patrimônio familiar<sup>3</sup>.

Os *pater familias* exerciam os seguintes poderes no âmbito familiar: a *patris potestas* sobre todos os filhos; o *manus* ou *potestas maritalis* sobre a mulher casada, no casamento *cum manu*; a *dominica potestas* sobre os escravos e o *mancipium* sobre os homens livres que viviam, provisoriamente, em condições de escravidão. Ele era o senhor absoluto e também o sacerdote do culto familiar. Cada família possuía seus deuses próprios (*lares* e *manus*); que eram transmitidos de geração a geração. Se uma família obtivesse sucesso na política e nos negócios, tal progresso era atribuído a seus deuses, que, dessa forma, ganhavam notoriedade, sendo "adotados", então, por outras famílias, e, conforme o grau de sucesso, até mesmo como protetor de toda a cidade. Para ser *pater familias* era necessário ser do sexo masculino e não estar subordinado a um outro ascendente masculino. Assim, um órfão, solteiro e sem descendentes, podia

---

<sup>3</sup> O poder do *pater familias* sobre seus descendentes só foi diminuído no século IV d.C, quando foi criado o *peculium castrense*, que permitiu que os filhos que ocupassem cargos na corte imperial pudessem administrar diretamente os seus bens, sem o consentimento de seus pais; e no século V d.C., quando foi permitido que os advogados e eclesiásticos pudessem exercer diretamente seus direitos sobre os próprios bens, mesmo que seus pais continuassem vivos (ROLIM, 2010, p. 172).

ser *pater familias* de si mesmo. Evidentemente, essas condições impediam as mulheres de galgarem essa posição na família romana. Os poderes do *pater familias* somente se extinguíam com a sua morte. Quando ele morria, a família se multiplicava em tantas novas famílias quantos fossem os descendentes do sexo masculino, que, por sua vez, se transformavam em novos *pater familias*. Esse rigorismo do patriarcado romano só começou a ser amenizado no período do Principado, influenciado pelas novas ideias trazidas pela filosofia grega e, principalmente, pelo cristianismo. *No Dominato os poderes do pater famílias foram sendo absorvidos pelo Estado, que passou a ditar as normas de convivência e relacionamento no seio familiar.* (ROLIM, 2010, p. 173).

Com relação ao status *familiae*, o Direito Romano classificava as pessoas em duas classes distintas: *sui iúris* e *alieni iúris*. *Sui iúris* era o indivíduo que não estava subordinado a qualquer poder familiar, tendo plena capacidade jurídica para praticar todos os atos da vida civil, sem depender de quem quer que fosse. Geralmente eram os cidadãos que não tinham nenhum ascendente do sexo masculino ou que haviam sido liberados do poder paterno através da emancipação (*emancipatio*). Os *sui iuris* possuíam o *status familiae*. Os *alieni iuris* eram os relativamente incapazes, os que estavam submetidos ao poder familiar, dependendo *dos pater familias*, tutores ou curadores para celebrar os atos da vida civil; como exemplo, podemos citar os menores de idade e as mulheres. Os *alieni iuris* não podiam contrair matrimônio sem o consentimento do *pater*, e os bens que adquirissem eram incorporados ao patrimônio do chefe da família.

O parentesco envolvia as relações de parentesco, a saber, os agnatos e cognatos como agnação (*agnatio*) e cognação (*cognatio*). A agnação era o parentesco que não se fundamentava em laços de sangue, mas sim na sujeição da pessoa a um mesmo *pater familias*. Eram, pois, agnatos todos aqueles que, mesmo não descendendo diretamente uns



dos outros, pertenciam a uma mesma família, sujeitos ao mesmo *pater familias*. Assim, os parentes *por afinidade*: na linha ascendente, o sogro e a sogra (*socer* e *socrus*), o padrasto (*vitricus*) e a madastra (*novercà*) e, na linha descendente, o genro (*gener*) e a nora (*nurus*), o enteado (*privignus*) e a enteada (*privigna*) e ainda, na linha colateral, o cunhado (*levir*) e a cunhada (*gios*). Quanto à *cognação*, era o parentesco natural; os indivíduos eram ligados pelos laços de sangue. O parentesco cognatício em *linha reta* compreendia o filho e a filha (*filius, filia*), o neto e a neta (*nepos* e *neptis*), o bisneto e a bisneta (*pronepos* e *proneptis*), o trineto e a trineta (*abnepos* e *abneptis*), e também o avô e a avó (*avus* e *avia*), o bisavô e a bisavó (*proavus* e *proavia*), o trisavô e a trisavó (*abavus* e *abavia*); em linha colateral eram cognatos o tio e a tia paternos (*patruus* e *amita*), o tio e a tia maternos (*avunculus* e *matertera*) e os primos (*consobrini, consobrinae*). O *ius civile* - modalidade de Direito Romano que vigorou durante os períodos da Realeza e da República - considerava *parentes* para efeitos civis somente os agnatos.

Dessa forma, somente eles tinham direito à sucessão dos bens deixados pelo *pater familias*. Os cognatos, apesar de serem parentes de sangue do falecido, estavam fora do direito sucessório. Esse rigorismo do *ius civile* foi abrandado em fins da República pelo direito pretoriano, que, aos poucos, foi concedendo direitos hereditários também aos cognatos. Os privilégios do parentesco agnatício foram abolidos por Justiniano, por volta de 570 d.C. A partir de então, passaram a ser considerados parentes, para efeitos sucessórios, somente os cognatos.

As modificações de um quadro em que a silhueta paterna denotava poder e paradigma atravessaram o desenvolvimento cultural e antropológico, bem como jurídico da trajetória do pensamento ocidental. Por outro lado, não sempre se deu desse modo e, de maneira coetânea, outros povos manifestavam uma estrutura sensivelmente

diferenciada, o que, em casos singulares, não se revelava necessariamente contributivo ou nocivo.

A mutabilidade da família eleva-a continuamente de um nível inferior a outro superior, como resultado do desenvolvimento da técnica e da economia. Reconhece-se que antes da etapa da civilização, na qual se impõe definitivamente o casamento monogâmico, o homem viveu em um estado selvagem e outro de barbárie.

O primeiro foi caracterizado por um estágio de promiscuidade sexual, que evoluiu para os casamentos de grupos inteiros de homens e mulheres que se pertenciam reciprocamente, dando origem à família consanguínea, significando já um progresso sobre a promiscuidade inicial ao excluir-se do tráfego sexual as mães e os filhos. *Esta forma de família, consanguínea, seguramente, não tem exemplos dignos na história, mas se reconhece que deva ter existido porque o sistema de parentesco consanguíneo encontrado entre os havaianos só se explica com essa forma* (WALDYR FILHO, 2010, p. 43).

As expressões e alcance dos gêneros, pelo que se apresentam não denotam, por si mesmos, um determinante da coerência do trato à questão do poder. Curiosamente, a pesquisa em curso desvela que uma conjugação de esforços ou de responsabilidades se perfaz, seja por harmonia da relação, por cultura, ou mesmo por determinação. A esse respeito, cabe ter em vista a reflexão que se desenvolverá no fluxo textual a seguir, ou seja, qual a medida de ação do homem, visto que prerrogativas que avocava para si, ou para ele eram destinadas não possuem um fundamento definitivo ou base ontológica.

A despeito de todo anacronismo a ser praticado como digressões pontuais por analogia preocupada em compreender a profundidade das relações familiares, importa considerar as relações de poder e, por fim, as relações promovidas por um poder incorruptível, isto é, o verdadeiro afeto; os apontamentos seguintes não deixam de lado

quaisquer hipóteses de releitura de desempenho e cuidado no esteio da frágil condição humana.

O pacto que se estabelece, em primeira linha existencial mundança, é o pacto familiar. Tácito ou expresso, é um pacto que se projeta na realidade e no horizonte histórico de possibilidades de cada pessoa. E, nesse segmento, outra preocupação se faz presente, qual seja, aquela relacionada ao desenvolvimento pleno da pessoa, bem como à dignidade da pessoa humana ou ainda ao mínimo existencial. Essa trindade interpenetra-se porque padece de incompletude nas sendas da construção da humanidade do homem – do homem interior – e, conseqüentemente, da própria sociedade, sobretudo porque a solidariedade não se constitui como mero ato de benemerência social.

É uma realidade de comum experimentação das vicissitudes e, por outro lado, possíveis venturas, tornando cada dia mais latente a importância do estudo da alteridade como elemento indispensável para pensar a pessoa, a família, a sociedade e o Estado. Cada um desses entes será decisivo no processo de construção da civilização ocidental. Estão entrelaçados nos termos dos interesses individuais, coletivos, difusos e, para além de qualquer garantia, estão contidos nas demandas bases da sociedade, seja formada ou a ser constituída.

A origem da família consiste em gênese variada que faz pensar e repensar sua complexidade verdadeira, realidade e fim – se possuir –, fato, entretanto, contra o qual não há argumento: remonta a recorrente antinomia gregária em que, ao mesmo tempo em que deseja o homem viver entre seus semelhantes, possivelmente terá de lidar com outro desejo – de priorizar seus próprios interesses, com comportamento que se anuncia, em igual possibilidade, desafiando toda alteridade absolutamente inalienável de toda espiritualidade humana nas sendas afetivas.

A coexistência é composição indeclinável no complexo das relações humanas, embora o isolamento existencial possa também sugerir recuo das simultâneas solitudes a fim de refletir e ponderar: no entanto conviver, compreender civilidade e o respeito, bem como o amálgama-vinculatório-afetivo. *Conviver denota vencer o isolamento existencial numa proposta interativa com o outro. Nesse sentido, a vida social é valiosa conquista do processo de aprimoramento da espécie humana* (HOGEMANN, 2012a, p.4). Conseqüentemente, demais direitos como *a liberdade, a igualdade, a fraternidade, a solidariedade, a segurança, o trabalho, a saúde, a educação e, enfim, a própria felicidade humana* (HOGEMANN, 2012a, p. 4) e tantos outros valores que são objeto de direitos humanos fundamentais e operacionais, *todos eles se ligam ao direito à vida e se realizam mais efetivamente a partir do primeiro dos grupos sociais dos quais o ser humano faz parte: a família.* (HOGEMANN, 2012a, p. 4). Eis elenco de direitos humanos fundamentais e operacionais que se somam para a realização e a garantia da família. Contudo, importa a sublinhar que, por entre esses direitos, há um direito-amálgama responsável pela interação entre todos eles.

É o direito ao afeto, cujo objeto é o sentimento maior que garante o agrupamento humano por um laço mais forte do que uma simples conjunção de interesses e assim dá consistência aos demais direitos humanos da família. Realmente, desde sua origem, a família é recoberta com um manto de ternura e carinho, de dedicação e empenho, mas também de responsabilidade para com quem se cativa. Esse manto protetor é o afeto, ao qual o direito deve dedicar especial atenção, sob pena de pôr em risco a própria garantia jurídica da família. *Isso porque o direito ao afeto é o mais imprescindível à saúde física e psíquica, à estabilidade econômica e social, ao desenvolvimento material e cultural de qualquer entidade familiar* (HOGEMANN, 2012a, p. 5).

## 1.2 A família patriarcal - uma análise necessária

O aproveitamento da tradição moral e jurídica judaico-cristã-greco-romana do mundo ocidental se faz em muitos segmentos, inclusive no que tange ao Direito de Família e está inevitavelmente enleado em um primeiro amálgama *in concreto* de relações - a memória afetiva traz o cenário das duas mães que compareceram perante o sábio rei Salomão. As duas mães disputavam por uma criança nos termos acusatórios de que uma subtraiu a vida da criança da outra, restando imprecisão quanto a quem seria a mãe da criança sobrevivente em uma realidade científica em que não havia exame ambulatorial que confirmasse a linhagem. Por outro lado, o que estava também em questão era a responsabilidade pelo ato de consequência fatídica. Cumpre transcrever, em tradução rigorosa, o trecho seguinte: <sup>verso 17</sup>Disse uma das mulheres: "Ó meu senhor! Eu e esta mulher moramos na mesma casa e eu dei à luz junto dela na casa. <sup>18</sup>Três dias depois de eu ter dado à luz, esta mulher também teve uma criança; estávamos juntas e não havia nenhum estranho conosco na casa: somente nós. "Ora, certa noite morreu o filho desta mulher, pois ela, dormindo, o sufocou. <sup>20</sup>Ela então se levantou, durante a noite, retirou meu filho do meu regaço enquanto tua serva dormia; colocou-o no seu regaço, e no meu regaço o filho morto. <sup>21</sup>Levantei-me de manhã para amamentar meu filho e encontrei-o morto! Mas, de manhã, eu o examinei e constatei que não era o meu filho que eu tinha dado à luz!" <sup>22</sup>Então a outra mulher disse: "Não é verdade: o meu filho é o que está vivo e o teu é o que está morto!" E a outra : "É mentira! Teu filho é o que está morto e o meu é o que está vivo! Estavam discutindo assim, diante do rei, <sup>23</sup>que sentenciou: "Uma diz: meu filho é o que está vivo e o teu é o que está morto!", e a outra responde: Mentira! Teu filho é o que está morto e o meu é o que está vivo!" <sup>24</sup>Trazei-me uma espada", ordenou o rei; e levaram-lhe a espada. <sup>25</sup>E o rei disse: "Cortai o nu vivo em duas partes e dai metade a uma e metade à outra." <sup>26</sup>Então a Mãe de quem

era o filho vivo, suplicou ao rei, pois suas entranhas se comoveram por causa do filho, dizendo: "Ó meu senhor! Que lhe seja dado então o menino vivo, não o matem de modo nenhum!" Mas a outra dizia: "Ele não seja nem meu nem teu, cortai-o!" <sup>27</sup>Então o rei tomou a palavra e disse: dai à primeira a criança viva, não a matem. Pois é ela a sua mãe. <sup>28</sup>Todo o Israel soube da sentença que o rei havia dado, e todos lhe demonstraram muito respeito, pois viram que possuía uma sabedoria divina para fazer justiça (GORGULHO; STORNILO; ANDERSON, 2002, p. 473 – versos 17 a 28 do Cap. III da Bíblia de Jerusalém).

O sobredito acontecimento envolvendo juízo sobre família, sociedade e Estado, se passa no reinado de Salomão, conforme com o texto extraído da História dos reis de Israel. Uma das curiosidades mais marcantes nesse trecho é aquele em que a afeição se revela uma propriedade humana independente do gênero e definidora de um princípio de relação paradigmaticamente sã e preservadora do valor da família. Seria ainda oportuno dizer que, embora a mãe que impediu que a criança fosse cortada ao meio, poderia até não ser a mãe biologicamente verdadeira, mas, seguramente, seria a mãe, afetivamente, de verdade.

Assim, o objeto de proteção especial do Estado (art. 226, CRFB), a família, se apresenta sob a forma complexa de constituição de relações coetaneamente formais e materiais. É de fato e de direito. É pacto e afeição. Nesse segmento sinuoso de desdobramentos de relações intersubjetivas em nível de profunda intimidade que, certamente, não sucumbem em sua estrutura às variáveis e contingências históricas, antropológicas, políticas, sociais e jurídicas. Isso não significa reconhecer que a hipótese de dissolução da vida conjugal não se aventa, nem tampouco que o amparo legal constitui um paradoxo jurídico. É razoável entender que a fragmentação da família traz consigo o atentado contra a pretensão da vida em comum. Por outro lado, é

igualmente razoável compreender que, se a vida em comum se tornou insustentável, a dissolução da sociedade apresenta-se como caminho melhor do que as múltiplas e gratuitas ofensas que o ressentimento e incompatibilidade podem causar. Fundamental é inferir que a instituição é indispensável à organicidade e possibilidade de construção da sociedade.

A história demonstra, tendo em vista o percurso da civilização ocidental, desde os tempos dos clãs, cidades-estado e, mesmo nos seguintes impérios, e demais organizações sociais, que a entidade familiar é fato, que há uma organização de tarefas, ofícios, posições, até mesmo hierarquia, passados de pais para filhos, e destes para a sociedade local. Com efeito, a sociedade absorve os desdobramentos de famílias equilibradas ou não e, conseqüentemente, a sociedade se apresenta em um modo cordato de relações ou sintomaticamente diverso, por exemplo, na inaceitação de autoridade, de papéis, na perspectiva depreciativa assumida em relação a determinados ofícios, na clara constatação de incompletude e de infelicidade – esta última hoje pensada como objeto pretendido de uma sexta geração dos direitos humanos. Nesse segmento, é notada a força dos direitos fundamentais sociais e seus reflexos ao longo do texto constitucional, bem como no esteio das normas infraconstitucionais, aprofundadas e detalhadas em legislação cada vez mais específica como, por se poder identificar nos estatutos, a título de exemplo, da criança e do adolescente, que inevitavelmente interfere nas relações familiares.

As observações suscitam, inevitavelmente, uma questão sobre o pronunciamento da norma fundamental concorrente ao caso. Os prolegômenos à nova interpretação constitucional demandam tratamento atento da matéria, bem como às demais que versam sobre a relação entre particulares, notadamente em virtude dos direitos fundamentais.

Eles são mandamentos de otimização de aprimoramento das relações humanas, embora já reflitam desde sempre senão superada a dicotomia do Direito Natural e do Direito Positivo, a referência afetiva de Antígona. Com efeito, os direitos fundamentais, por serem mandamentos de otimização, tendem a irradiar efeitos por toda a ordem jurídica - esse é o aspecto principal da constitucionalização do direito mesmo que se entenda, como aqui se pressupõe, que a Constituição *não* é a lei fundamental de toda atividade social. Mas esses efeitos, ao contrário do que ocorre no âmbito das relações entre Estado e indivíduos, não são e nem podem ser sempre diretos ou sempre indiretos. Necessário se faz o desenvolvimento de um modelo diferenciado que, a despeito da abstração inerente a qualquer modelo, seja apto a aceitar as diferenciações que a produção de efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares exige. Corresponder a essa expectativa - ingênua, pode-se dizer - *não* é o objetivo deste trabalho. No desenvolver da investigação, o que se pretende é romper com alguns lugares-comuns identificados no âmbito da proteção aos direitos fundamentais nas relações entre particulares, especialmente com posições que sustentam a ausência de efeitos desses direitos nessas relações ou com aquelas que, sem grandes fundamentações, defendem a aplicabilidade direta e irrestrita dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, especialmente na variante baseada no art. 5º, § 1º, da Constituição. (SILVA, 2008, p. 175-176).

Assim, ao liame entre a abstração da lei, seu controle por si e a realidade social, em especial da família recorre uma atividade do julgador de responsabilidade para com o não desprezo das tensões envolvidas a partir da célula fundamental da sociedade, cujo desequilíbrio incorrerá inegavelmente no desequilíbrio da própria sociedade.

Desenvolver um modelo é, de um lado, uma tarefa analítica de alto grau de abstração que pretende, por outro lado, fornecer elementos para a concreta interpretação e aplicação do direito. Mas, ressalte-se, *todo modelo é vazio, apenas forma*. E o aqui desenvolvido não poderia ser diferente. Não se pode



esperar que ele esteja pronto para resolver todo e qualquer problema relacionado aos efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Todo modelo é *uma ferramenta de trabalho que ganha corpo com a prática doutrinária e, especialmente, jurisprudencial*. Esperar mais do que isso é ingenuidade - e esse é, muitas vezes, o problema de modelos que se pretendem, isoladamente, suficientes para solucionar questões intrincadas que exigem diferenciações, que o modelo não está apto a comportar. É claro que seria possível se questionar, então, a validade de uma investigação que desenvolve um modelo que se diz. A resposta a essa questão já foi dada acima: um modelo é uma *ferramenta de trabalho* que pretende canalizar e guiar a produção da doutrina e da jurisprudência e é esse trabalho que o preenche, que o alimenta. E quanto mais ele é alimentado, mais apto ele estará a fornecer respostas aos problemas a que se propõe enfrentar. E um primeiro requisito para essa *alimentação* do modelo já foi esboçado no capítulo 6, no qual se insistiu na imprescindibilidade, na tarefa interpretativa e de aplicação do direito, de se partir de um conceito de constituição e de direitos fundamentais, sem o qual todo modelo tende a ser uma ferramenta manipulável pela subjetividade do intérprete. Sem que se esclareça plenamente qual é o conceito de constituição e de direitos fundamentais de que se parte, a tarefa está, já no seu início, fadada à incontrolabilidade intersubjetiva (SILVA, 2008, p. 175-176-177).

A cultura como produção sedimentada do espírito humano encarnando valores insinua o poder de conservar paradigmas sustentáveis à convivência e civilidade que, na trajetória cultural do mundo ocidental são tão valiosas. É nesse mesmo contexto que a tridimensionalidade realeana torna-se ainda mais latente. O Direito tão-somente como fato e norma nada tem a dizer sobre a relação afetiva que redimensiona as relações familiares, uma vez considerado o terceiro elemento como sendo imprescindível à relação afetiva que se exprime na familiar. A afeição como valor e fundamentação da relação.

A célula-mãe da sociedade permanece, nessa dinâmica e preservação, recebendo atenção especial, notadamente do Estado. A sua desestruturação implica desestruturação da própria sociedade. Os casos como os de Antígona do tragediógrafo grego Sófocles, bem como Shakespeare em **Hamlet**, ilustram que a ruína da família implica ruína da cidade.

Os desdobramentos apontados correlacionam-se ao ambiente político e jurídico tanto na indagação a Creonte, como na decadência dinamarquesa. Por assim ser,

percebe-se que a ingerência sobre essa instituição indemarcável no tempo é tema caro à humanidade que preza por sua continuidade e laços.

Como se impõe, o Direito não declinará de sua responsabilidade e juízo sobre o assunto. Antígona, a saber, constitui caso clássico de Direito Natural e que, nesta pesquisa, tem seu lugar, mesmo que introdutório, por força do duelo entre uma positividade estrita e uma manifestação afetiva, cuja pujância se aproxima de uma interpretação extensiva do laço familiar para além da estrita legalidade que olvida a motivação, nexos, escopo, bem como princípios já consagrados no Direito que demandam perpassar seus ramos a fim de tornar efetiva a realização da justiça e, nesse particular sobre a família, a isonomia, a razoabilidade, a universalidade e a afeição como motivadora primeira do vínculo se apresentam como impreteríveis.

O desenvolvimento, assim, da reflexão sobre a família acolhe, aqui, uma sequência natural, a saber, primeiramente partindo do poder patriarcal, a seguir, da problemática do poder familiar em sua constituição original diante da inovação do poder do afeto, confluindo nos limites da ação do homem e projetando novos direitos como ação reafirmativa da dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, o desenvolvimento pleno, bem como da possibilidade de se conhecer o homem médio, na medida em que é a presunção de crescimento em um ambiente familiar constituído de afeto e de mutualidade de significâncias o motor inclusivo de pessoas mais seguras e equilibradas na sociedade hodierna.

Os moldes tradicionais das orientações do ordenamento jurídico brasileiro instituem deveres de ambos os cônjuges como fidelidade recíproca, vida em comum, domicílio conjugal, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos, respeito e consideração mútuos (art. 1.558, CC).

A fidelidade recíproca, muito mais até mesmo do que o sentimento receoso de quebra de compromisso sugere que a observância da palavra dada, do juramento que se deu, da confiança que se fez medrar no espírito do outro é *fidelidade*, pilar sobre o qual se sustentam as estruturas das situações e das relações jurídicas, e, principalmente, das de direito de família. A fidelidade conjugal, na orientação tradicional do ocidente, outra coisa não é que a manutenção da monogamia das relações sexuais do casal. É um dever que tem relação com a intimidade e a honra subjetiva dos cônjuges; com a garantia de sobrevivência da unidade *afetiva* do casal e com a prevenção do risco para de prole (art. 1.634, CC).

As relações de poder que se estabeleceram e ainda são encontradas em sociedades remotas sugerem traço consuetudinário que se projeta no político como no jurídico, já anteriormente mencionado. Por conseguinte, vislumbrar modificações significativas no contexto familiar constitui situação por demais incomum, entretanto, as mudanças têm se instalado a despeito da ortodoxia familiar e do engessamento pretoriais pontuais quanto à disposição sobre o novo conceito e realidade de família na contemplação dos direitos fundamentais sociais e dos novos direitos.

A adoção desse caminho ocorre de modo a assimilar o poder renovador e de ajustamento do afeto que propicia o vislumbre dos limites do alcance e do valor da ação do homem na sua relação ou realidade de gênero. Em adiantamento ao amálgama desdobrado do afeto no esteio do desenvolvimento da constitucionalização em referência, notadamente à dignidade humana, de acordo com a hermenêutica jurídica e interpretação constitucional que se movem entre princípios e métodos, os laços de afetividade e a superveniência dos valores consagram o lugar da pessoa no cenário jurídico, no plano existencial da vida em seus efeitos, inclusive metajurídicos. Eles não se impõem, mas naturalmente se apresentam em *ponto de fuga* como nos *olhos de La*

*Gioconda*, não obstante o enleio de seu sorriso enigmático, os olhos são ponto de partida e de chegada de qualquer ângulo do qual se observa a expressão pictória da genialidade davinciana.

A concepção – pelo menos em grande parte – dos direitos fundamentais (assim, como, em especial, os direitos humanos) encontra seu fundamento na dignidade da pessoa humana, quando contrastada com a noção de dignidade na condição de um direito (fundamental) à proteção e promoção dessa dignidade. Autores como Waldrom (2007) se referem a uma "dualidade de usos", visto que a dignidade opera tanto como o fundamento (a fonte) dos direitos humanos e fundamentais, mas também assume a condição de conteúdo dos direitos.<sup>4</sup> Tal dualidade, de qualquer sorte, não representa uma incompatibilidade entre os dois usos da dignidade, aspecto que se impõe seja aqui frisado, ainda que não resulte desenvolvido. Nesse passo, impõe-se seja ressaltada a função instrumental integradora e hermenêutica do princípio,<sup>5</sup> na medida em que este serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas também de todo o ordenamento jurídico.<sup>6</sup> De modo todo especial, o princípio da dignidade da pessoa humana - como, de resto, os demais princípios fundamentais insculpidos em nossa Constituição – acaba por operar como critério material no âmbito especialmente da hierarquização que costuma ser levada a efeito na esfera do processo hermenêutico, notadamente quando se trata de uma

---

<sup>4</sup> Cf. J. Waldrom, "Dignity and Rank", in: *European Journal of Sociology* (2007), p. 203-204. Sobre a interpretação sistemática e a hierarquização v., em especial, as obras referenciais de J. Freitas, *Interpretação Sistemática do Direito*, p. 49 e ss., bem como A. Pasqualini, *Hermenêutica e Sistema Jurídico*, p. 89 e ss.

<sup>5</sup> Cf. Höfling, in: M. Sachs (Org.) *Grundgesetz*, p. 116.

<sup>6</sup> Neste sentido, já lecionavam H. C. Nipperdey, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner (Org.), *Die Grundrechte*, vol. II, p. 23, analisando o modelo germânico e Maunz-Zippelius, *Deutsches Staats-recht*, p. 183. Entre nós, v. E. Pereira de Farias, *Colisão de Direitos*, p. 54. No mesmo sentido, mais recentemente e representando a orientação dominante, v. I. Dantas, "Constituição e Bioética (Breves e Curtas Notas)", in: A. Almeida Filho e P. Melgaré (Org.), *Dignidade da Pessoa Humana. Fundamentos e Critérios Interpretativos*, São Paulo: Malheiros, 2010, p. 272, explorando o tema à luz do exemplo da liberdade de pesquisa.

interpretação sistemática.<sup>7</sup> Nesse contexto, a despeito de já se ter apontado - e, na época, não sem boa dose de razão - para a ausência, entre nós, de experiências jurisprudenciais mais avançadas no que respeita à aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana,<sup>8</sup> o fato é que, cada vez mais, se encontram decisões dos nossos Tribunais, valendo-se da dignidade da pessoa como critério hermenêutico, isto é, como fundamento para solução das controvérsias, notadamente interpretando a normativa infraconstitucional à luz da dignidade da pessoa humana, muito embora o incremento em termos quantitativos nem sempre corresponda a uma fundamentação consistente da decisão (SARLET, 2012, p. 94-96).

O complemento com o tema do afetivo instalou-se no desenvolvimento e aprofundamento da compreensão das relações familiares, tendo em vista o primado da estima imaterial com suficiente força, inclusive para impedir *execução* de alguns objetos, cujo elenco processual protege em função de um valor que não se pode categorizar como venal. A propósito, vale mencionar o seguinte ponto de vista:

[...]

"a afetividade, traduzida no respeito de cada um por si e por todos os membros — a fim de que a família seja respeitada em sua dignidade e honorabilidade perante o corpo social — é, sem dúvida nenhuma, uma das maiores características da família atual." (OLIVEIRA, 2002, p. 233)

A despeito de variáveis identificadas no conteúdo conceitual de família e do próprio pluralismo jurídico, o constituinte indica o caminho para o entendimento de novos paradigmas para uma preservação e mutualidade no respeito das relações travadas no seio familiar quanto à proteção especial que a ela é destinada. Identificar de antemão é desafiador, mas jamais deve-se perder de vista a diferenciação própria que o constituinte procurou dar a cada espécie familiar. Contudo, é inegável que todas as

---

<sup>7</sup> Sobre a interpretação sistemática e a hierarquização consultem-se, em especial, as obras fundamentais de Freitas, Pasqualini (p. 89 e ss

<sup>8</sup> Artigo de Lopes (1008, p. 112), intitulado, *A dignidade da pessoa humana*.

espécies de família são faces de uma mesma realidade. A mudança reclamada pela sociedade não ocorreu de maneira separada para cada uma delas. *Ao contrário, as diversas maneiras pelas quais homens, mulheres e filhos desenvolviam seus laços afetivos faziam parte de uma mesma realidade, cercada por características comuns que não suportavam mais a estrutura patriarcal enraizada* nos setores conservadores de nossa sociedade e prevista numa legislação que estava em completa desarmonia com a realidade nacional (OLIVEIRA, 2002, p. 229).

Os termos de uma família correspondem ao seu limiar, considerando-se que, no diálogo entre a família e o Estado, se destaca a compreensão entre o patriarcado e o matriarcado como igualmente relevantes na composição da sociedade, bem como na responsabilidade pela configuração, reafirmando o que já fora dito, a cerca das relações tanto sociais como jurídicas pressupondo base socioafetiva.<sup>9</sup>

A responsabilidade familiar naturalmente encampa a questão da prole e de todo o complexo que tal envolvimento demanda e desdobra. A projeção jurídica, portanto, não distoa de tal demanda social. Em retomada à observação anterior, vale sublinhar que o desenvolvimento pleno visado é conclusivamente resultante da formação sadia da criança no seio familiar.

[...] o status, em primeiro lugar, não é considerado como a posição do indivíduo no agregado, antes como uma consequência do fato de que o indivíduo pertence ao grupo, e, em segundo lugar, os estados pessoais não são mais somente dois (*civitatis e familiae*), mas podem ser muitos e de variadas importâncias, 'de acordo com o alcance das relações jurídicas que a eles se relacionam' (PERLINGIERI, 1997, p. 133).

A abordagem alcança a importância do reconhecimento que ultrapassa a mera concepção orgânica retornando ao cerne das reflexões desta pesquisa – o afeto – vínculo

---

<sup>9</sup> Trata-se do vínculo que decorre da relação socioafetiva constatada entre filhos e pais — ou entre o filho e apenas um deles —, tendo como fundamento o afeto, o sentimento existente entre eles: *melhor pai ou mãe nem sempre é aquele que biologicamente ocupa tal lugar, mas a pessoa que exerce tal função, substituindo o vínculo biológico pelo afetivo* (GAMA, 2003, p. 482-483).

de espontânea constituição, sempre observando as singularidades envolvidas; em termos recentes o Superior Tribunal de Justiça assim se manifesta. O Recurso Especial provido do STJ; REsp 833.712; Proc. 2006/0070609-4; RS; Terceira Turma; Rel<sup>a</sup> Min. Fátima Nancy Andrichi; Julg. 17/05/2007; DJU 04/06/2007; p. 347, assevera que, em matéria de DIREITO CIVIL, notadamente de FAMÍLIA (RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE. VÍNCULO BIOLÓGICO. VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO. PECULIARIDADES), que a *adoção à brasileira*, inserida no contexto de filiação socioafetiva, caracteriza-se pelo reconhecimento voluntário da maternidade, paternidade, na qual, fugindo das exigências legais pertinentes ao procedimento de adoção, o casal (ou apenas um dos cônjuges/companheiros) simplesmente registra a criança como sua filha, sem as cautelas judiciais impostas pelo Estado, necessárias à proteção especial que deve recair sobre os interesses do menor. - O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros. - O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, estabelecido no art. 1º, inc. III, da CF/88, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, traz em seu bojo o direito à identidade biológica e pessoal. - Caracteriza violação ao princípio da dignidade da pessoa humana cercear o direito de conhecimento da origem genética, respeitando-se, por conseguinte, a necessidade psicológica de se conhecer a verdade biológica. - A investigante não pode ser penalizada pela conduta irrefletida dos pais biológicos, tampouco pela omissão dos pais registrais, apenas sanada, na hipótese, quando aquela já contava com 50 anos de idade. Não se pode, portanto, corroborar a ilicitude perpetrada, tanto pelos pais que registraram a investigante, como pelos pais que a conceberam e não quiseram ou não puderam dar-lhe o alento e o amparo decorrentes dos laços de sangue conjugados aos de

afeto. Dessa forma, conquanto tenha a investigante sido acolhida em lar *adotivo* e usufruído de uma relação socioafetiva, nada lhe retira o direito, em havendo sua insurgência ao tomar conhecimento de sua real história, de ter acesso à sua verdade biológica que lhe foi usurpada, desde o nascimento até a idade madura. Presente o dissenso, portanto, prevalecerá o direito ao reconhecimento do vínculo biológico. Nas questões em que esteja presente a dissociação entre os vínculos familiares biológico e sócio-afetivo, nas quais seja o Poder Judiciário chamado a se posicionar, deve o julgador, ao decidir, atentar de forma acurada para as peculiaridades do processo, cujos desdobramentos devem pautar as decisões.

A espontaneidade enseja interpretações doutrinárias que conduzem a uma reflexão mais acurada sobre o papel do afeto na constituição da unidade familiar:

O status de filho é um direito garantido à pessoa, porquanto a ordem jurídica vale-se de presunções legais, reconhecimentos voluntários ou até mesmo imposições através de sentenças judiciais, com o fito de fornecer uma identidade familiar àquele que não a detém de modo integral (QUEIROZ, 2001, p. 40),

O Estado em legislação recente também se pronuncia na forma do art. 1.593, *caput* do Código Civil, quando este dispõe que o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem. Convém frisar que é largamente conhecido que o parentesco civil se constitui naquele decorrente de causas outras que não a consanguinidade, como, por exemplo, a adoção, correspondendo a um instituto que já não depende da família no seu sentido mais ortodoxo, tampouco do incompatível pátrio-poder.

O entendimento de Pontes de Miranda de que o direito é o *mundo dos fatos jurídicos* (Pontes de Miranda. *Tratado*, v. II, § 159, p. 183) ilustra um positivismo moderado na medida em que a lei pode ser omissa, mas o Direito não. Existem fatos que



importam ao direito por trazer consequências tais que, enquanto modificadoras, promovem a criação ou extinguem situações jurídicas, ou transformando situações jurídicas existentes. Esses fatos importam ao direito. Eles, como se admite amplamente, criam, modificam, extinguem ou transmitem direitos - são ocorrências do mundo dos fatos com interesse para o direito, admitido o fato jurídico como de natureza *constitutiva*. A afetividade é um desses fatos que podem gerar efeitos jurídicos de, até mesmo, criar o parentesco civil por *outra origem*. A norma comentada abre para o sistema, curiosa e nova forma de identificação de parentesco em linha reta. A *afetividade*, nesse sentido, institucionaliza-se como *conceito legal indeterminado* e, como tal, necessita de interpretação integrativa do juiz, de modo a completar o sentido da norma no caso concreto e, por conseguinte, criar laço de parentesco por *outra origem*. Essa integração pode dar-se, também, por ato de vontade das partes, como ocorre quando se dá o reconhecimento de filho que não tem laços de sangue com aquele que manifesta a vontade de declarar-se pai ou mãe, ou que se conduziu em sua vida privada de maneira a criar esse vínculo de outra origem.

Outrossim, em reafirmação dos laços de afetividade como orientadores da sociedade familiar, é possível afirmar que a mesma em relação à interpretação singular do Código Civil criou a possibilidade de laços de filiação encontrarem gênese na afetividade. O melhor da criança não é a manipulação, pela mãe, por exemplo, de dados sobre a verdade biológica do filho para afastar da criança o pai que a criou e que com ela mantém laços de afetividade, apenas porque a mãe da criança já não tem para com homem que registrou seu filho o mesmo relacionamento de marido e mulher que com ele mantinha, ao tempo da formalização, por reconhecimento regular, da paternidade da criança. A propósito, na doutrina pesquisada, é mencionado interessante caso que se entendeu pela ilegitimidade da representação do filho pela mãe, que se mostrou atuando com evidente conflito de seus interesses com os direitos personalíssimos do filho, diante da pretensão que trouxe, a juízo, de nulidade de registro

civil para a exclusão da paternidade do menor, pretensão essa nascida mais como fruto da dificuldade de relacionamento que a mãe tinha para com o pai afetivo da criança, que, propriamente, como decorrência do zelo para resguardo de eventual direito do representado incapaz (JUNQUEIRA, 2006, p. 483). Cumpre sublinhar as questões patrimoniais ou de poder econômico que, não raro, encontram-se, por assim dizer, minimamente, nas vizinhanças das relações familiares, e, embora nos termos de uma introdução a delicado tema em horizontes históricos, vale um anacronismo pelo fato de permanecer o potencialmente nocivo individualismo possessivo que compromete a natureza humana na trama de interesses, satisfações, equivocada felicidade e poder.

A modernidade e a pós-modernidade pareceram novamente declinar, não obstante, suas perspectivas de *prosperity*, sacrificando humanidade, alteridade e afeto em nome do referido individualismo que não se separou da posse ou do liberal. E, nesse aspecto que envolve a política e o poder porque indissociáveis do Estado, as considerações sobre o capitalismo não podem ser dispensadas, de modo que é possível afirmar que a modernidade introduziu a competição, e o sistema capitalista desencadeou muitas transformações sociais. Impôs um novo tipo de planejamento individualista que estabelece responsabilidades de cada um sobre o seu destino. É a busca utilitarista do sucesso individual. Se a mais significativa transformação na humanidade antes da modernidade foi a Revolução Neolítica quando o homem iniciou a agricultura estável e o estabelecimento dos primeiros núcleos, nada se compara ao impacto da modernidade. Os séculos XIX e XX consolidam a estrutura moderna baseada na concentração urbana, na produtividade industrial acelerada e na valorização da razão. O Estado também assumiu um papel nunca conhecido antes com graus diferenciados de participação e democracia. Vale ainda dizer que a modernidade também criou as classes burguesa e operária e os enormes contrastes de riqueza e pobreza. Apesar das conquistas

importantes de direitos humanos, o individualismo é elevado ao patamar de paradigma de uma sociedade que substituiu as antigas identidades compostas por clãs e famílias. O indivíduo moderno busca estabilidade no trabalho, mas não nas relações pessoais e coletivas. O mercado desenraiza as pessoas (HOGEMANN, 2012a, p.1-2).<sup>10</sup>

A busca pela segurança pode sobrepor-se à da família no sentido de se interpretar que mais importante do que a constituição de uma célula familiar saudável preocupada, sobretudo, com a boa e refinada formação de seus membros, é a barbárie competitiva do mundo profissional, ou capitalista, ou burguês, produzindo pessoas desajustadas e incapazes de estabelecer um relacionamento por força de fatores naturalmente desumanos, fabricados, artificiais, ou até mesmo virtuais que não favorecem a participação efetiva e pessoal de cada indivíduo na formação e no convívio social.

---

<sup>10</sup> O indivíduo é livre para escolher onde quer se encaixar como membro de um grupo e justifica sua escolha como busca de felicidade individual. Vários autores questionam, no entanto, os resultados dessa sociedade moderna, na medida em que a lógica do mercado leva a que até mesmo os seres humanos sejam tragados por essa dinâmica pífida, que, na sociedade do vazio existencial, transforma o ser humano, absolutamente singular, em coisa própria ao consumo simbólico. A modernidade não resolveu as desigualdades e agrediu enormemente o meio ambiente. É preciso superar muitos aspectos da modernidade. Necessário se faz buscar novas configurações sociais menos individualistas. Está na hora de caminharmos para fora da modernidade e trocar individualismo por solidariedade, fundada no afeto e na alteridade (HOGEMANN, 2012a, p.1-2)..

### 1.3 A família na visão do Código Civil de 1916

As concepções patrimonialistas, *possessórias* e agrário-escravistas da codificação civil brasileira de 1916 implicaram moldura comportamental e de posição dos gêneros, senão hierárquica que, diferentemente da lei hodierna ordinária de mesmo teor, não encontra amplo seio na sociedade. Isso ocorre porque o gênero que hoje se apresenta no contexto social é não apenas alcançado pela magnitude do princípio da isonomia, como também é multifacetado, e a isso ainda se pode acrescentar que a realidade do gênero hoje, desde o final do século XX, assume diferentes expressões não apenas físicas assim como comportamentais e da ordem da personalidade – objetos de estudo extremamente complexos de definição. Como se pode deduzir, era uma família hierarquizada e de feições patriarcais, reflexo da incorporação de princípios morais que situavam o homem como o detentor do pátrio poder, ou seja, o responsável único pelos destinos da família (mulher e prole).

O Código Civil de 1916 mantém-se fiel à tradição e ao estado social, conservando a indissolubilidade do matrimônio, o regime de comunhão universal e a legítima. Essa supremacia do homem como cabeça do casal, para o Código de 1916, pode ser destacada em diversos momentos. De acordo com o art. 233, incumbia ao marido a chefia da sociedade conjugal, sendo a mulher mera colaboradora junto ao marido no exercício dos encargos familiares, cabendo a ela velar pela direção material e moral (art. 240). O casamento do menor de 21 anos necessitava do consentimento de ambos os genitores, mas, havendo discordância, prevalecia a vontade paterna.

Posição privilegiada, por isso, da figura masculina na sociedade conjugal. Além do que uma das regras de maior discriminação, senão a pior, era a que considerava a mulher como relativamente incapaz (art. 6º, II), levando ao entendimento de que o

intuito do legislador era deixar a mulher, por sua fragilidade, sempre sob o comando masculino. Assim sendo, muitas mulheres sequer chegaram a ser capazes durante toda sua vida, pois como poderiam casar-se a partir dos dezesseis anos e só adquiririam a capacidade aos 21 anos, aquelas que casaram antes dessa idade não chegaram a possuir a capacidade plena. Havia diferenciação entre filhos legítimos e ilegítimos e entre naturais e adotivos. Nesse texto legal patrimonialista por excelência, quando o adotante tivesse filhos legítimos, legitimada ou reconhecida, a relação de adoção não envolveria a de sucessão hereditária (art. 377). A Constituição Federal de 1988, conforme apontado em seção anterior deste estudo, promoverá mudanças consideráveis no âmbito do Direito de Família, ao positivar diversos fatos sociais que há muito já se haviam legitimado no tecido social das relações intersubjetivas da sociedade nacional, conferindo igualdade entre os cônjuges e aos filhos havidos dentro ou fora do casamento, bem como reconhecendo outras possibilidades de núcleo familiar (HOGEMANN, 2012b, p. 12).

Com efeito, falar de um único caminho para a constituição da família baseada nos moldes enunciados no início desse parágrafo denota ligeira fragilidade perceptiva no aspecto social e legal. Também na iconografia familiar medieval há notória preocupação envolvendo os significados e papéis dos membros da então denominada sagrada instituição, o que, atualmente avaliado, depõe contra a perspectiva de predominância de um gênero sobre outro. Não se quer amparar o novo estado de família em referência amesquinhada no paradigma medieval, seja em seus primórdios patrísticos, seja na derradeira escolástica. Curiosamente, não obstante a travessia da família de imposições absolutistas, aberturas democráticas e revoluções liberais, uma dialética religiosa não se ausentou da história humana dos gêneros em ambiente ou realidade familiar e, a exemplo ou consequência, na indagação e verdade entre a filiação

biológica e afetiva. Os valores que sustentaram a era patrimonialista do direito civil, vivenciada e refletida em nosso ordenamento durante grande parte do século XX, materializavam-se, no que diz respeito ao direito de filiação, através do estabelecimento de um estado ficto de filho, derivado da conhecida presunção *pater is est quem justae nuptiae demonstrat*. A grande relevância atribuída ao ato matrimonial, tanto em aspectos sociais quanto jurídicos, pode ser demonstrada principalmente quanto à situação da prole, na medida em que a condição de cônjuges assumida pelos pais poderia garantir-lhes uma série de direitos e prerrogativas, que, ao contrário, nunca viriam a ser titularizados por aqueles que sofriam a pecha de ilegítimos. Nesse período, a importância conferida ao vínculo biológico para fins de estabelecimento da filiação era praticamente nula, o que pode ser constatado pela discriminação dos filhos ilegítimos, incestuosos ou adulterinos, que, tão biológicos quanto os legítimos, não poderiam ser juridicamente considerados como tais (SOUZA, 2010, p 1).<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup>Assim, o fator preponderante quanto à constituição da paternidade era a existência da instituição matrimonial, sendo de se afirmar que a realidade biológica somente poderia ser considerada para fins de afastamento da condição de filho, já que as duas hipóteses que ensejavam a propositura da ação negatória de paternidade, meio apto para a desconstituição do vínculo, diziam respeito a elementos que tornavam menor a possibilidade de uma ascendência genética. Desse modo, considerar-se-ia excluída a relação de paternidade todas as vezes em que restasse comprovada a impossibilidade física de coabitação ou a separação dos cônjuges, ainda que quanto a esta última o Código, de forma ilógica, tenha se referido unicamente à judicial. Sobre o assunto pode ser confirmada a assertiva de que a não coincidência entre a filiação biológica e a jurídica estava de acordo com valores da época, isso porque a constituição familiar dizia respeito ao próprio núcleo interessado, principalmente ao seu chefe, porquanto em muitas ocasiões a revelação da inexistência de uma filiação sanguínea poderia ferir a honra do marido na sociedade, causando uma série de transtornos. Assim são explicados o restrito prazo e a exclusiva legitimidade para a propositura da ação negatória, conforme a previsão dos já revogados artigos 178, § 3º e § 4º, I e 344 do Código Civil de 1916. Portanto, o simples vínculo biológico não oportunizava aos filhos adulterinos e incestuosos a possibilidade de ver estabelecida a situação de paternidade legítima, servindo tão-somente como instrumento para que o marido afastasse a prole, juridicamente considerada como tal, já que nascida de uma relação de casamento, sendo que mesmo neste caso a prerrogativa somente seria utilizada se os interesses tidos como mais importantes não fossem atingidos, situação esta a ser valorada pelo chefe da família. Sobrelevavam, desse modo, no que diz respeito ao direito de filiação, os valores pertinentes ao Estado Liberal, tais como o casamento e o patrimônio, garantindo-se a prevalência de uma paternidade ficta, que poderia ou não coincidir com a verdade biológica. Várias mudanças legislativas foram responsáveis pela superação desse injusto quadro, conferindo aos filhos, de forma paulatina, o alcance e a efetivação do direito à paternidade. Assim, todos passaram a ter a possibilidade de ver juridicamente reconhecida uma relação que a ciência – cujo desenvolvimento ocorrera *pari passu* com a evolução legislativa – já seria capaz de demonstrar através da análise genética. Foi, portanto, neste assunto, imprescindível o surgimento do estudo sobre a biotecnologia, principalmente através da descoberta do exame de DNA, já que este conferiu ao tema da filiação uma mudança sem proporções, tendo em vista a

A importância que nasce da relação masculina e feminina tem sua justificação na linhagem, da família na fonte, nos termos e desenvolvimento da concepção cristã. Tal acepção desafia o que alimenta a isonomia, na dialética afirmativa de que ambos expressam sua participação na concepção da família por força de um novo ser. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, no seu artigo primeiro, dispõe que *todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos* e que, portanto, *dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade*. Partindo do pressuposto, elaborado pelo filósofo alemão Immanuel Kant, de que o ser humano é, primordialmente, fruto daquilo que a educação faz dele, é plausível pensar que a construção de uma sociedade livre, fraterna e igualitária passa pelo acesso ao conhecimento. Argumenta-se, contudo, que não todo e qualquer tipo de conhecimento se põe a serviço do respeito à diversidade em amplo aspecto como fator preponderante para a humanização das relações sociais de modo a assegurar o convívio livre, fraterno e igualitário entre as pessoas (OSTERMANN: FONTANA, 2010, p. 294).

No plano do imaginário concebido a partir da narrativa de concepção criacionista do Gênesis, Eva é a mãe de todos os viventes; essa corresponde à perspectiva criacionista enquanto propósito de civilidade e convivência, primeiramente em âmbito familiar porque inicial da vida de relações humanas e, posteriormente na própria sociedade.

A renascença traduz o espírito das significativas modificações verificadas no quadro da relação entre os gêneros. O homem do renascimento retoma o período clássico, e sua apreensão do mundo é vasta e variada. O conhecimento da natureza, do mundo e do próprio homem não está restrito a um ramo específico do saber; o

---

precisão e veracidade nunca antes encontradas no que respeita à elucidação do verdadeiro mistério que sempre circundou o estabelecimento da paternidade (SOUZA, 2010, p.1-2)

conhecimento prima pelo enciclopedismo; contando com a expressão literária de *A revolução dos orbes celestes* de Nicolau Copérnico, redimensionando as perspectivas de que a Terra não era o centro do universo e havia muito a se desvendar. Daí a relevância do trabalho de Alexandre Koyré (2002) *Do mundo fechado ao universo infinito*.

Marcado pela finitude, o homem terá de rever suas convicções, e a aurora da modernidade tornou-se fértil e oportuna para tanto, novamente retornando ao ato revisional do papel dos gêneros na construção da sociedade e do Estado. Nesse entrelaçamento de ideias e práticas a resistência masculina permanece até certa medida em *status* difícil de aferir ou delimitar.

Ao estudar a sociedade cabila, Bourdieu (1999;2010) procura identificar as estruturas sexuais e os *esquemas generativos* que permitem realizar a "socialização do biológico", tornando aparentemente naturais as distinções sociais de gênero. A preponderância do masculino sobre o feminino é uma constante em todas as culturas, não obstante a dominação masculina resultar de um longo processo de incorporação de disposições e práticas, que são reproduzidos inconscientemente pela sociedade. As dicotomias que criam os signos lingüísticos, especialmente no Ocidente, constituem a base para a formação de princípios antagônicos e complementares que estruturam as visões e divisões da realidade. Sendo assim, as diferenças anatômicas sexuais constituem o ponto de partida para associação de elementos do universo, organizados segundo uma lógica binária e arbitrária, que relaciona o masculino ao que é exterior, oficial, público, direito, seco e alto e, por sua vez, o feminino, ao que é úmido, baixo, curvo, contínuo, privado, escondido. Nesse sentido, as classificações seguem esquemas de pensamento reproduzidos num constante trabalho pedagógico, formal e informal, que envolve todas as instituições sociais. A incorporação das estruturas da ordem simbólica nos indivíduos permite a reprodução pelo *habitus* das relações de exploração e de



dominação que delimitam a hierarquia de gênero. Para Bourdieu, *habitus* (2010), são disposições permanentes e estáveis, que antecipam a motivação, a percepção e o cálculo estratégico. Enquanto esquemas de pensamento e percepções incorporados, o *habitus* engendra práticas, que estão relacionadas a um processo objetivo de internalização de valores. Por causa do *habitus*, a ordem simbólica se reproduz ao mesmo tempo em que constrói os corpos socialmente diferenciados, com base num processo que reforça a predominância do masculino sobre o feminino (SIERRA, 2011, p. 74).

A reflexão de Bourdieu (2010) problematiza, em relação ao tema, a questão da diferenciação entre os gêneros e a permanente e silenciosa luta pela dominação entre ambos.

O trabalho de transformação dos corpos, ao mesmo tempo sexual, diferenciado e sexualmente diferenciador, que se realiza em parte através de injunções explícitas, e em parte, enfim, através de toda a construção simbólica da visão do corpo biológico (e em particular do ato sexual, concebido como ato de dominação de posse), produz *habitus* automaticamente diferenciados e diferenciadores:

A masculinização do corpo masculino e a feminilização do corpo feminino, tarefas enormes e, em certo sentido, intermináveis, que sem dúvida, hoje mais do que nunca, exigem quase sempre um gasto considerável de tempo e de esforços, determinam uma somatização da relação de dominação, assim naturalizada (BOURDIEU, 2010, p.71).

Os *gêneros como habitus sexuais* tornam imperceptível a imposição da hierarquia nas relações de gênero, naturalizando o que é resultado de um esforço social contínuo e ininterrupto. As propriedades históricas que caracterizam a virilidade masculina são reproduzidas culturalmente, mas absorvidas imperceptivelmente. As mulheres, tomando como naturais as divisões de gênero, constroem um discurso em torno da feminilidade, que nada mais é do que uma contraposição às representações da virilidade masculina. A integração à

ordem simbólica realiza-se mediante a produção do corpo feminino, que serve para a legitimação e para a reprodução das estruturas de dominação masculina. Bourdieu afirma ser o corpo da mulher um corpo para o outro, um corpo produzido para atender às expectativas masculinas:

A dominação masculina, que constitui as mulheres como objetos simbólicos, cujo ser (*esse*) é um ser percebido (*pereipi*), tem por efeito colocá-las em permanente estado de insegurança corporal, ou melhor, de dependência simbólica: elas existem primeiro pelo, e para, o olhar dos outros, ou seja, enquanto objetos receptivos, atraentes, disponíveis (BOURDIEU, 2010, p.91)

A dominação masculina não faz das mulheres as únicas vítimas. O privilégio da masculinidade, segundo aquele sociólogo, pode ser uma cilada, pois os homens são cobrados em razão, das atitudes condizentes com a masculinidade, devendo afirmar sua virilidade em qualquer circunstância. Os elementos identificados com o feminino são rechaçados, de modo que não cabe ao homem demonstrar fragilidade ou fraqueza, nem mesmo o domínio das tarefas domésticas. Desse modo, a divisão é colocada de forma a situar a mulher no espaço privado e o homem no espaço público.

A sociedade mantém a ordem simbólica das classificações de gênero pelo trabalho que se inicia na tenra infância. A criança ao nascer é identificada como menino ou menina, segundo o sexo. Sendo menino, vestirá roupas diferentes das meninas, deverá preferir bola à boneca, não poderá usar vestido nem fita nos cabelos, que devem ser curtos. Meninos e meninas, à proporção que crescem, vão incorporando princípios e visões organizados conforme o gênero. Essas distinções constituem esquemas classificatórios que impõem ao mundo social uma visão androcêntrica. Daí se inferir que, independentemente da posição que as mulheres venham ocupar no espaço social, elas compartilham de um *consciente simbólico negativo*, resultado da diminuição do capital simbólico trazido pela feminilidade.

Bourdieu (2010) entende a dominação masculina como violência simbólica. Sua eficácia consiste em ser percebida como algo natural, que faz com que a mulher incorpore passivamente as disposições do *habitus* feminino. Esse processo é resultado do trabalho de socialização realizado pelas instituições que reproduzem as estruturas de distribuição do capital cultural, como a família, a escola, a igreja e os meios de comunicação. Nesse trabalho, a família desempenha papel fundamental, pois *na família é que se impõe a experiência precoce da divisão sexual do trabalho e da representação legítima dessa divisão, garantida pelo direito e inscrita na linguagem* (BOURDIEU, 1999, p. 34). Na concepção do autor, a família é a principal reprodutora da dominação e da visão masculina.

Como as estruturas de classificação dos gêneros estão incorporadas, as mudanças almejadas pelos movimentos feministas não devem se limitar ao plano da consciência e da vontade. Além de quebrar o consenso em torno da superioridade masculina, é preciso impedir a reprodução das condições sociais que fazem com que os dominados adotem o ponto de vista dos dominantes. Nesse sentido, a revolução simbólica a ser processada precisa ocorrer em várias instituições, principalmente dentro de cada família, que constitui uma construção social arbitrária, que parecia situar-se ao lado da natureza, do natural e do universal.

Sendo a família uma categoria realizada no *habitus*, não aparece como ficção social. Para Bourdieu (1999), a família é ao mesmo tempo uma categoria social objetiva e subjetiva. As representações e as ações, como o casamento e as festas de aniversário, por exemplo, servem para reforçar e reproduzir objetivamente a família. A reprodução da ordem social encontra na família sua condição fundamental, não apenas por sua contribuição na reprodução biológica, mas, sobretudo, na reprodução da estrutura do espaço social e das relações sociais.

Apesar das conquistas das mulheres nos postos de trabalho de nível superior, Bourdieu (1999;2010) afirma ser *o homem a medida de todas as coisas*, o que expressa a manutenção da hierarquia entre os sexos nas sociedades contemporâneas. As limitações impostas às mulheres são resultantes das desigualdades entre os gêneros, reforçadas tanto no interior da família, quanto no âmbito do Estado. A família é responsável pela transmissão de um patrimônio econômico e cultural, o que reforça a distinção social pela reprodução de estilos de vida, gosto etc. Como espaço de aprendizado, a socialização familiar é determinante na formação da identidade, na transmissão dos valores morais.

O Estado ratifica a divisão dos gêneros ao reproduzir em todas as instituições as prescrições do patriarcado privado. Segundo Bourdieu (2010), os estados modernos inscreveram no direito de família, especialmente nas regras que definem o estado civil dos cidadãos, todos os princípios fundamentais da visão androcêntrica.

A isonomia como princípio, disseminada, em especial pela Constituição Federal brasileira de 1988, trouxe significativa modificação nesse sentido. Em complementação, leis infraconstitucionais e, notadamente, a lei civil, assim como os novos direitos ratificaram a norma jurídica em sua mobilidade promovida pela razoabilidade constituinte na constante de ação. As mudanças sociais no Estado de Direito apresentam, assim, inclusive, modificações no âmbito da adoção. A paternidade socioafetiva é um ponto que suscita observações sobre tais modificações. Com respeito aos *denominados filhos de criação e adoção socioafetiva* se posicionou o TJRS; (AC 70007016710; Bagé; Oitava Câmara Cível; Rel. Des. Rui Portanova; Julg. 13/11/2003). No que tange à filiação, para que uma situação de fato seja considerada como realidade social (socioafetividade), é necessário que esteja efetivamente consolidada. A posse do estado de filho liga-se à finalidade de trazer para o mundo jurídico uma verdade social.

Diante do caso concreto, restará ao juiz o mister de julgar a ocorrência ou não de posse de estado, revelando quem efetivamente são os pais. A apelada, no caso em apreço, fez questão de excluir o apelante de sua herança. A condição de *filho de criação* não gera qualquer efeito patrimonial, nem viabilidade de reconhecimento de adoção de fato. APELO DESPROVIDO. Em sentido similar comporta-se o direito a alimentos conforme TJRJ; AC 2006.001.51839; Décima Segunda Câmara Cível; Rel. Des. Conv. Mauro Nicolau Junior; Julg. 30/01/2007, e, assim, os alimentos devidos a filho maior. possibilidade jurídica. Aqui foi possível reconhecer inexistência de presunção de necessidade que, assim, deve ser comprovada, juntamente com a possibilidade dos pais. Situação excepcional que permite ao filho, mesmo maior e capaz, buscar pensionamento alimentar de seus pais com fundamento no art. 1. 695 do Código Civil, 229 e no art. 1º, III, da Constituição Federal. Paternidade socioafetiva possibilidade jurídica de caracterizar obrigação alimentar. O indeferimento da inicial por impossibilidade jurídica do pedido caracteriza vedação de acesso ao poder judiciário, o que não é admitido pela Constituição Federal. Os princípios da afetividade e da solidariedade encontram respaldo constitucional e ético e devem permear a conduta e as decisões da magistratura moderna e atenta à realidade do mundo atual.

A família apresenta um caminho contrário à individualização porque implícitos a ela estão os deveres de cooperação, divisão das tarefas, a mutualidade do respeito e ainda outras diretrizes que apontam diretamente para a dignidade da pessoa humana no seio de um Estado cujos direitos fundamentais sociais se tornam, a cada instante, mais prioritários. Isso porque o objeto de proteção especial do Estado divide responsabilidade. Daí, no entendimento de Canotilho, muitos se referiram ao Estado social como instrumento da inclusão social.

A crise do Estado Social tornou-se, para muitos, um problema do ocaso da sociabilidade. Nas sociedades funcionalmente diferenciadas não há lugar para políticas de inclusão. A chamada *individualização da sociedade* significa precisamente o indeclinável direito e o dever de cada indivíduo colocar no seu plano de vida e condução da existência as responsabilidades que lhe cabem na luta pela sobrevivência. Dito por outras palavras: o *risco* da vida é também, e, sobretudo, um risco individual (CANOTILHO, 2012, p.91).<sup>12</sup>

Curiosamente nesse complexo de acontecimentos que a tantos inquietam e instabilizam o conceito ortodoxo de família de pátrio poder; por exemplo, uma pluralidade de perspectivas se manifesta de modo inequivocamente associado à instituição. A família em questão é reassimilada socialmente em circunstâncias cada vez mais inusitadas, sendo entretanto, guardada pelo afeto como motor do *animus* e materialização da vida em comum.

Acusada ao longo de parte do século XX de ser uma instituição em crise, decadente e destinada a desaparecer,<sup>13</sup> a família, nos últimos decênios, transformou-se, passando a responder a muitas das aspirações individuais presentes no mundo ocidental<sup>14</sup>. De fato, quase quarenta anos depois do

---

<sup>12</sup> Ainda de outro modo, cada um deve assumir um papel ativo para assegurar a sua inclusão nos novos sistemas diferenciados da sociedade. O problema é o de que a diferenciação funcional individualizadora conduz a uma dependência organizativa mais forte. Individualmente responsável dentro dos vários sistemas funcionalmente diferenciados — família, trabalho, formação e qualificação, transporte, saúde, consumo —, a pessoa corre sempre o risco de não ter possibilidade de inclusão nos esquemas prestacionais dos vários sistemas. Isso tanto mais quanto é certo que a necessidade de inclusão nos sistemas funcionais diferenciados começa muito cedo: o direito de nascer não se exerce em casa, mas na maternidade "incluída" no sistema de saúde; o desenvolvimento da criança não é um problema de crescer nos braços da ama, mas de socialização nos jardins de infância "incluídos" no sistema de ensino pré-escolar; o conhecimento e a informação começam na escola e isto é parte integrante do sistema de ensino. A *liberdade igual* é interpretada neste contexto como a igual possibilidade de inclusão em um sistema social diferenciado. A realização deste princípio de *igualdade de inclusão* continua a colocar o nó górdio da sociabilidade: a inclusividade pressupõe *justiça* quanto às possibilidades iguais de acesso. Como garantir esta justiça? A resposta para muitos (nos quais nos incluímos) é a reinvenção do Estado Social. Os direitos sociais e os princípios socialmente conformadores significam, no atual contexto, a legitimação de medidas públicas destinadas a garantir a *inclusão* do indivíduo nos esquemas prestacionais dos sistemas sociais funcionalmente diferenciados<sup>12</sup>. Mesmo que este Estado Social não seja mais, hoje, do que um simples "pendant" funcional de relações subjetivas interpessoais, ele continua a ter a indeclinável tarefa da *inclusão* social politicamente ponderada. Mas como poderá o Estado Social continuar a desempenhar essa função de inclusão em um contexto global de progressiva carência de meios financeiros? Como alicerçar expectativas sabendo-se, à partida, que é muito difícil preencher os pressupostos da sua realização? Na verdade, algumas das críticas mais persistentes contra o Estado Social e a constituição dos direitos sociais reconduzem-se a esta ideia básica: eles alicerçam expectativas normativas que não mais estão em condições de garantir. Isso pode ilustrar-se facilmente por meio de três tópicos, hoje correntes na literatura *globalizadora* (CANOTILHO, 2012, p.91-92).

<sup>13</sup> A questão é mais detidamente abordada por outros especialistas, a exemplo de COOPER (1986) em *A morte da família, reeditada em 2010*.

<sup>14</sup> Com efeito, a afirmativa parece ser verdadeira em relação a todos os países ocidentais. A propósito, foi dito a respeito da Inglaterra que a vida familiar e o direito de família sofreram nos últimos trinta anos,

movimento cultural de jovens que a consideravam a principal fonte de repressão e de conformismo social, a família tem sido vista como um espaço privilegiado de solidariedade e de realização pessoal (COOPER, 2010, p. 70) <sup>15</sup>.

A modernidade celebrava os frutos de uma sociedade liberal, sobretudo, a partir do século XIX. Uma era privada como espaço de satisfação e de cuidados da vida emocional, a estimada realidade tornou-se efetiva mui recentemente. O modelo tradicional foi significativamente alterado. Dessa maneira, por exemplo, na maior parte dos países ocidentais, inclusive no Brasil, o lar marital conheceu um declínio, <sup>16</sup> tendo havido, em seguida e em consequência, a supressão da figura do chefe da família. Além disso, do ponto de vista estrutural, diversos fenômenos sócio-demográficos contribuíram para a alteração radical da vida familiar.

Quanto ao casamento, numerosos foram os casais que passaram a coabitar, independentemente de qualquer vínculo formal; tantos outros se divorciaram, <sup>17</sup> inúmeras as crianças nascidas de pais não-casados e que, até recentemente, seriam consideradas ilegítimas. Concomitantemente, mais mulheres começaram a trabalhar fora e a compartilhar os encargos econômicos da família. Para tanto, adiaram o início

---

naquele país, modificação de tal maneira significativa que o direito de família em vigor até os anos setenta parecia mais próximo àquele do início do século XIX do que ao atual (2001, p. 637).

<sup>15</sup> Tal era o modelo de família, concebido pela sociedade burguesa, que se consolidara desde meados do século XIX, fundado no casamento indissolúvel, vivido e propagado pela camada social que conduziu a passagem histórica da sociedade *agrária* à sociedade industrial. A família burguesa, hoje chamada de tradicional, tinha sua estabilidade garantida pela legislação civil e pelo exercício de um rígido controle social. Como se sabe, ambos os fatores alteraram-se profundamente no último quartel do século XX. A ideia de ambiente familiar experimenta, na contemporaneidade, um momento de esplendor, tendo-se tornado um anseio comum de vida, com o desejo generalizado de fazer parte de formas agregadas de relacionamento baseadas no afeto recíproco. <sup>15</sup> Crise houve, mas não investiu contra a família em si; seu alvo foi o modelo familiar único, absoluto e totalizante, representado pelo casamento indissolúvel, no qual o marido era o chefe da sociedade conjugar e titular principal do pátrio poder (COOPER, 2010, p. 70).

<sup>16</sup> O poder marital no Brasil só acabou em 1988, com a promulgação da Constituição, que estabeleceu, no art. 226, § 5º, a igualdade entre os cônjuges, embora alguns autores tenham insistido em mantê-lo vivo sob o argumento de que a Constituição não havia revogado o art. 233 do Código Civil de 1916.

<sup>17</sup> Para uma análise da rotinização das separações nas classes médias brasileiras (1998).

da vida conjugue em prol de uma trajetória profissional, passando a ter filhos cada vez mais tarde, quando já dotadas de alguma dependência financeira.<sup>18</sup>

A dinâmica do processo mencionado fora acompanhado com atenção pela legislação e pela jurisprudência brasileiras, que tiveram nas duas últimas décadas, inegavelmente, um papel promocional na construção do novo modelo familiar. Tal modelo vem sendo chamado, por alguns especialistas em sociologia, de *democrático*,<sup>19</sup> correspondente, em termos históricos, a uma significativa novidade, em decorrência da inserção, no ambiente familiar, de princípios tais como a igualdade e a liberdade<sup>20</sup>.

A questão da democracia no Brasil tem, nesse contexto, relevante contributo, uma vez que o modelo democrático de família, em termos sociológicos, a inclinação da família contemporânea é tornar-se um grupo cada vez menos formalizado, menos hierarquizado e independente de laços consangüíneos, e cada vez mais baseado em sentimentos e em valores compartilhados.

A partir da década de 1960, no mundo ocidental, a família já dá indícios de tornar-se mais atraente porque um de seus princípios fundadores passa a ser o respeito, tanto dos maridos com relação às mulheres, quanto dos pais em relação aos filhos — com o reconhecimento desses como pessoas —, alterando significativamente as relações de autoridade antes existentes entre os seus membros.<sup>21</sup> Ademais, o ambiente de (habitualmente reconhecido) de certa igualdade de tratamento entre os cônjuges, inclusive garantida por lei,<sup>22</sup> passou a caracterizar o grupo familiar, também contribuindo para a

---

<sup>18</sup> Evidentemente, o texto se refere às camadas médias da população, às quais, com efeito, se aplicam, com generalidade, as disposições dos códigos civis.

<sup>19</sup> Ver, de Anthony Giddens *A transformação da intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas*, 1992. Ver, na mesma perspectiva.

<sup>20</sup> Segundo PITTMAN: *Family life in Western society since the Old Testament has been a struggle to maintain patriarchy, male domination, and double standards in the face of a natural drift towards monogamous bonding* (1993 p.6).

<sup>21</sup> Singly (1993;2001) A reinvenção da família. *Label France*, n. 39, abr. 2000, p. 3. Ver, também, do autor, *Lê sói, lê couple e la famille. Que data* (1996).

<sup>22</sup> Faz-se referência ao Estatuto da Mulher Casada, de 1962.



relevante mudança que permitiu a ampliação, tempos depois, dos espaços de autonomia, crescimento individual e auto-afirmação de cada membro dentro do grupo.

Os indivíduos das sociedades contemporâneas ocidentais não podem ser comparados aos das gerações precedentes, dado o imperativo atual de se tornarem indivíduos originais e únicos. Em consequência, a família modificou-se para produzir tais indivíduos, podendo-se notar dois momentos distintos ao longo do século XX. Até à década de 1960, a comunidade familiar ainda permanecia como uma unidade totalizadora, a serviço da qual agiam seus membros; a partir de então, caracteriza-se por uma nova concepção dos indivíduos em relação ao seu grupo de pertencimento, na medida em que eles se tornam, como membros, mais importantes do que o conjunto familiar: o indivíduo único, cuja *verdadeira natureza* deve ser respeitada e incentivada.

O processo democrático está alcançando a família porque dela também demandado. A família está se tornando democratizada, conforme modos que acompanham processos de democracia pública; e tal democratização sugere que a vida familiar poderia combinar escolha individual e solidariedade social. De acordo com um dos principais teóricos desta concepção, a democratização no contexto da família implica igualdade, respeito mútuo, autonomia, tomada de decisão através da comunicação, resguardo da violência e integração social, o que é sustentado por Giddens em sua *A terceira via: reflexões sobre o estado atual e o futuro da social-democracia*.

Os relacionamentos familiares democráticos ensejam responsabilidade compartilhada pelo cuidado da criança, especialmente maior partilha entre mulheres e homens, na medida em que, na sociedade atual, as mães arcam com parcela desproporcional dos custos, embora desfrutem de parcela também desproporcional das recompensas emocionais dos filhos. Quanto aos filhos, os pais não mais assumem como missão transformá-los em decorrência de princípios exteriores (GIDDENS, 2000, p.99).

A autoridade parental dilui-se na noção de respeito à originalidade da pessoa (do filho), valorizando-se outras qualidades que não a obediência e o zelo pela tradição. No seio familiar, a educação deixa de ser imposição de valores, substituindo-se pela negociação e pelo diálogo. Os pais, então, colocam-se na posição de ajudar os filhos a se tornarem eles mesmos, sendo este considerado atualmente o melhor interesse da criança e do adolescente. Nessa família democrática, a tomada de decisão deve ser feita através da comunicação, através do falar e do ouvir. Entre marido e mulher, busca-se atingir o consenso; entre pais e filhos, a conversa e o diálogo aberto. Mas tampouco falta autoridade na família; é, no entanto, uma autoridade democrática que ouve, discute e argumenta. Sustenta-se que a autoridade deve ser negociada em relação aos filhos. Não há espaço para a tirania na família democrática, nem por parte dos pais, nem por parte dos filhos. Em síntese, segundo Giddens (2000; p.99), a família democrática caracteriza-se pelos seguintes traços distintivos: igualdade emocional e sexual, direitos e responsabilidades mútuas, guarda compartilhada, co-parentalidade, autoridade negociada sobre os filhos, obrigações dos filhos para com os pais e integração social.

Ora, a família democrática nada mais é do que a família em que a dignidade de seus membros, das pessoas que a compõem, é respeitada, incentivada e tutelada. Do mesmo modo, a família "dignificada", isto é, abrangida e conformada pelo conceito de dignidade humana, é, necessariamente, uma família democratizada. A aceção de família é plurivalente, razão pela qual o desenvolvimento deste trabalho se dará acolhendo concepção que necessariamente irá apoiar-se na visão antropológica, preenchida pela valoração sociológica, filosófica e histórica, em apreço às garantias geradas pela Constituição Federal de 1988 e posteriores modificações, sem se perder de vista a legislação infraconstitucional pertinente ao tema, e o direito fundamental por

excelência, buscando a concretização do referido direito com a proteção e elevação sociofamiliar do indivíduo. Trata-se, em resumo, de família que sai da esfera hierarquizada e engessada para uma esfera própria baseada no comprometimento com a afetividade e no crescimento e realização da personalidade de cada ente familiar.

Sendo a família a base da sociedade, mudanças na família geram mudanças sociais. Quanto mais famílias democráticas, maior o fortalecimento da democracia no espaço público, e vice-versa. Além disso, e evidentemente, quanto mais democracia houver nos pequenos grupos, mais democrática será a sociedade na qual eles coexistem. Daí a mudança que se notou em nova codificação civil. É a valorização da pessoa humana que produz uma dinâmica para repersonalização. Nesse sentido, na medida em que o Direito Civil, ao superar a ótica patrimonialista adotando uma dinâmica de valorização da pessoa humana, como titular de direitos personalíssimos, num movimento de repersonalização leva como consequência direta à conclusão de que violar qualquer dos direitos da personalidade importa necessariamente em afronta à dignidade. E assim sendo, mesmo a proteção da propriedade revela-se como forma de garantir a dignidade da pessoa humana. *O direito à identidade, à liberdade, à igualdade, à existência, à segurança, à honra, à vida privada e ao desenvolvimento da personalidade, bem como os bens jurídicos da vida, do corpo, do espírito e da capacidade criadora, todos se encontram representados na dignidade, próprio cerne de cada preceito constitucional relativo aos direitos da pessoa humana.* Outra importante alteração do novo Código Civil foi a substituição do próprio título do Capítulo II, que antes tratava “Da Filiação Legítima”, e agora, com maior amplitude, trata simplesmente “Da Filiação”. Verifica-se, portanto, a grande influência do dispositivo constitucional que afasta qualquer designação discriminatória em relação à filiação no Brasil (art. 227, § 6º, da CF/1988), reproduzindo o art. 1.596 do Código Civil o teor do texto

constitucional. Mais adiante o novo diploma revisa os preceitos relativos à contestação do marido em relação à legitimidade do filho nascido da mulher, adequando tal entendimento à jurisprudência dominante do país (HOGEMANN, 2012b, p. 13).

A pavimentação do caminho de construção da família irá se constituir a partir dos diálogos e dialéticas recorrentes no âmbito de suas relações; a afirmação do patriarcado ou matriarcado traz consigo, inicialmente, ponto de reflexão que se constitui ainda em um atual debate sobre o papel de cada um na sociedade e, nesse sentido, as figuras masculina e feminina hão de suscitar sensíveis releituras e transformações, as quais serão também objeto da apreciação jurídica. O projeto de renovo social familiar, assim desenvolvido, indica que o caminho constitucional do afeto como amálgama das relações familiares toma em perspectiva hodierna o renovo da compreensão da célula-mãe – instituto primeiro da sociedade – que recepciona a norma fundamental, por um lado e que por sua vez, tem na pretensa efetividade da mesma atenção detida sobre as transformações que caracterizam a família para além do que se possa prever inicialmente. Nesse sentido, o papel da família, do Estado e do Direito vêm a capitular o fluxo textual seguinte da pesquisa a corroborar, depurar e constituir, como que por tessitura cuidadosa, as relações que, embora amalgamadas, não se portam de modo dissociado e desconstruído. *Há um liame que o afeto interpõe no curso das intervenções.* Em consequência, *os novos parâmetros da lei civil familiar estão inspirados em valor que não pode ser concebido em apropriações corruptíveis por questões de gênero ou venais.* Um dos conceitos basilares do Direito das Famílias e do Direito Constitucional, a filiação, passa por uma grande transformação nuclear. Fruto de uma sociedade que se constituiu sob os alicerces do patriarcalismo exacerbado. Os ventos da transição democrática, ao inaugurarem um modelo de Estado Democrático de Direito, fundado no bastião maior da dignidade da pessoa humana, fizeram sentir novos

ares também ao modelo, já superado das relações filiais acolhido pelo Código Beviláqua. Ultrapassou-se a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, um novo status de filiação se configura, diante de novas posturas sociais e constitucionais, sobrepondo o afeto a conceitos jurídicos esquemáticos antigos e que já não mais dão conta das complexas relações intersubjetivas dos novos tempos (HOGEMANN, 2012b, p.6-7).

A despeito dos problemas advindos é possível vislumbrar, em estudo comparativo, o aprimoramento da legislação no conjunto do trabalho desenvolvido para construção de uma sociedade reafirmadamente livre, justa e solidária na travessia do caminho jurídico, político e social entre supressões e concessões de direitos. Hodiernamente, o *direito fraterno* encontra-se ganhando significativo espaço acadêmico, uma vez que também guarda, em sua conceituação, a premissa de que o homem é sujeito e não objeto da sociedade. A nova visão atribuída ao fenômeno jurídico é contrária à violência, o que fomenta o surgimento de um direito inclusivo, universal e, portanto, afetivo, pautado na dignidade humana. Segundo Resta (1992, p. 30), *fraternal é o direito de compartilhar, através de um pacto entre iguais, que possuem, dessa forma, a mesma dignidade*. Para tanto, o sujeito deve ser reconhecido como livre e digno, a fim de ser considerado efetivo sujeito de direito, entendendo-se que a sua liberdade só existe quando estiver vinculada à realização de uma escolha própria. *A dignidade da pessoa humana deve ser convertida em um conceito jurídico, que possua um conteúdo mínimo, tornando-a uma categoria operacional e útil* (HOGEMANN, 2013, p. 73).

São, por assim dizer, conteúdos o valor intrínseco da pessoa humana, o valor comunitário e a autonomia da vontade. Conjugam importantes anseios da pessoa em seu âmago, as quais se projetam no seio de uma sociedade igualmente enigmática, mas ainda em processo de investigação continuada não apenas do ponto de vista comportamental,

como também do prisma motivador da pessoa em foro íntimo nas contradições naturais entre o pensamento e a ação sem preterir o sentir. A dignidade é, portanto, de plano um denominador que aproxima semelhantes apesar da diferença que certamente não cessa pretensão de distanciar a sociedade civilizada de uma convivência pacífica, por, naturalmente, não haver entendimento da complexidade e profundidade do todo que é o outro e, precisamente onde se encontra a alteridade vinculando as pessoas. Isso ocorre, apesar do potencial abismo entre os que se propõem a indeclinável caminhada nos seus projetos existenciais, condenados, por assim dizer, a serem livres, entendendo que mesmo a omissão implica escolha por não agir e, portanto, reincidindo, inevitavelmente, sobre a realidade das relações humanas avizinhas ou potencialmente tangíveis pela ação ou omissão de uma pessoa. É, nesse sentido, que o universal, a dignidade, a pessoa, o outro culminam em impreterível releitura da instituição que é tema central do presente estudo. A menção aos sobreditos aproximadores das diferenças incide sobre a necessidade de reexame já iniciado – mas com longo caminho a percorrer – do ponto nodal da questão dos membros da família. Em outros termos, a vinculação pela obrigatoriedade da coexistência e o ato de coibir pela força do Direito revelam-se indispensáveis. A sociedade parece não estar totalmente preparada para viver a plenitude do entendimento da expressão humanidade que notáveis personagens da história decidiram por uma reação pacífica defender. Um foi crucificado por não ser legalista, mas demonstrar que a lei fora feita por causa do homem e não o homem por causa da lei, propondo, entre suas palavras mais centrais, amor ao próximo, uma fraternidade consciente e respeito mútuo. Outro se privou de sustento diante de um Estado que possuía uma referência a lordes, com câmara específica para os mesmo, sugerindo sensível contradição. Esse homem, cujo nome pode ser traduzido como a grande alma, não lançou mão de outra arma a não ser o entendimento, a sabedoria, senão o amor – o cumprimento da lei como já fora

mencionado, o que se contrapõe à postura que privilegia sobreposição de gênero e poder econômicos como determinantes das relações humanas.

## 2 O RECONHECIMENTO DO AFETO COMO ELEMENTO FORMADOR DAS FAMÍLIAS

### 2.1 As transformações sociais e os reflexos na família

A reformulação da entidade familiar, notadamente, como instituição social radical, naturalmente não ocorre de modo abrupto. As oscilações ainda existem coetâneas às mudanças que se operam na ordem da família e, conseqüentemente, no âmbito, da sociedade, que, por seu turno retomam um diálogo com a referida instituição quando pelo Estado reconhecida, envolvendo o aparato circunstancial e continuado dos direitos humanos nos termos da dignidade e dos direitos da personalidade.

A expressão *direitos humanos* é uma maneira sintetizada de mencionar os direitos considerados como fundamentais da pessoa humana. Tais direitos são fundamentais porque sem eles a pessoa humana, apesar de ter uma existência biológica, não é capaz de desenvolver plenamente suas capacidades de participar inteiramente da vida social e comunitária. Conviver significa vencer o isolamento existencial numa proposta interativa com o outro (HOGEMANN, 2012a, p.5-6).<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> Daí, contrario sensu, decorre um direito humano fundamental – que simultaneamente é uma obrigação – importante, a saber: o poder-dever de repelir o desafeto por formas jurídicas que o afastem da família, preventiva ou repressivamente, tais como, por exemplo, a educação e a penalização referentes a todas as formas físicas e psíquicas de violência doméstica, não só entre marido e mulher, mas a partir da efetiva proibição de submeter os filhos a castigos corporais desumanos, que afrontam e corroem o amor. Assim o é que todo ser humano, independentemente de gênero, cor, religião, opção sexual, política, ou qualquer outra designação identificadora de sua origem ou relação cultural ou econômica, deve ter asseguradas, desde o nascimento, as mínimas condições necessárias para se tornar não somente útil à humanidade, como também deve ter a possibilidade de receber os benefícios que a vida em sociedade pode proporcionar de maneira equânime a todos, de sorte que possa desenvolver plenamente todas as suas potencialidades. Esse conjunto de condições e de possibilidades associa as características naturais dos seres humanos, a capacidade natural de cada pessoa pode valer-se como resultado da organização social. É a esse conjunto que se designa direitos humanos. Para que se possa mais objetivamente compreender o que significam esses direitos humanos, basta expor que correspondem a necessidades essenciais da pessoa humana. Trata-se daquelas demandas naturais que se apresentam da mesma forma para todos os seres humanos e que devem ser atendidas para que a pessoa possa viver com a dignidade que deve ser assegurada a todas as pessoas. Assim, a título ilustrativo, a vida configura-se como um direito humano fundamental, porque sem ela a pessoa não existe. Então a salvaguarda da vida é uma necessidade objetiva de todas as pessoas humanas. Mas, observando como são e como vivem os seres humanos, percebe-se a existência de outras necessidades que são também fundamentais, como a alimentação, a saúde, a moradia,



Nesse sentido, a vida social é valiosa conquista do processo de aprimoramento da espécie humana. Por via de consequência, outros direitos como a liberdade, a igualdade, a fraternidade, a solidariedade, a segurança, o trabalho, a saúde, a educação e, enfim, a própria felicidade humana e tantos outros valores que são objeto de direitos humanos fundamentais e operacionais, todos eles se ligam ao direito à vida e se realizam mais efetivamente a partir do primeiro dos grupos sociais dos quais o ser humano faz parte: a família. Eis, portanto, um elenco de direitos humanos fundamentais e operacionais que se somam para a realização e a garantia da família. Contudo, vale sublinhar que, por entre esses direitos, há um direito-amálgama responsável pela interação entre todos eles. É o direito ao afeto, cujo objeto é o sentimento maior que garante o agrupamento humano por um laço mais forte do que uma simples conjunção de interesses e assim dá consistência aos demais direitos humanos da família. Realmente, desde sua origem, a família é recoberta com um manto de ternura e carinho, de dedicação e empenho, mas também de responsabilidade para com quem se cativa. Esse manto protetor é o afeto, ao qual o direito deve dedicar especial atenção, sob pena de pôr em risco a própria garantia jurídica da família. Isso, porque o direito ao afeto é o mais imprescindível à saúde física e psíquica, à estabilidade econômica e social, ao desenvolvimento material e cultural de qualquer entidade familiar (HOGEMANN, 2012a, p.5-6).<sup>24</sup>

É nesse sentido que os direitos fundamentais propõem também um diálogo e uma dialética redescrivendo as características desde as fontes aos desdobramentos, consideradas as nuances da família.

---

a educação, e tantas outras. Muito embora existam essas outras tantas necessidades fundamentais, cumpre apontar que a pessoa humana para que esteja habilitada a reivindicar e a ter a garantia de tais necessidades contempladas, precisa ter uma existência formal que a distinga dos demais indivíduos no seio social. “[...] Assim, cada ser humano, cada pessoa carece de ter reconhecida sua condição de ser único e irrepetível, decorrência de uma conscientização ética do posicionamento moral de cada homem ou mulher que deseja e necessita ser reconhecido e protegido em sua integridade pessoal, independente do papel desempenhado na sociedade” (HOGEMANN, 2012a, p. 6).

<sup>24</sup> Posicionamento assemelhado ao defendido por Sarlet (2012) Alexy (2013).

São novos os direitos não apenas por transnacionalização, como também porque reexaminados os mesmos institutos, cuja releitura conduz a uma dinâmica que, no processo social, demanda o acurado acompanhamento que anuncia novo olhar não apenas sobre o papel e, função, mais também sobre o lugar do pai, da mãe, da criança sob sua responsabilidade, entendendo tal ministério de cuidado e zelo pelo amparo material e moral igualmente divisado por ambos.

A prioridade do cuidado como conjunto de direitos e deveres daqueles que dessa responsabilidade estão investidos pelo Estado implica, entre outros desígnios, a proteção, o múnus de seu desenvolvimento pleno. Daí a dificuldade em se definir o homem médio.

Os direitos fundamentais estão em companhia dos novos direitos em seu trânsito com a família, a sociedade e o Estado. O século XXI, com suas transformações, vem apresentando a necessidade de sentarem à mesma mesa as referidas instituições diante dos valores, princípios e regras do ordenamento jurídico que não pode olvidar o processo de constitucionalização do Direito, sobretudo pela menção aos direitos fundamentais e pelas prementes necessidades de se observarem as demandas de uma sociedade plural.

Tal constitucionalização não subsume a dispensa da legislação ordinária. Ao contrário, reforça-a quando menção se faz de que *na aplicação da Lei atenderá o juiz os fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*, como se pode identificar no art. 5º. da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Estudar os princípios e as garantias constitucionais da entidade familiar, bem como os direitos fundamentais que assumem enorme importância, ao tempo em que sua incidência na esfera de relações entre particulares se torna essencial para reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos, se faz indispensável. Sobretudo

porque se sabe que a referida entidade abriga, entre seus pressupostos, a promoção do bem comum, tendo em vista o que ocorre no âmbito íntimo das afetivas relações primeiras da pessoa trazida ao mundo.

Os avanços de todos os segmentos da manifestação humana no mundo da cultura ou do espírito que, na concretude dos pretórios, se manifesta em jurisdição voluntária ou litigiosa não levam ao banimento da até hoje inestimada instituição. Por seu turno, operam no foro íntimo da pessoa, em seu seio, concebida ou acolhida, uma releitura da realidade social que reestabelece característica gregária inata ao ser humano.

É de fácil compreensão a inserção das transformações familiares no ordenamento jurídico, tal como se constituíram ao longo dos anos, respeitadas as peculiaridades regionais e garantida a todos a salvaguarda constitucional. Ciente de que o conceito mais comum de família esteja amparado na família nuclear que engloba o pai, a mãe e os filhos, não cabe ao operador do direito ignorar que o conceito mais amplo de família muda de acordo com o tipo de sociedade e o momento histórico. Algo como aceitar o caminho 'certo', mas não julgá-lo único (HOGEMANN, 2012b, p. 6-7).

O texto maior apresenta seus princípios jurídicos constitucionais que norteiam o moderno direito de família, como se pode notar na exposição a seguir.

*O princípio da proteção da dignidade da pessoa humana* insculpido no art. 1º, III, da CRFB/1988, significa, de acordo com o referido dispositivo, que a dignidade da pessoa humana é identificada como fundamento do Estado Democrático de Direito, correspondendo tal princípio a um núcleo máximo, um superprincípio, símbolo do movimento de despatrimonialização ou repersonalização do Direito Privado (FACHIN, 2003). Por tratar-se de uma cláusula geral, o princípio retromencionado não tem um conceito único.

*O princípio da dignidade da pessoa humana* é o reduto intangível de cada indivíduo e, nesse sentido, a última fronteira entre quaisquer ingerências externas. Tal não subsume, contudo, a impossibilidade de que se estabeleçam restrições aos direitos e

garantias fundamentais, mas sim que as restrições efetivas não ultrapassem o limite intangível imposto pela dignidade da pessoa humana. Assim, entende-se que tal princípio constitui a base da entidade familiar brasileira, salvaguardando o pleno desenvolvimento e a afetividade entre os seus membros, sobretudo as crianças e adolescentes.

O *princípio da solidariedade familiar* (art. 3º, I, da CF/1988) denota que tal solidariedade social é reconhecida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, no sentido de constituir uma sociedade livre, justa e solidária. Tal entendimento está intimamente ligado ao instituto familiar, uma vez que inspira os seus membros a agirem solidariamente entre si, conforme se verifica nas obrigações alimentares, por exemplo, ressaltando-se a importância da solidariedade não apenas patrimonial, mas, sobretudo, afetiva e psicológica. Dias (2009), em obra já citada, a que em consonância com esse princípio, ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, compete ao Estado prover toda a gama de direitos que são assegurados, constitucionalmente, ao cidadão. Basta salientar que, em se tratando de crianças e adolescentes, é atribuído primeiro à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação na edificação plena da personalidade - desde as pretensões infantis e adolescentes - nos termos da finalização do *homem médio*, entendendo-o na plenitude pretendida como mínimo de inclusão para exercício de seus direitos.

Importante mencionar outra mudança trazida pela orientação constitucional, qual seja, o *princípio da igualdade entre os filhos* (art. 227, §6º, da CF/1988), que dispõe que “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” Esse comando aduz, de forma inequívoca, o princípio da igualdade entre os

filhos, antes classificados em legítimos e ilegítimos, distinção não mais permitida no atual ordenamento jurídico brasileiro. Superada tal discriminação entre os filhos havidos, conclui-se pela total igualdade entre os filhos havidos dentro do casamento, da união estável, de relações fortuitas, considerando-se também como filhos os adotivos e fruto de inseminação artificial heteróloga ou homóloga. Em resumo, todos os filhos são iguais perante a lei, sendo inaceitável a utilização, no mundo jurídico, de qualificações como filho espúrio, ilegítimo, adulterino ou bastardo. Eis um exemplo cristalino de isonomia constitucional.

A continuidade de tal princípio leva a outro, a saber, *o princípio do maior interesse da criança e do adolescente* (art. 227, *caput*, da CF/1988) com redação dada pela Emenda Constitucional nº 65, de 13 de julho de 2010, dispõe esse artigo: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Essa proteção integral é tradução do *best interest of the child*, conceito extraído da Convenção Internacional de Haia, que visa à integridade física e emocional do ser humano em formação, sendo o direito observado sob a ótica do melhor interesse da criança e adolescente, obedecendo-se os ditames que protegem este menor.

Como ponto culminante senão elemento motivador de todos os outros no cumprimento da lei do amor apresenta-se *o princípio da afetividade*, que já representa uma realidade no ordenamento jurídico brasileiro, fundamentando vários julgados recentes dos Tribunais Superiores no país. Um exemplo a ser lembrado residiu em pedido de anulação de registro de nascimento nos casos de resultado negativo em exame

de DNA; a propósito, onde o Superior Tribunal de Justiça concluiu que: “o êxito em ação negatória de paternidade depende de demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas e edificado na convivência familiar.” A pretensão voltada à impugnação da paternidade continuou o relator, ministro Luis Felipe Salomão, não pode prosperar quando fundada apenas na origem genética, mas em aberto conflito com a paternidade socioafetiva. Assim, apenas a título de contributo à discussão reflexiva do tema, demonstra-se a importância que o princípio da afetividade vem ganhando recentemente nos debates civis e constitucionais, na medida em que os Tribunais Superiores reconhecem *que a negatória de paternidade, prevista no art. 1.601 do Código Civil, submete-se a outras considerações que não a simples base da consanguinidade*. Importa afirmar que os laços familiares não são reconhecidos pura e simplesmente através dos kits de testes dos laboratórios ou de seus tubos de ensaio. Há outros vetores de cariz que transcendem a biologização ou a genetização da parentalidade e que são demarcados pela alteridade e pela socioafetividade. A paternidade atualmente deve ser considerada gênero do qual são espécies a paternidade biológica e socioafetiva, disse Salomão. Segundo o ministro relator, as instâncias ordinárias julgaram corretamente o caso, ao negar o pedido do autor e reconhecer a paternidade socioafetiva. É possível afirmar que a teoria da constituição preocupa-se com a tarefa de investigar os problemas político-constitucionais, os elementos para a aplicabilidade das normas constitucionais, bem como os elementos para a racionalização e controle da pré-compreensão constitucional. E, diante da indeterminação das ciências sociais, a presente teoria, decorrente do processo histórico atual, apresenta, em seu bojo, incongruências de referência atreladas à concepção individualista, ainda presente em diversos sistemas constitucionais. A fim de minimizar

a propugnada concepção individualista, dentro de um contexto interpretativo constitucional, emerge o neoconstitucionalismo, a contribuição dessa vertente para o estudo da concretização das normas constitucionais (dentre elas encontram-se os princípios) ganha destaque, oportunidade em que se aferirá se é possível à constituição operar todas as consequências de caráter normativo, ante a sua vigência.

A antinomia do privilégio ao próprio interesse só se identifica porque quer o indivíduo estar entre seus semelhantes. Curioso notar que o *eros* (ερος) grego não necessariamente traduz o erotismo da intimidade de um casal. O amor carnal é uma física que denuncia o toque como elemento de reconhecimento, identificação e acolhimento – é o abraço em manifestação do afeto – amor físico. Ele também está presente nos laços de amizade e de familiaridade. Em complemento, a despeito da fala de um constituinte emocional de natureza singularmente física, o *philos* fraternal é o mais conhecido - porque identificado como autenticamente humano. O *Nous* (vous) enquanto espírito é promotor de uma manifestação emocional não apenas além da materialidade como também sem exigibilidade de retribuição – é pura e simplesmente afetiva – um amor sublimado – o *ágape* (ἀγαπε) enunciando um afeto que não apenas se diferencia. Constitui-se como afeto por excelência.

Nessa mesma esteira, o neoconstitucionalismo guarda em si um objetivo principal específico, qual seja, a concretização das normas constitucionais, sem perder de vista a determinação de seu conteúdo. Segundo Streck (2004, p. 148), “A noção de Estado Democrático está, pois, indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais [...] aquilo que se pode denominar de *plus* normativo do Estado Democrático de Direito [...]”. Na presente perspectiva, o Estado, por meio do direito, busca efetivar o desiderato constitucional, entendido no seu todo *dirigente-valorativo-principiológico*. O próprio artigo 1º da Constituição Federal estabeleceu que o Brasil

constitui-se como Estado Democrático de Direito. A dignidade, compreendida enquanto atributo essencial da pessoa humana, não comporta possíveis afastamentos, como também não pode ser considerada como simples critério de interpretação constitucional. É, pois, efetiva norma dentro do processo denominado de densificação da norma constitucional, proposto por Canotilho <sup>25</sup> (HOGEMANN SOUZA, 2013, p. 70-71).

Acertado é, por assim dizer, dar acolhimento à noção que compreende o diálogo existencial de experiências concordantes, ainda que a particularidade incidental de ocorrências individuais traga impressão de abissal distinção entre as pessoas. É imprescindível entender que a impossibilidade de redução a um denominador comunicativo inviabiliza a aceitação da dignidade como constituinte inseparável da pessoal e afasta o afeto como meio de propagação intuitivo-emocional valorativo de ligação entre as pessoas. Verdade é que a humanidade já foi repudiada e cindida demais. A diáspora pode ser identificada com maior destaque em referência ao povo judeu, mas ao longo da história, muitos filhos, filhas, pais, mães, irmãos foram separados em nome de causas absolutamente injustificáveis, isto é, não para proteção, preservação da integridade daqueles, mas sim por força de ideários que jamais se sustentaram, privilegiando em continuidade a tais práticas o espólio do confronto pelo perecível, culminam em individualismo e patrimonialismo. Com o direito fundamental ao afeto não poderia ser diferente. Atualmente as relações familiares e sociais privilegiam o amor em

---

<sup>25</sup> A conciliação das concepções políticas mencionadas não se opera sem ambiguidades, uma vez que democracia, em seu significado meramente *procedimental*, pode ser definida como governo da maioria, enquanto Estado de Direito pode ser definido, em seu sentido *substantivo*, como governo das leis, não apenas no sentido de leis positivas, mas de leis justas. A harmonização do presente antagonismo fornece sentido ao neoconstitucionalismo. No século XIX a dificuldade em fundamentar a existência de direitos transcendentais causou uma crise dentro da concepção jusnaturalista de Estado de Direito, enquanto no século XX os totalitarismos demonstraram a incapacidade do direito heterônomo em preservar os direitos essenciais da pessoa humana. De acordo com o exposto a justificação dos direitos do homem tende a torná-los absolutos, o que, decerto, não pode ser reconhecido. Com isso, atestar ao contrário equivale a dizer, de forma raríssima, que existem direitos fundamentais que não estão em concorrência com outros direitos também fundamentais. [...] a delimitação do âmbito de um direito fundamental do homem é extremamente variável e não pode ser estabelecida de uma vez por todas. Daí a sua tutela ser reconhecida como algo mais importante do que a sua fundamentação” (HOGEMANN; SOUZA, 2013, p. 70-71).



detrimento de um patrimonialismo desmedido, observado em outras épocas. A atitude altruísta clama ser referendada pelo ordenamento jurídico, como extensão e materialização da dignidade da pessoa humana. É possível afirmar que existem questões a respeito das quais ainda não existe verdadeiro consenso moral. Diferentemente do individualismo, que é característica inerente ao comportamento social há muitos séculos; e seu conceito encontra-se amplamente difundido, o afeto ainda está em processo de inserção no elemento ético da pessoa humana, às vezes possuindo identidade própria, às vezes sendo mera faceta de um individualismo desfigurado. É certo que o ser humano constrói-se a partir de suas várias dimensões, a saber: família, vida social, patrimônio, dentre outras. Hodiernamente tem-se entendido que todas essas dimensões são estruturadas por meio do valor jurídico afeto. Assim, o homem para ser digno necessita que o afeto seja reconhecido como valor inerente a sua condição humana e, dessa forma, reside em um verdadeiro direito fundamental, que, uma vez desrespeitado, ensejaria reparação (HOGEMANN ; SOUZA, 2013, p. 74-75).

Desafiadoras para esse enfoque são as questões biojurídicas, que, se não concebidas em ambiente de preocupações éticas, podem ser danosas e não cumprir um papel de inovação ou contribuição para nova fala e compreensão de horizontes diferenciados para o estudo da sociedade na titularidade do Estado de Direito. Os princípios bioéticos devem ser resguardados diante do desenvolvimento das pesquisas biocientíficas -- o caso da clonagem humana, por exemplo, reflete uma preocupação que, nas últimas décadas, a humanidade passou a expressar, ao tomar conhecimento de espetaculares avanços no campo da biologia molecular, centrados substancialmente na engenharia genética. O que até então parecia um território vedado ao conhecimento do homem -- a chave do próprio mistério da vida -- começou a ser desvendado. Esses promissores avanços das ciências biológicas pegaram desprevenidas as ciências do "dever

ser", estabelecidas das regras de organização e condutas sociais consagradas pelo Estado, a saber, a Ética e o Direito. Surge com as inovações uma série de indagações a respeito de formulações ao antigo dilema dos limites da atuação em ser humano na engenharia genética. Em especial, os limites éticos da pesquisa genética em seres humanos, cabe, portanto, indagar, se devem existir e quais seriam esses limites (HOGEMANN, 2013a, p. 10).

A preocupação com os limites da ação humana no campo científico quando o objeto é o próprio homem é ainda mais legítima. Não se trata de puritanismo ético. É uma problemática também étnica. O certo, entretanto, é que a resposta ética necessária à elucidação dessa questão -- até o presente -- não logrou a profundidade, a amplitude e a riqueza que o tema em estudo requer, não obstante esteja em franco desenvolvimento a ciência bioética. Um exemplo desses notáveis avanços no campo das pesquisas genéticas é a clonagem humana sob encomenda, que já foi condenada por setores da comunidade científica e por vários governos e acelerou a corrida rumo às leis proibitivas, mormente diante da possibilidade objetiva da realização de experimentos em países cujo ordenamento jurídico ainda não dispõe especificamente sobre a matéria, bem como frente à inexistência de uma legislação proibitiva em nível internacional. Do ponto de vista deontológico, tais proibições buscam suas fontes de justificação junto aos direitos humanos básicos (HOGEMANN, 2013a, p. 10).

No entanto, ao buscar nos direitos humanos o argumento contrário ao avanço das pesquisas científicas, valores fundamentais como a liberdade e a dignidade humanas, bem como o princípio da liberdade da pesquisa científica que, inegavelmente, funciona tal como verdadeiro êmbolo propulsor de todos os ramos da investigação científica humana, despontam no vértice da polémica. Vale considerar que essa discussão sobre os avanços obtidos no campo da biotecnologia aponta para algumas questões profundas

que atormentam o ser humano ao longo de sua existência, entre elas, a busca da imortalidade através dos avanços científicos (HOGEMANN, 2013a, p. 10).

O homem entendido como mero patrimônio genético e a indiscriminada manipulação de sua integral constituição podem ensejar um desvio de significado da pessoa humana.

Por outro lado, podem também significar um avanço – *não ariano ou de seleção natural* – em que a pessoa humana irá beneficiar-se. Com efeito, é comum os estudos da área iniciarem-se pela bioética. Não há mal na ciência. A lesividade decorre de sua má destinação.

No mencionado contexto o Direito se faz naturalmente presente como a disciplinar novas relações jurídicas. É o ambiente dos novos direitos. É o Direito que surge em um novo momento, mas que é novo pelo objeto de que já tratou de forma diversa e em tempos mais percorridos abordará de modo novo. Assim é novo ramo e o objeto é o mesmo e também não o é.

## 2.2. Os novos direitos e os direitos fundamentais nas relações familiares

A emergência dos novos direitos e a recorrente fala acerca dos direitos fundamentais têm sobre o seio familiar importância singular. Curiosamente, correspondem a objeto ao mesmo tempo em que nascente de diálogos que conduzem à reflexão sobre os novos horizontes do Direito das Famílias, bem como do Biodireito, alimentado pela bioética e ainda for todo rol de direitos inscritos nos Direitos Fundamentais. É natural, é o primeiro momento da vida social de todo ser humano em sua trajetória existencial e histórica na trama do afeto e do tempo.

O afeto tem uma força sobre o tempo. É sobreposto às contingências ao mesmo tempo em que constitui as inovações dos laços humanos. Sêneca em seu endereçamento, austero, estóico, a Lucílio fala deste furtivo enigma que escapa aos seus próprios estudiosos:

Ao fim de longo tempo revisitei a tua querida cidade Pompeios. Voltei a contemplar a minha adolescência; quanto por lá fizera em jovem parecia-me poder ainda fazê-lo, parecia-me tê-lo feito há um instante. Ah! E, assim como no mar, segundo as palavras de Vergílio, *as terras e as cidades se perdem no horizonte*, assim também nós, nesta veloz carreira do tempo que é a vemos sumir-se primeiro a infância, depois a adolescência, em seguida o espaço que medeia entre os dois que são a juventude e a idade madura, depois os anos do início da velhice; finalmente começa a ser publicamente visível a proximidade do nosso fim de homens. Na nossa insensatez julgamos esse fim escolhido: na realidade é um porto, a que por vezes somos forçados a abordar [...] (SÊNECA, 2009, p. 263).

A concepção da entidade familiar atravessa reformulações históricas. Tal ocorrência, a despeito das contradições, engendra inovações simultaneamente benéficas e constrangimentos práticos, produzindo também estruturais que, por fim, trazem consequências sociais quantificáveis. O próprio direito de família se vê constrangido a

pensar e a entender a origem dessas alterações, até mesmo com vistas à produção de algum tipo de diagnóstico sobre a temática.

A resultante de tais desdobramentos é sentida e dimensionada por uma série de investigações empíricas contemporâneas, e o estudo da sintomatologia social parece ser suficientemente retórico para assinalar a necessidade do aprofundamento das investigações em torno do problema da família contemporânea e seu sentido.

E, nesse aspecto, as perguntas seguintes colaboram para o processo de ajustamento da reflexão a respeito de seus pontos problemáticos isto é, a unidade de definição da inter-relação entre sociedade, cultura e personalidade, lugar de revezamento entre ócio e trabalho, prazer e dor, conservação da intimidade erótica e de exposição pública; caberia ainda indagar: não estaria a família sendo afetada pela mudança do modo de produção? As alterações do modo de produção estão afetando a estrutura da família e causando-lhe que tipo de desgastes? Como unidade protoformadora da personalidade e da sociedade, nessas condições, não estaria a família ameaçada? Sua ameaça não representa também uma ameaça para o indivíduo, tanto do ponto de vista psíquico, como do ponto de vista social? A *enquete* em apreço tem o fim de investigar e trazer algumas luzes ao enfrentamento dessas questões.

O valor intrínseco seria o elemento ontológico da dignidade, ou seja, o traço distintivo da condição humana, do qual decorre que todas as pessoas são um fim em si mesmas, e não meios para a realização de metas coletivas ou propósitos de terceiros, como mencionado acima. Para o autor citado, a inteligência, a sensibilidade e a capacidade de comunicação são atributos únicos que abalizam a condição peculiar proposta. E, assim, do valor intrínseco originam-se os direitos fundamentais como o direito à vida e o direito à isonomia (HOGEMANN ; SOUZA, 2013, p.74).<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> . O valor comunitário seria o elemento social da dignidade, ou seja, o que identifica a relação entre indivíduo e grupo. Nessa esteira, a dignidade encontra-se interligada a valores compartilhados pela comunidade, assim como as responsabilidades e deveres de cada um, apresentando-se como um limitador da autonomia privada. Porém, somente devendo ser aplicado o presente viés, com o objetivo de se promoverem objetivos sociais diversos, como proteção em relação às próprias condutas dos homens, proteção de direitos de outras pessoas em relação às condutas do homem e a proteção de valores sociais. Cumpre frisar, que não se trata de um moralismo irracional da maioria, e, dessa forma, deve-se levar em conta: a existência ou não de um direito fundamental em jogo, a existência de consenso social forte em

A afirmar que o fim do ser humano está em si mesmo implica reestruturação de toda juridicidade em torno da relação social permanentemente confrontada pela resistência à inovação jurídica de reexame do verdadeiro motivo de toda a elaboração legislativa – a pessoa humana.

[...] Superadas as considerações acerca da relação existente entre a teoria da constituição e o valor da dignidade da pessoa humana, em um contexto de busca por sua efetivação, a partir do neoconstitucionalismo, passa-se, neste momento, à análise do direito fundamental ao afeto, corolário do valor supremo que fornece sentido e razão ao Estado Democrático de Direito. Cumpre dizer, de antemão, que a grande problemática contemporânea da teoria da constituição parte da ausência de uma situação clássica (HOGEMANN; SOUZA, 2013, p.74).

Já identificada anteriormente, evidenciou-se a indissociável relação entre a importância da pessoa singular e sua realidade integrada à unidade familiar<sup>27</sup>. É possível que se considere um paradoxo a afirmação, mas, não obstante, a fragmentação dos caminhos existenciais, a atomização das pessoas no plano da concretude de sua realidade e a crescente individualização no ambiente acolhedor das liberdades individuais, há o elemento residual familiar, que reincide sobre o reconhecimento renovado do indivíduo em uma nova célula, que não o recebe por protocolar recomendação da civilidade que ambos possam compartilhar. Esse indivíduo, que não apenas por consanguinidade, a saber, também pelo afeto e, notadamente, afeto familiar, será recebido e tornar-se-á partícipe natural de um laço de relações amalgamadas e depuradas pela referida entidade em um vínculo que ultrapassa os ditames da

---

relação à questão e a existência de risco efetivo para direitos de terceiros. (HOGEMANN ; SOUZA, 2013, p.74).

<sup>27</sup> A sociedade contemporânea vivencia uma experiência de sobressalente ênfase cultural no indivíduo. Na emergência do indivíduo, a propaganda e o consumismo são duas determinantes fundamentais a delimitar a profunda estetização da experiência. Se há múltiplas opções de vida, e as regras tradicionais de controle social e moral do comportamento já não servem mais, somente sobra um leque diversificado de alternativas de autoafirmação, o que permite aos indivíduos serem aquilo que vestem ou aquilo que os lugares que frequentam significam (BITTAR, 2011, p. 87).

casualidade dos encontros ou da urbanidade estimada do diálogo entre indivíduos. Com efeito, retorna à sociedade para da mesma e nela compor uma única tessitura de dignidade. O que significa dizer que a solidariedade não traduz uma pretensão ingênua. Ela constitui responsabilidade, visível nas sendas jurídicas, e evidente na sociedade que não comprometida consigo mesma; compreende-se que sua dispensa implica problemática para as mesmas pessoas que se dispõem a compor um cômputo, no qual uma ação individual pode produzir inusitados efeitos em nível individual e social. Onde tudo é sempre *novo* e as pressões se dão no sentido de forçar o *novo*, o indivíduo que está sempre *atenado* no novo, se torna ele mesmo uma *novidade* permanente, que exige do sujeito muito mais além do que simplesmente e fundamentalmente é e deve ser – humano – o valor por excelência. É tal dignificação que se tem por norte sempre que se aborda a questão familiar.

Afinal, o que se argumentou precedentemente serve como um retrato, que se constrói no sentido da formação de uma consciência histórica de nosso tempo. No entanto, a investigação sobre as origens desse fenômeno é outro passo além da preliminar, e necessária, e nem sempre visível constatação sobre o tempo presente. Cabe, portanto, agora, perguntar como se processa no fluxo dos acontecimentos essa mudança em direção a esse *estado de coisas*, especialmente no que tange à questão da família. Essa investigação se faz pelo caminho de compreensão que enxerga a família não como um núcleo isolado da vida social, mas como um núcleo em interação dialética com a vida social. E, do ponto de vista social, há sensíveis mudanças no mundo do trabalho que não foram ainda devidamente pensadas dentro das reflexões sobre o âmbito da família contemporânea e seus problemas, a considerar o ponto de vista sociofilosófico.

A família certamente não surgiu na era burguesa. A história desse processo de formação e institucionalização remonta longinquas etapas de consolidação da própria vida

sedentária humana. Nesse sentido, esse percurso não interessa ao cerne dessa investigação, na medida em que o que se quer estudar é a problemática condição da família na passagem da modernidade à pós-modernidade, ou como argumentaria Zygmunt Bauman (2005), da modernidade sólida à modernidade líquida. Por isso, o que importa frisar é que a marca da modernidade é o crescente processo de privatização das funções da família, na medida em que ela vai vivenciando a desocupação do público de seu interior e deixando para a vida pública um número maior de atividades.

Para além do fato de ser uma instituição natural, a família é também uma construção social, pois seus papéis variam conforme conjunturas e pressões específicas da sociedade. Ainda, para além da investigação sobre se a ideia de família surgiu ou não na era burguesa, ou ainda se a família é ou não algo que responde à natureza humana, pode-se afirmar que *certa concepção de família* emergiu do contexto burguês, essa ideia de família expressando a identidade de um tempo cuja significação aparece ao lado de todo um outro aparato de conceitos formador da identidade do mundo moderno. De um lado, o Estado nacional unificado; de outro, a sociedade civil, composta pela família, pelas empresas e pelo indivíduo.

O risco de tais implicações consiste no afrouxamento dos laços humanos e seu *éthos*, interior, portanto, se degrada. As pressões por unidade cedem em direção a pressões por realização individual; o indivíduo se destaca para deixar de ser *parte de um coletivo em pequena escala*, pois a individualidade ocorre com essa característica. O individualismo, que em seu sentido positivo significa libertação das cadeias sociais, significa, no sentido negativo, autopropriedade, o direito e o dever de investir a própria energia no sucesso da própria pessoa. Há um decréscimo de cooperativismo e solidarismo sociais, que, em primeira instância, são sentidos no interior da própria família. Afinal, a moral moderna



(sólida ou tradicional) foi convertida na moral pós-moderna – líquida ou individualizante –, esta última capaz de estimular no máximo provisórias *comunidades*.

É a despeito do cenário da desconstituição dos laços familiares que é possível reconhecer o afeto como sustentáculo residual da relação familiar. Assim, o processo que anteriormente se desenvolveu apresenta por um lado a volatilidade da conceituação e, por outro, a continuidade adaptável da entidade familiar sobrevivendo, ainda que passiva a todo processo que a envolve. Quando a sociedade se liquidifica, isto quer dizer que a sociedade tem no novo método de produção uma nova alternativa de ação econômica estratégica. Por isso, torna-se irrelevante, ou mesmo constitui um obstáculo, em determinados momentos, a formação do núcleo familiar. Se a família teve sentido num determinado momento do processo produtivo capitalista, agora ela se torna redundante. Com isso, as próprias categorias que dão suporte ao processo de formação da identidade do núcleo do lar são alteradas, daí não excluídas as ideias de amor, cortejo, galanteio, pureza, nome de família como sobrenome do homem, sacralidade do ritual de passagem, casamento. As ideias, acessórias, acompanhavam – no plano da ideologia - ideologia a formação do próprio núcleo familiar, e *significavam* uma forma de garantir estruturação à formação do núcleo familiar burguês. Todos esses elementos passam, portanto, por uma *dessignificação*. Essa *dessignificação* é somente um indício de um processo de mutação, talvez primeiro e ainda letárgico, e mesmo da própria desaparecimento dessas categorias. Em contrapartida, tem-se discutido arduamente o conceito, por assim se dizer, estrutural de família nos últimos anos, tendo em vista a abertura do seu tipo jurídico proporcionada pela Constituição de 1988. Isso ocorre tanto no assim denominado vínculo horizontal – relações de par –, como no vínculo vertical – relações de filiação –, propondo-se critérios variados para a conseqüente incorporação gradual, na realidade normativa, dos diversos fenômenos que se manifestam na realidade social. Ao

eleger-se um critério para definir a família na sua expressão horizontal, por exemplo, ficam cobertas algumas situações com o manto do jurídico, abrangendo-as dentro da sua proteção.

Os novos direitos em sua transnacionalização guardam importante relação com o Direito Constitucional, notadamente no que concerne aos Direitos Fundamentais e Direitos Humanos, de modo que as relações familiares não se constituem meramente como fator complementar, mas entrelaçado nas questões relativas à consolidação das relações humanas. É como o matrimônio que convoca a individualidade ao diálogo e à alteridade, considera-se ainda a hipótese de que filhos ajustados valem como um indicador de uma sociedade igualmente ajustada. O direito à dignidade pode ser concebido das mais diversas formas tanto pela filosofia moral quanto pela política. Muitas vezes significa o “direito de viver em condições, quaisquer que sejam, nas quais o amor-próprio é possível ou pertinente”. Seja como for, a dignidade humana sempre está referida a uma vida existente na concepção da expressão enquanto tal. Há, ainda, que se demarcar que os Direitos Humanos podem e devem ser apreciados para além das ideologias, na medida em que pressupõem o respeito à vida como seu marco fundante. Isso significa que, em sede de direitos da pessoa humana, todos os Outros – mesmo os considerados como "inimigos de classe" – são criaturas humanas, sujeitos de direitos, iguais e diferentes, únicos, completos e irrepetíveis. Nesse sentido, vale sublinhar que os Direitos Humanos, se entendidos como princípios para o fazer político, não compõem um projeto global (ou total, em casos excepcionais) para o futuro da sociedade, como pretendem o socialismo, o comunismo, o liberalismo e o neoliberalismo. Eles incorporam o respeito à diferença, ao direito de e para todos ao desenvolvimento das potencialidades com autonomia plena, à absoluta liberdade de expressão, à promoção da igualdade sem descaracterizar ou violentar o indivíduo; e

possuem se caracterizam por sua imensa capacidade de adaptação às novas realidades sociais, incorporando novas demandas e promovendo novos direitos (HOGEMANN, 2012a, p. 9-10).

Os cerne dos direitos fundamentais que se apresentam em diálogo com a dignidade humana se harmoniza, em termos coerentes, com o propósito familiar de conciliação e pretensão de viabilidade da convivência civilizada, humana. Para tanto, observar com atenção o biodireito nos ditames da bioética constitui trabalho árduo, que não se limita a alcançar compreensão conceitual. O inusitado ocorre quando já se presumia pacificado o entendimento sobre determinada matéria, mormente no Direito das Famílias.

Os novos direitos e os direitos fundamentais estão em recorrente tematização, dialogando, senão entrelaçando-se com demais ramos, primando, especialmente, pelo desafio à consolidação da igualdade.

[...] dentro de um regime constitucional republicano, agravado por um descompasso entre os tribunais e suas funções sociais, a naturalização da desigualdade não só leva a acirrar os efeitos perversos do paradoxo mencionado, como alimenta a criação de novos paradoxos, como, por exemplo, a admissão de um Estado tutorial, “compensador” das desigualdades sociais [...] (IÓRIO FILHO, 2008, p. 1.105-1.106).<sup>28</sup>

As expressões que refletem com sensível motivação e fim a associação entre os laços familiares os novos direitos e os direitos fundamentais no seio dos direitos humanos são assim recepcionadas – a exemplo de cidadania e isonomia, pressupondo a liberdade como requisito para a construção de uma sociedade que, como já enunciado, a Constituição pretende justa, livre e solidária. Retomando pontualmente essa

---

<sup>28</sup> Trata-se de um regime detentor de direitos fundamentais que deveriam ser conferidos aos cidadãos, considerados livres e iguais pelos mesmos institutos que os tutelam; esta deixa de explicitar os discursos de reprodução de hierarquização social que circulam no campo jurídico (IÓRIO FILHO, 2008, p. 1.105-1.106).

solidariedade, cabe salientar que ela pode também ser acolhida como vínculo, afastando o individualismo danoso a toda e qualquer relação em que haja o outro e, portanto, remetendo à diretriz da alteridade. Em outros termos: a alteridade não se delimita unicamente pela possibilidade do outro no *eu*, mas na inevitável realidade de que o mundo, a natureza, a realidade como um todo não se atomiza sem conexões.

A singularidade desta exposição pode revelar-se quando considerada descoberta recorrente. Um paradoxal diálogo entre a apoditicidade presumida e a aporia preliminarmente apresentada. Eis o desafio para o Direito que não pode se eximir da tarefa de mitigar ou compor os conflitos. Importante sempre pensar o Direito nas relações familiares, considerando a emergência de discussões que inovam seus quadros temáticos nos desvelam uma sociedade sinuosa.

Com base em tais reflexões, cumpre observar o aumento da quantidade de bens que devem ser objetos de tutela, o alcance de determinados direitos típicos a outros que não toda pessoa, a pessoa que passa a ser entendida não mais de modo genérico ou *em abstrato* (conduzindo a uma interpretação mais concreta nas suas manifestações singulares inseridas no complexo social), como se pode identificar no Estatuto da Criança e do Adolescente e no do idoso, mais recentemente promulgado. A pessoa enferma também pode encontrar legislação específica que a cada dia se ajusta aos termos laborais, previdenciários, contratuais de seguros; cabe também mencionar o Biodireito e ainda outros direitos que se fazem presentes nos caminhos dos novos direitos, nos termos da trajetória tecnológica inevitavelmente tangenciadora do Direito.

Os direitos humanos, em seu processo de afirmação histórica, bem como a família, que se modifica, no transcurso da história, como célula radical, cumprem papel relevante. As gerações, de tais direitos vêm-se sucedendo de forma expressiva.

A primeira geração engloba os direitos individuais que pressupõem a igualdade formal perante a lei e consideram o sujeito abstratamente; esses direitos possuem um significado filosófico-histórico da inversão, característica da formação do Estado moderno, ocorrida na relação entre Estado e cidadãos; passou-se da prioridade dos deveres dos súditos à prioridade dos direitos do cidadão, emergindo um modo diferente de encarar a relação política, não mais predominantemente do ângulo do soberano, e sim daquele do cidadão, em correspondência com a afirmação da teoria individualista da sociedade e em contraposição à concepção organicista tradicional.

A segunda geração compreende os direitos sociais, nos quais o sujeito de direito é visto enquanto inserido no contexto social, ou seja, analisado em uma situação concreta. Trata-se da passagem das liberdades negativas, de religião e opinião, por exemplo, para os direitos políticos e sociais, que requerem uma intervenção direta do Estado.

A terceira geração inclui os direitos transindividuais, também chamados direitos coletivos e difusos, os quais basicamente compreendem os direitos do consumidor e os direitos relacionados à questão ecológica.

A quarta geração correspondem aos direitos de manipulação genética relacionados à biotecnologia e bioengenharia, que tratam de questões sobre a vida e a morte, e que requerem uma discussão ética prévia.

A quinta geração englobam os direitos advindos com a chamada realidade virtual; estão em consonância com o grande desenvolvimento da cibernética na atualidade, implicando o rompimento de fronteiras, estabelecendo conflitos entre países com realidades distintas, via Internet.

O essencial, consideram-se o objetivo deste trabalho, é, que o conceito permita condenar as conexões e contradições com as demais categorias fundamentalmente

necessárias ao desenvolvimento de pesquisas no campo dos “Novos Direitos”. A modernidade entende os sobreditos direitos humanos como básicos: toda pessoa tem, por força da natureza humana, dignidade que lhe é própria, não necessariamente presente em uma sociedade política. São, sim, direitos que a sociedade política tem de garantir. Retomando brevemente a questão da ciência esta pode configurar um modo de vida a florescer quando os homens têm liberdade de ter fé. Uma fé a que obedeçamos em razão de ordens que nos são impostas de fora, não é fé, e uma comunidade que se coloque na dependência de uma pseudo fé desse tipo está destinada a arruinar-se, ao fim e ao cabo, devido à paralisia que a falta de uma Ciência em salutar desenvolvimento lhe imporá. A fragilidade da existência humana, o reconhecimento do mínimo existencial são sintomas do temor humano. O ser humano sobre ameaças em razão do desenvolvimento desmesurado das técnicas biomédicas.

Esse ganho inquietante merece reflexão profunda e uma resposta idônea do Direito que o leva a justificar em nível constitucional a bioética, reconhecendo o respeito às pessoas, a beneficência, a justiça que representam os princípios fundamentais da Bioética. A partir dessa constatação é possível afirmar que a biotecnologia pode ser considerada uma das principais fontes de vulnerabilidade dos direitos fundamentais da pessoa, inclusive da própria vida. Em face disso, é lógico que a Constituição se ocupe de tal assunto, a despeito de outras normas especiais tratarem da matéria. A dignidade, fundamento da proteção do ser humano, deve servir de base para a ordenação da segurança e garantia constitucional do ser humano, e é por essa razão que a dignidade é tratada de modo especial nas constituições do mundo. Contudo, há posições favoráveis e contrárias ao tratamento constitucional das questões referentes à bioética. Os argumentos favoráveis podem ser assim resumidos: trata-se da garantia dos direitos à integridade do patrimônio genético dos povos. As questões de bioética

pertencem ao âmbito ético, mas principalmente jurídico; entram em jogo valores básicos da existência humana, tais como a vida, a identidade das pessoas, a liberdade de toda predeterminação por parte de terceiros. Os poderes que a tecnologia confere sobre os semelhantes e sobre o futuro mesmo da espécie, exigem indubitavelmente uma resposta jurídica do mais alto nível a fim de se proteger a dignidade humana.

Já no que se refere aos que adotam a postura contrária, seus argumentos redundam em tratamento jurídico extensivo a respeito da pessoa, a quem cabe voltar ao seu lugar de origem, ou seja, é matéria fundamental de direito civil. Também essa matéria muda muito; está sempre inovando, e fixá-la em normas constitucionais pode parecer inconveniente. No Direito comparado, pode-se verificar que os princípios bioéticos têm sido tratados em vários países, em dispositivos mais ou menos abrangentes ou explícitos. O limite à aplicação e utilização indevida de material genético humano consiste em promover garantia à identidade genética frente ao desenvolvimento, criação e uso das tecnologias (Equador) e na experimentação científica (Portugal, Ucrânia), proteção à identidade genética (Grécia). A negação a experimentos médicos ou científicos sem consentimento da pessoa é outra manifestação (Armênia, Bielorrússia, Croácia, Chechênia, Egito, Eslovênia, Estônia, Fiji, Guatemala, Lituânia, Paraguai, Rússia, Argentina – Santa Fé, Polônia, África do Sul, Turquia, Venezuela, Zimbábue). Todas as pessoas serão protegidas das intervenções biomédicas (Grécia). A preservação da integridade do patrimônio genético do país é de suma importância em virtude de seus desdobramentos; cidadãos pertencentes a países da América latina sem o devido acompanhamento e fiscalização, são seriamente prejudicados (Brasil, Equador) e se tem promovido a regulação da biossegurança dos organismos voluntariamente modificados (Equador). A proteção especial à reprodução humana é igualmente importante (Nicarágua, Portugal, África do Sul), proceder-se

controle das novas práticas de reprodução (Projeto Constitucional de Quebec) e vem-se assegurando igualdade de todos os filhos, inclusive dos procriados por assistência científica (Colômbia).

A promoção do direito de investigar a paternidade entra em discussão recorrente (Bolívia, Costa Rica, Cuba, Espanha, El Salvador, Guatemala, Honduras, Itália, Panamá, Uganda, Venezuela) e ainda se alcança o reconhecimento do direito a identidade biológica (Venezuela), de origem (Argentina – Buenos Aires).

A promoção da medicina tradicional tem ocorrido mediante sujeição a princípios bioéticos (Venezuela) e verifica-se que a regulação da prática médica (Washington) é proposta com vistas à efetivação imediata.

Tem se consagrado o respeito às gerações futuras (Argentina – Buenos Aires e Santa Cruz – Brasil, Japão, Noruega). Muito há que se zelar pela transnacionalização, pelo direito comparado e por todo o debate que se apresenta nesse contexto temático.

Vale lembrar que a Constituição Suíça de 1992 e, posteriormente, a de 1999 foram as precursoras na regulação da bioética. No Conselho Europeu de Nice, em dezembro de 2000, o Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão proclamaram a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, permitindo a todos os residentes na União Européia conhecerem rápida e facilmente os seus direitos.

Todos os direitos pessoais, cívicos e políticos, econômicos e sociais que são garantidos ao cidadão europeu, incluem também os direitos que visam fazer aos desafios decorrentes do progresso atual e futuro das tecnologias da informação e da engenharia genética. Vários são os documentos internacionais que tratam do tema: Declaração de Helsinki; Declaração de Bilbao; Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos; Tratado dos Direitos Humanos e Biomedicina; Declaração Bioética de Gijón (I Congresso Mundial de Bioética); Carta de Direitos em



Genética (Conselho para uma genética responsável); Declaração Ibero-Latino-Americana sobre Direito, Bioética e Genoma Humano (Manzanillo – 1996; Buenos Aires – 1998 e Santiago – 2001).

### 2.3. A família definida pelo poder do afeto

O vínculo familiar horizontal tem seu eixo no afeto existente entre seus partícipes, os quais só o são por esse vínculo. O legislador, com efeito, ao executar o projeto social global patrimonialista, atribuiu os efeitos derivados da constituição da família apenas para aquela matrimonializada, discriminando a família de fato. Diante da busca em se traçar o conteúdo do direito fundamental ao afeto, importante lembrar, mais uma vez, “[...] não existirem direitos fundamentais por natureza, uma vez estarem eles interligados a uma concepção circunscrita histórica e regionalmente” (HOGEMANN, 2013b, p. 9).

A despeito da filiação, o sistema original das codificações alimentava a insegurança em tema de paternidade legítima, através de um jogo de ficções legais, que levava em consideração o início e o fim da convivência com o marido. Julgava-se muito simples aferir a filiação legítima, que dealbava de longe como a desejável por inserir-se dentro do modelo familiar então admitido: casamento e nascimento dentro de certo espaço de tempo depois do início ou do fim da convivência marital.

O Direito Civil clássico abrigava tendência, justificada pela necessidade de segurança jurídica, para o uso de tipos legais que fossem instantaneamente aferidos, e por isso tornassem clara a existência de vínculos familiares, tendo em vista a necessidade de segurança — *rectius*, clareza, certeza — nas relações patrimoniais. Era de todo desejável — e de certa forma ainda hoje o é, só que em menor grau — saber exatamente a quem pertencia cada bem disponível para poder fazê-lo circular por entre as pessoas através de relações jurídicas. O direito fundamental ao afeto comporta-se de modo singular. As relações familiares e sociais do mundo dos dias atuais privilegiam o amor em detrimento de um patrimonialismo desmedido, observado em outras épocas. A atitude

altruísta clama ser referendada pelo ordenamento jurídico, como extensão e materialização da dignidade da pessoa humana (HOGEMANN, 2013b, p 9).

Ao considerar a maior importância atribuída à proteção à pessoa humana, os conceitos jurídicos dos respectivos vínculos familiares — tanto horizontal, quanto vertical — ganham uma maior flexibilidade para incluir situações que antes estavam à margem do Direito, no campo do não jurídico, no campo do fático. Vale portanto, transcrever o seguinte ponto de vista:

É possível afirmar que existem questões onde ainda não existe verdadeiro consenso moral. Diferente do individualismo, que é característica inerente ao comportamento social há muitos séculos, e seu conceito encontra-se amplamente difundido, o afeto ainda está em processo de inserção no elemento ético da pessoa humana, às vezes possuindo identidade própria, às vezes sendo mera faceta de um individualismo desfigurado (HOGEMANN, 2013b, p 9-10).

A necessidade maior, a diretriz, é não mais ter certeza da titularidade, mas sim a de proteger, através das normas de Direito das Famílias cada um dos seus membros, nesse local privilegiado para o desenvolvimento das personalidades individuais. É certo que o ser humano constrói-se a partir de suas várias dimensões, quais sejam: família, vida social, patrimônio, dentre outras. Hodiernamente tem-se entendido que todas essas dimensões são estruturadas por meio do valor jurídico afeto. Assim, o homem para ser digno necessita que o afeto seja reconhecido como valor inerente a sua condição humana e, desta forma, corresponde a um verdadeiro direito fundamental, que uma vez desrespeitado ensejaria uma necessária reparação. Partindo da premissa, anteriormente defendida, é possível visualizar a presença do valor afeto nas variadas manifestações humanas. Na construção de uma família o afeto é imprescindível, em respeito à autonomia da vontade dos seres que a compõem. (HOGEMANN, 2013b, p 9-10).

O caráter indispensável do afeto na construção do vínculo familiar confirmou a tendência despatrimonializadora enquanto *lumen* da concepção das novas famílias e, portanto do próprio novo Direito das Famílias. Outro ponto importante já suscitado diz respeito à isonomia em que o afeto afasta a sobreposição dos gêneros. Ele divide a responsabilidade, aumenta a cumplicidade ensejando características, embora não necessariamente constituintes das famílias.

O processo de renovação social que não denota evolução, isto é, de um ser biologicamente superior, mas reexaminador de suas atitudes e interpretações da *realidade* está em curso, com toda a certeza; É uma dinâmica que, notadamente no Direito das Famílias, é empreendida por segmentos diversos da mesma sociedade que naturalmente pode ensinar. Nesse sentido, o direito à afetividade ou ao afeto é um direito fundamental no tocante à estruturação da entidade familiar. O que se percebe é a liberação de todo vínculo a um formalismo exacerbado, que segregava socialmente alguns indivíduos. Não subsiste, dessa maneira, hierarquia entre filhos, distinções entre sexos ou pré conceitos de qualquer espécie. O sujeito, a partir da nova perspectiva ora apreciada, passou a escolher a forma de constituir sua família, sendo tal escolha sempre pautada no afeto (HOGEMANN, 2013b, p. 10).

Ainda reafirmando o papel da entidade familiar, cumpre sublinhar que é ela que presente está em todas as etapas do referido processo, mesmo a despeito da obsolescência das categorias, ou do desaparecimento das mesmas, da coisificação do ser. Isso se registra porque os laços entre pessoas ainda se constroem, não obstante as hipóteses de manipulação para tanto. É de se perceber a vinculação que a referida doutrinadora faz entre direito civil e direito constitucional, dentro da leitura civil-constitucional do ordenamento jurídico brasileiro. O princípio da isonomia ganhou caráter normativo, fazendo com que uma nova ideologia acerca de família surgisse: a

família constituída por meio do afeto. Tornou-se irrelevante perquirir se a família foi formada por meio do casamento, da união estável entre pessoas de sexos opostos ou entre pessoas do mesmo sexo, de um simples namoro ou da adoção realizada por uma pessoa solteira (HOGEMANN, 2013b, p. 10).

Sobrevive a família em seus variados conceitos, permanecendo o afeto reconhecido e amparado em norma fundamental que convoca todo ordenamento jurídico à integração, notadamente nesse sentido, enlevando ainda seu valor e princípio. Conceitos que não se confundem, ambos a revelarem igualdade de importância e a produzirem impacto normativo e jurídico.

O princípio da solidariedade social tem previsão constitucional, substituindo a perspectiva individualista garantida pela legislação infraconstitucional. Desta sorte, é possível constatar a solidariedade em seu aspecto social e, também, em seu aspecto jurídico, ambos orientados pelo afeto. Com isso, as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito de ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza (HOGEMANN, 2013b, p. 10)

O contexto social, cumpre frisar, não requer expressões de humanidade delineadas na solidariedade unicamente por ideário. Pode também ser alimentada por ideias, mas é concretamente verdadeiro que sem tal solidariedade não se sustenta. Não há como um mundo civilizado compor vida sem cumplicidade, presumindo no seu interior que a ação de um indivíduo não afetará outro e assim por diante. Tudo isso termina por incidir sobre o ambiente interno da família, como também sobre o que dela decorre. A primeira convivência em um ambiente presumidamente amável, fraterno e acolhedor possui mais chances de conceber pessoas mais resistentes ao insólito mundo passivo de brutalidade e barbárie.

A solidariedade está consubstanciada na premissa exposta acima, pois se todos fossem iguais não haveria necessidade em se utilizar o afeto para lapidar comportamentos. O que o direito faz é possibilitar a coexistência pacífica das diversas concepções de vida, a partir de suas peculiaridades, em respeito à dignidade humana que é universal. [...] O afeto social busca exatamente mediar as possíveis tensões existentes na estruturação da vida do ser relacional, diante da paradoxal pluralidade apontada pela filosofia (HOGEMANN, 2013b, p. 11).

O motivador dessa solidariedade, portanto, tem seu fundamento na afetividade. A estranheza que o mundo apresenta em inusitados momentos, não raro, desperta reação sintomática e bastante contundente, isto é, proporcionalmente belicosa e rude. Nesse preciso instante é que se pode verificar a possibilidade de ação ponderada pelo referido motivador da solidariedade. Isso ocorre no âmago da sociedade, vale dizer, no seio da família. Em contrapartida o contrário também é possível, ou seja, a realidade no interior da entidade familiar ser eivada de conflitos, e o afastamento da humanidade que continua a ter o anseio de viver gregariamente, pode ensejar iguais ou ainda maiores conflitos no âmbito social.

Filosoficamente, a pluralidade humana é considerada a paradoxal pluralidade de seres singulares, uma vez que se fossem diferentes, os homens não seriam capazes de compreender-se entre si e aos seus ancestrais, nem de prever as necessidades das gerações futuras. De outra sorte, se fossem iguais, os homens dispensariam o discurso ou a ação para fazerem-se entender, pois com simples sinais poderiam comunicar suas necessidades imediatas e idênticas (HOGEMANN, 2013b, p. 13).

As problemáticas já se fazem presentes na vizinhança, na escola, no trabalho, em encontros sociais – quando se é sociável.

A estruturação da vida relacional, portanto, inevitavelmente atravessará tais questões para se estabelecer. E, por motivação como esta, não poderá julgar à responsabilidade de entender o afeto como constituinte indispensável à vida em sociedade .

O afeto deve ser cogitado, em um mundo social que se quer formado pela diversidade. O respeito à diversidade não pode ser visto como algo meramente formal, através de normas ineficazes e frias, distanciadas, pois, da vida real. Ao contrário, o respeito à diversidade perpassa por um comportamento, ou seja, pelo fato de não ver o outro como outro em si, mas sim como parte do mesmo (HOGEMANN, 2013b, p. 13).

O outro polo deve considerar todo o empenho do Direito em contribuir para a coexistência pacífica. Com efeito, o ordenamento jurídico é o Estado empenhado em viabilizar a sociedade e a pessoa a despeito das tradicionais teorias que admitem ou refutam a existência da natureza humana e, se existente, má desde a sua origem ou contaminável pelo meio, ou seja, reconhecem que o homem é lobo do homem ou que todo homem nasce bom.

O ordenamento jurídico, no presente contexto, precisa acolher a diferença como pressuposto de elaboração de um discurso e de uma efetivação inclusiva, a partir de uma análise antropológica, dissociada do individualismo (HOGEMANN, 2013b, p. 13).

O tema do afeto é também objeto da nova dogmática constitucional inserta no neoconstitucionalismo<sup>29</sup>, na medida em que esta se propõe a integrar decisivamente papel e significado dos membros da entidade familiar independentemente de gênero, origem, etnia, crença e qualquer outra forma de expressão que possa ser objeto de repúdio ou pejoração por quaisquer dos constituintes da entidade referida. Admite-se

---

<sup>29</sup> A nova interpretação constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica. Tal circunstância é uma decorrência natural da força normativa da Constituição, isto é, do reconhecimento de que as normas constitucionais são normas jurídicas, compartilhando de seus atributos. Porque assim é, aplicam-se à interpretação constitucional os elementos tradicionais de interpretação do Direito, de longa data definidos como o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico. Cabe anotar, neste passo, para adiante voltar-se ao tema, que os critérios tradicionais de solução de eventuais conflitos normativos são o hierárquico (lei superior prevalece sobre a inferior), o temporal (lei posterior prevalece sobre a anterior) e o especial (lei especial prevalece sobre a geral). Sem prejuízo do que se vem de afirmar, o fato é que as especificidades das normas constitucionais levaram a doutrina e a jurisprudência, já de muitos anos, a desenvolver ou sistematizar um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional. Tais princípios, de natureza instrumental, e não material, são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais. São eles, na ordenação que se afigura mais adequada para as circunstâncias brasileiras: o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade (BARROSO, 2006, p. 24-25).

que o neoconstitucionalismo impõe ao intérprete a análise da importância da Corte Constitucional brasileira, que passa a ocupar papel de destaque dentro do Estado Democrático de Direito. Diante da premissa de que a origem do direito é o fato social, e da compreensão de que o Direito é ciência social aplicada, a apropriação metodologicamente correta acerca da função da referida corte torna-se necessária; “ a fim de se evitarem pré-compreensões equivocadas, que possuem em seu bojo o mal da contaminação subjetiva” (HOGEMANN, 2013b, p. 13).

A compreensão mais introdutória do neoconstitucionalismo que deve incluir a limitação do poder do Estado por afirmação democrática em resposta a marcos históricos, filosóficos e teóricos, consubstancia-se na definição dos direitos fundamentais. A Constituição assume uma finalidade precípua, já que não comporta apenas os meios procedimentais para deliberação política dos cidadãos, bem como define a estrutura básica do Estado e os princípios sociais relevantes, tomando para si a tarefa de transformar a realidade social circundante, a partir da obrigação postulada pelo próprio neoconstitucionalismo, qual seja, a de construir um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Dessa sorte, o poder judiciário deve assumir o papel de intérprete habilitado a fim de reconhecer os valores que consubstanciaram a formação dos textos constitucionais. (HOGEMANN, 2013b, p. 17)

O pensamento exposto expressa com clareza o precípua escopo constitucional de uma nova realidade jurídica da norma fundamental que, hodiernamente e no caso brasileiro, conta ainda com um guardião, a saber, o Supremo Tribunal Federal. Ciente da estrutura apresentada, o Supremo Tribunal Federal, diante do direito fundamental ao afeto, buscou uma solução adequada e ajustada à Constituição Federal, dentro de uma construção principiológica baseada no elemento hermenêutico. Assim, a jurisdição está encarregada da aplicação das normas constitucionais dentro do Estado Democrático,



com a finalidade de concretizar o ordenamento jurídico, sem, no entanto, realizar atravessamentos interpretativos; muitos destes decorrentes de um ativismo judicial irracional, desatento, pois, à coerência e à integridade do sistema (HOGEMANN, 2013b, p. 17).

A responsabilidade advinda da interpretação de casos difíceis em todo risco da judicialização da política sugere um longo caminho, e o afeto está presente como elemento diferenciador.

A eugenia pode ser definida como a ciência que busca produzir uma seleção nas coletividades humanas, baseada em leis genéticas; ou seja, visa ao aperfeiçoamento da espécie humana via seleção genética.

A noção de eugenia é tão antiga quanto a formação da sociedade. Os gregos já se utilizavam da eugenia, mesmo sem o conhecimento científico, ao atirarem do desfiladeiro as crianças defeituosas. Aristóteles, por exemplo, tratou da questão quando sugeriu a exposição das crianças disformes quando do seu nascimento ou aborto; na Babilônia, a Rainha Semíramis fazia castrar os jovens defeituosos.

Em 1883 se registra o uso do termo primeiro do termo eugenia, compreendendo a distinção entre eugenia negativa e positiva. A eugenia negativa tem por objetivo impedir os homens (julgados inferiores) de se reproduzirem; em termos de genética, isso implicaria reduzir a frequência dos genes patológicos na população. Já a eugenia positiva pretendia encorajar os elementos *sãos* ou julgados superiores a se reproduzirem; em termos genéticos, objetiva-se aumentar a frequência das características genéticas *desejáveis* na população.

A eugenia, no contexto científico, terminou por associar às teorias de hereditariedade e evolução; no contexto social atenta-se uma preocupação com a

degenerescência da espécie humana. Aliadas a isso, as teorias de hibridação de Mendel fizeram nascer a ciência genética.

As práticas eugênicas encontraram sustentação na seguinte premissa: se os criadores de animais, praticando nestes a seleção artificial, obtêm excelentes resultados, a raça humana pode ser melhorada da mesma forma.

Em 1912 e 1921 foram realizados Congressos Internacionais sobre Eugenia, cabendo esclarecer que este último, promovido em Nova Iorque inspirou a sociedade norte americana a fazer pressão sobre os juristas para que adotassem leis eugênicas. As medidas revelavam duas posturas: a primeira relativa a normas de exclusão social; e a segunda concernente a procriação.

As leis voltadas à exclusão social previam a restrição de imigração, o internamento dos anormais e a eutanásia. Em 1906, o Parlamento de Ohio aprovou a 1ª Lei sobre eutanásia. Na Europa tentou-se adotar essas medidas, mas somente a Alemanha nazista as levou a cabo.

A procriação era disciplinada por normas relativas ao casamento que dispunham contra o casamento de alienados; consagrou-se a exigência de certificado pré-nupcial, visando eliminar contaminação venérea, e outras normas definiam previam a definição de políticas familiares e sociais. Ainda no tocante às leis referentes à procriação vale sublinhar que foram aprovadas regras sobre o aborto eugênico e a esterilização eugênica - esta última incondicionalmente aprovada, primeiro nos EUA, Canadá, Suíça, países Escandinavos e Alemanha nazista. No período de 1907-1940, 33 Estados americanos tinham adotado, via legislação, medidas de esterilização.

Na Alemanha, em 1920, foi publicado um artigo do jurista Karl Binding e do psiquiatra Alfred Hoche sobre a *Destruição da vida não merecendo ser vivida*. Adolf Jost publicou artigo sobre direito à morte introduzindo o conceito de “vida negativa”,

justificando a eutanásia. Em 1932, com a ascensão do Partido nazista nas eleições legislativas, é votado projeto de lei sobre esterilização e sobre a interrupção eugênica da gravidez em 1933, aprova-se lei sobre prevenção da transmissão de doenças hereditárias, por meio da esterilização e do extermínio em campos de concentração. Em 1935 é aprovado um conjunto de leis sobre *Cidadania do Reich*; neste se referia expressamente aos judeus e ciganos, e só reconhecia como cidadãos alemães indivíduos de pura ascendência ariana; a lei concernente a de proteção do sangue e da honra alemã, que proibia os casamentos e as relações extraconjugais entre judeus e cidadãos alemães; e aquela que versava sobre a da proteção do patrimônio genético do povo alemão, proibia casamento de portadores de taras hereditárias.

É importante ressaltar que essas leis tiveram ampla aceitação popular, inclusive dos próprios judeus. Diante disso, pode-se dizer que havia um verniz de juridicidade, já que as medidas ganhavam validade por meio de leis e eram legitimadas socialmente.

As considerações derradeiras acerca desse tópico não excluem o berço constitucional do afeto.

A Constituição representa uma infundável série de escolhas, o que enseja questionamentos sobre se deve ser vista como um texto, uma intenção, uma ordem de deduções estruturais ou uma série de premissas políticas e morais.

A Constituição de 1988 traz consigo, como já é sabido, valores solidários e igualitários, sedimentando uma nova face do Direito das Famílias. O art. 226, *caput*, do texto constitucional, ao estabelecer que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado, reconhece a importância do organismo familiar para a formação e manutenção da sociedade, valendo salientar que o modelo unitário da família matrimonial foi ampliado para vários (plurais) modelos de famílias que não se esgotam no rol previsto constitucionalmente.

Sem família não há sociedade, daí especial proteção que o Estado deve dar às famílias, não mais consagradas como instituições independentes, mas em razão da tutela das pessoas humanas que as integram, independentemente do modelo escolhido ou existente.

A entidade familiar passou a ser o meio de realização da dignidade e das potencialidades de seus membros. Assim, a efetividade das normas constitucionais implica a defesa dos organismos sociais e familiares, que cumprem o seu papel maior.

A afetividade, no entanto, não está previsto de forma expressa no ordenamento jurídico, mas a Constituição Federal, ao estabelecer a pluralidade das entidades familiares, reconhece a afetividade como base da família. A afetividade, como elemento formador da família, deve se adaptar aos anseios do ser humano e acompanhar suas transformações.

O afeto desempenha, então, papel imprescindível para a fundamentação da formação das famílias, sendo capaz de explicar a necessidade do pluralismo das entidades familiares identificável na sociedade contemporânea.

A despeito da possibilidade de algum doutrinador subestimar sua importância de vale salientar que um dos fulcros constitucionais que albergam o *princípio da afetividade* se encontra no art. 226 §8, da Constituição Federal, do momento em que assimila o marco ora tratado da nova família, com contornos diferenciados, pois prioriza a necessidade da realização da personalidade dos seus membros, ou seja, a família-função, em que subsiste a afetividade que, por sua vez, justifica a permanência da entidade familiar.

A liberdade de afeiçoar-se um ser ao outro é muito semelhante à liberdade de contratar um com outro. Essa analogia entre afeição e contrato serve para um fim justo: mostrar que, como ocorre na liberdade de contratar, também a liberdade de afeto é um

direito individual implícito na Constituição Federal de 1988, - o parágrafo 2 do art. 5 não exclui direitos que, mesmo não declarados, decorram do regime e dos princípios por ela adotados.

Ambas as liberdades são inerentes ao relacionamento social. Se negadas – ou tolhidas – isso resulta na desfiguração do Estado Democrático de Direito e das liberdades – ainda que não declaradas expressamente –: significa renegar o regime e aos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito destacado pelo art. 1 da Constituição.

Corolário de todas as transformações e princípios foi o reconhecimento de que, acima de uma realidade formal, a família deve cumprir uma função social, permitindo a plena realização de seus membros, em prol de toda a sociedade.

Ainda, o dever de convivência valorizou o afeto nas relações familiares, uma vez que assumiu relevância jurídica e se expressa, por exemplo, na exigência da *affectio maritalis* (como decorrência do sentimento recíproco de amor entre o casal) e no reconhecimento da paternidade socioafetiva, na qual o vínculo sentimental entre pais e filhos pode, muitas vezes, se sobrepor às relações de consanguinidade. A família, a partir de agora, passa a ser um núcleo socioafetivo que transcende a mera formalidade.

Como se vê, o modelo único e tradicional de família, o matrimonializado, no qual se baseia as antigas funções da família (econômica, política, religiosa e procriativa), perde seu espaço para os atuais vínculos familiares que se fundamentam na afetividade para o desenvolvimento pessoal de cada um dos envolvidos na relação.

De acordo com tal raciocínio as famílias se constituem, de um modo geral, na atualidade, com base em sentimentos de amor e solidariedade com propósito de serem preservados os laços afetivos de atenção, carinho, cuidado e proteção dos parceiros e da prole, buscando a realização de projetos de forma compartilhada.

Assim, a família se forma através do afeto e transforma seus seres a partir do afeto. Dessa maneira, são as relações familiares que despertam o entendimento baseado na compreensão e no carinho.

O amor (afeto) em suas várias formas é visto pelos filósofos de dois modos: como unidade e identificação total entre dois seres, e como troca recíproca entre seres individuais e autônomos. Sob esta última perspectiva, a troca recíproca, emotivamente controlada, de atenções e cuidados tem por finalidade o bem do outro como se fosse o seu próprio.

Famílias são sistemas sociais complexos – ou seja, redes de relacionamentos recíprocos e alianças que estão constantemente evoluindo e que são muito influenciadas pela comunidade e pela cultura. Além do que, a abordagem sistêmica da família reconhece que os pais influenciam seus filhos, assim como as crianças influenciam o comportamento e as práticas educacionais de seus pais.

Dessa forma, considerar a família como sendo um sistema é considerar que as interações entre quaisquer dos membros (nuclear e/ou extensa) provavelmente serão influenciadas pelas atitudes e comportamentos dos outros.

Assim, as interações redundam em efeitos diretos ou indiretos, dependendo da instância em que se deu a interação. Pois os efeitos diretos são frutos das interações de dois ou mais membros da mesma família, ao passo que os efeitos indiretos provêm da interferência de um terceiro membro familiar.

No mesmo sentido, a síntese do entendimento consiste em que até mesmo a mais simples das famílias é um sistema social verdadeiro e muito maior que a soma de suas partes. Não apenas cada membro familiar influencia o comportamento de todos os outros mas também a relação entre dois de seus membros pode afetar a interação e as relações entre todos os outros membros. Por essa razão é que o instituto familiar

merece tamanha dedicação de estudo e análise, sempre priorizando o seu maior bem a ser preservado: o afeto.

Nas relações familiares o afeto cumpre papel também integrador. Desde a primitividade o afeto está intimamente ligado ao sentido de família. O direito ao afeto é a liberdade de um indivíduo afeiçoar-se ao outro. O afeto ou afeição constitui, pois, um direito individual: uma liberdade que o Estado deve assegurar a cada indivíduo.

A extensão das partes é sublime, num movimento divino, sempre com a intenção de eternizar o amor através da vontade de perpetuação de uma vida coberta de permanente afeto. Mesmo com a intervenção do Estado no ditame dos deveres comuns das sociedades familiares, o afeto se integra, e sem ele não existiria o elemento fundamental da intenção volitiva para a formação da família.

O ser humano enquanto ser social deve ser visto em seu aspecto individual, bem como, em seu aspecto social, sendo a família o primeiro e privilegiado núcleo de integração social.

Uma família que experimente a convivência do afeto, da liberdade, da veracidade, da responsabilidade mútua, haverá de gerar um grupo familiar não fechado egoisticamente em si mesmo, mas sim voltado para as angústias e problemas de toda a coletividade, passo relevante no sentido da correção das injustiças sociais.

A renovação saudável dos vínculos familiares, estruturados na afeição concreta e na comunicação não opressiva, produzirá número muito menor de situações psicopatológicas, originadas de ligações inadequadas, quer pela dominação prepotente, quer pela permissividade irresponsável.

Sob o enfoque da psicologia tradicional, pais carinhosos e sensíveis, que normalmente conversam com seus filhos e tentam estimular sua curiosidade,

contribuem de modo positivo para o estabelecimento de apegos emocionais seguros e para a sociabilidade.

Nesse sentido, é a partir da formação da estrutura familiar, sob o modo de como interagem seus membros, que é formada a interação afetiva. Assim, o afeto que constrói a família atual, constitucionalizada, também transforma seus membros e serve de combustível crucial para gerar afeto aos novos membros da família.

A família, por sua vez cumpre papel relevante no desenvolvimento do afeto. Se hoje se considera que as trocas afetivas na família imprimem marcas que as pessoas carregam a vida toda, definindo direções no modo de ser com os outros afetivamente e no modo de agir com as pessoas, e que esse ser com os outros, aprendido com as pessoas significativas, prolonga-se por muitos anos e frequentemente projeta-se nas famílias que se formam posteriormente, é conveniente esclarecermos que a família, principalmente fundada nas relações de afeto e de amor, constitui elemento chave para a formação de indivíduos equilibrados e desenvolvidos emocionalmente.

O papel da família assume, pois, significado incontestável para o desenvolvimento sadio da criança. *Uma família centrada no afeto* (grifo nosso), seja qual for a sua composição externa, saberá lidar com os problemas da vida moderna e com as frustrações psicológicas que a todos alcançam, para administrá-las com equilíbrio.

O tratamento carinhoso e respeitoso é, sem dúvida, o que melhor atende ao interesse da criança e do adolescente. Assim, na falta do carinho, do afeto e do respeito, nega-se um direito fundamental à criança e prejudica-se sua personalidade. O afeto é elemento importante na formação da personalidade saudável. Ressalta a professora de psicologia Paula Inez Cunha Gomide que a negligência é caracterizada pela desatenção, pela ausência, pelo descaso, pela omissão ou, simplesmente, pela falta de amor. Por sua



vez, a figura de pai e de mãe para uma criança é aquela com que ela tem relações sentimentais, são as mãos que a acariciam. É o afeto que se coloca na boca, no coração, nos gestos etc, é o que chamamos de amor.

Pode-se dizer que existem dois momentos referentes à filiação: um fisiológico, que determina a filiação biológica, e um psicológico, que determina a filiação afetiva, sendo esta decorrente do fato de a criança se sentir segura e desejada. Os próprios pais biológicos podem ser os que atendam as necessidades psicológicas, mas, quando estes são ausentes e não estabelecem vínculos com a criança, são para os sentimentos dela simplesmente estranhos.

Um cuidador carinhoso e sensível é a dimensão mais influente da parentalidade durante a infância além de estimular o funcionamento psicológico saudável durante a época de desenvolvimento, constrói bases para experiências futuras.

Não apenas no direito, mas em praticamente todas as áreas do relacionamento humano, há uma crescente compreensão acerca do acolhimento do afeto como linguagem integrante da condição humana. Na área educacional, a afetividade possui ingerência constante no funcionamento da inteligência do ser humano, estimulando-o ou perturbando-o, acelerando-o ou retardando-o. Com efeito, para Vygotsky, a linguagem afetiva atua na construção das relações do ser humano a partir de uma perspectiva pessoal, social e cultural. No modo de ver de Jean Piaget a afetividade seria como a gasolina, que ativa o motor de um carro; em outro momento, argumenta que a afetividade é a energética da ação e, de modo mais enfático, que a afetividade e a inteligência são, assim, indissociáveis constituem os dois aspectos complementares de toda conduta humana.

Por esse motivo é, que se diz que o afeto é arte, canto, poesia, sabedoria, linguagem, educação, conhecimento, inteligência, saúde, felicidade, liberdade, enfim,

afeto é o tempero da vida e o portal para a construção da personalidade da pessoa humana. Daí a importância da família instituída no afeto.

### 3 PERSPECTIVAS JURÍDICO-SOCIAIS E AFETIVO- FAMILIARES NO CENÁRIO ATUAL

#### 3.1 O paradigma familiar e a função social do Direito repersonalizado

O Direito de família tradicional apresentava, como já mencionado, teor fortemente patrimonialista. As inspirações jurídicas ou tentativas de interpretação mais hodierna desvelam um fenômeno denominado de repersonalização, que evidencia o interesse pessoal e humano, isto é, não venal ou de bens materiais. Está fundado no afeto. Ele é o aglutinador nuclear e preponderante de um novo horizonte das relações familiares. É a restauração da primazia da pessoa nas relações familiares pelo que é não pelo que possui como contribuintes afirmadores diretos de afetividade e dignidade.

O novo paradigma repersonalista ingressante no Direito das Famílias possibilitou a transição nodal da concepção de família como unidade econômica para uma igualitária entidade centralmente preocupada com o pleno desenvolvimento de seus membros. Essa nova configuração, fundada no afeto evidencia também um espaço privilegiado no qual os seres humanos que a constituem completem e se completem. 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. Ocorre a substituição, 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; no entanto, 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 afetividades (VILELLA, 2010, p.11).

O aconchego do lar conjugal e o paradigma do mútuo respeito emocional em tradução às preocupações psicofísicas e éticas não protocolares de pura relação, mas por animação da pessoa interior, motivam uma releitura da unidade familiar, não obstante a pluralidade potencial do Direito das Famílias. As transformações identificadas no necessário diálogo entre a Constituição e os demais ramos do Direito não escapam ao Direito Civil – legislação ordinária de importância nuclear no dia a dia de cada pessoa desde a vida intrauterina ou pré-conceptural até seu *post mortem*. Elementos doutrinários, legislativos, existenciais de âmbito geral no Direito Privado passam por um constante processo de comunicação com o Direito das Famílias, e também se reconhecer que a repersonalização do Direito guarda íntima relação com o mencionado processo. Nesse sentido, relembra-se citação. Assim, na medida em que o Direito Civil, ao superar a ótica patrimonialista adotando uma dinâmica de valorização da pessoa humana, como titular de direitos personalíssimos, num movimento de repersonalização, chega como consequência direta à conclusão segundo a qual violar qualquer dos direitos da personalidade importa necessariamente em afronta à dignidade. Sob tal prisma de entendimento, mesmo a proteção da propriedade revela-se como forma de garantir a dignidade da pessoa humana. O direito à identidade, à liberdade, à igualdade, à existência, à segurança, à honra, à vida privada e ao desenvolvimento da personalidade, bem como “os bens jurídicos da vida, do corpo, do espírito e da capacidade criadora, todos se encontram representados na dignidade, o próprio cerne de cada preceito constitucional relativo aos direitos da pessoa humana” (HOGEMANN, 2012b, p. 13).

A família é o primeiro ambiente onde a pessoa vive sua constituição enquanto *ser-no-mundo* e *ser-com*, afastando a possibilidade de que sua natureza gregária seja sufocada pela perspectiva individualista e patrimonialista do mundo contextualmente gélido nas relações humanas. O risco de ultrapassagem de limites relacionais que

deveriam conferir primazia às orientações do afeto é minorado quando o afeto ingressa no seio das relações pessoais. Para além de qualquer gênero e possibilidade de sobreposição o afeto pressupõe igualdade, respeito, solidariedade, dignidade e todos esses elementos estão presentes na lei maior como inegociáveis e, em termos civis reconhecidos como, personalíssimos. Outra importante alteração do novo Código Civil foi a substituição do próprio título do Capítulo II, que antes era “Da Filiação Legítima”, e agora, com maior amplitude, corresponde simplesmente a “Da Filiação”. Verifica-se, portanto, a grande influência do dispositivo constitucional que afasta qualquer designação discriminatória em relação à filiação no Brasil (art. 227, § 6º, da CF/1988), reproduzindo o art. 1.596 do Código Civil o teor do texto constitucional. Mais adiante o novo diploma revisa os preceitos relativos à contestação do marido em relação à legitimidade do filho nascido da mulher, adequando tal entendimento à jurisprudência dominante do país (HOGEMANN, 2012b, p. 13).

A repersonalização, portanto, incide sobre o Direito Civil e, mais especialmente, o familiar, que, como já enunciado, não se detém ou se orienta por um paradigma patrimonial, constituindo a principal mudança na lei ordinária; ratifica decerto o diálogo harmonioso pretendido entre a lei maior e a infraconstitucional de importância integral quanto à vida de cada pessoa nos termos de todos os atos da vida civil, bem como no âmbito de sua existência como um todo. Nasce então também um desafio posto aos juristas, notadamente no que concerne ao Direito de Família. É a tarefa de aprofundar-se em seus conhecimentos para compreender a pessoa em sua dimensão ontológica. Tal missão é de elevado grau de dificuldade, dadas as condições de formação geral de um Estado com as raízes históricas que tem o Brasil. Para tanto, bastaria indagar quem foi o fundador da ontologia do mundo ocidental, seu conceito, o que pretendia entender, propor ou enunciar. Ou, se possuísse tal informação a pergunta seguinte poderia ficar sem

resposta, isto é, se já leu o poema de Parmênides – documento oficial de fundação da ontologia ocidental, naturalmente escrito pelo pai da referida ontologia.

A cultura jurídica no cenário nacional não é homogênea. E com tal afirmação não se pretende dizer que há privilégios acadêmicos. O que se passa nesse quadro é a ausência de informações fundamentais para construir um pensamento jurídico sólido, consistente e que, ao se deparar com o afeto, não se limite a prisma o afeto como mera fabulação emocional circunstancial e dispensável, mas sim como constituinte decisivo da pessoa humana, cuja integridade, se ferida, pode produzir efeitos extremamente danosos ao ser já amadurecido ou em formação. Os sujeitos são muito mais do que meros titulares de bens. Sua importância como humanos não pode depender de sua condição econômica. Nos termos da filiação, quando, nas famílias, um dos pais fica com a criança, o critério não é unicamente econômico. É crucial identificar se haverá afeto na relação para que seja concedido o pedido. 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.

A repersonalização das relações familiares significa, antes de tudo, que os interesses da pessoa humana sejam muito mais valorizados do que o patrimônio o que detenha. A tendência pós-contemporânea de ver a família na perspectiva das pessoas que a integram, e não de seus patrimônios, para regulação de seus direitos, constitui o já então conhecido fenômeno que apropriadamente se denomina repersonalização. É na pessoa, enquanto tal, que reside à dignidade humana. Será possível perceber que a

dignidade humana possui natureza axiológica, já que representa um princípio jurídico fundamental, e mais, um verdadeiro atributo da personalidade humana, cujo conteúdo se espalha pelo complexo constitucional nutrindo o sistema, fornecendo o parâmetro de validade das demais normas integrantes e deduzindo a raiz antropológica que conduz o homem como pessoa, cidadão, trabalhador e administrado. Importante destacar que, somente a partir da consolidação da ordem democrática, inaugurada pela Constituição Federal de 1988, é que, no Brasil, se construiu uma nova ideia acerca da tutela dos direitos fundamentais, muito mais adequada à dignidade da pessoa humana, que apresenta em seu conteúdo o afeto como verdadeiro valor jurídico, em um processo conhecido como repersonalização do direito (HOGEMANN, 2013b, p. 66-67).

A repersonalização das relações familiares traça um novo perfil ao Direito de Família, qual seja, o de conceder status constitucional de entidade familiar aos indivíduos que desejarem unir-se por laços de afeto, no desiderato de reformular molduras ultrapassadas engendradas pelo legislador, de cunho meramente patrimonial. Uma das consequências práticas da repersonalização é a adoção da concepção de família já existente na história antiga da humanidade, no Direito Romano, constituindo a idéia básica da família eudemonista - concepção essa reconhecida por outros ramos do conhecimento – ou seja, da família direcionada à realização dos indivíduos que a compõem. Busca-se tutelar não mais a família como ente transpessoal, vinculado à relação de produção e procriação, como outrora, mas sim como *locus* de realização pessoal, de caráter íntimo e afetivo dos indivíduos. O princípio da afetividade tem base constitucional; não se constituindo como uma petição de princípio, nem como fato exclusivamente sociológico ou psicológico. No que concerne aos filhos, a evolução dos valores da civilização ocidental levou à progressiva superação dos fatores de discriminação entre eles. A família projetou-se como grupo social fundado

essencialmente em laços de afetividade. Os termos do Direito hodierno caminham ao lado da função social que a lei deve enunciar, refletindo o espírito da lei do legislador igual propósito na realização da justiça atenta à composição na afirmação da sociedade civil<sup>30</sup> responsável pelo presente e pelo porvir, assumindo o bônus e o ônus da atual geração e da vindoura. Com efeito, para além de qualquer pontual manifestação de laços de sentimentos mútuos, a relação humana em que há amor ultrapassa o alcance visual a que propõe a lei.

Só a razão humana se não garante a si própria enquanto órgão de conhecimento ou de pensamento pressupondo sempre a sua atividade um prévio ato de *crença*, por um lado, na racionalidade do real e, por outro, na capacidade da razão para se apreender a si e para compreender a realidade. (TEIXEIRA, 2012, p. 155)

Importa compreender, para ilustração, que *o amor não faz mal ao próximo. De fato, o cumprimento da lei é o amor*: isso não configura lembrança do que o jurisconsulto em texto epistolar fala a determinado segmento de pessoas em Roma, mas de que não há ações temerárias nem tampouco reações às mesmas quando há afeto pelo semelhante, embora profundamente diversas as pessoas. Esse pensamento corrobora o entendimento de que a dignidade integra indissociavelmente a própria personalidade humana, reforçado pelo diálogo constitucional alimentando a retomada intuitiva-emocional da vida humana, cujo afã pela objetividade e racionalidade ofuscou o juízo. Admite-se que o juízo subjetivo requer muito mais profundidade para sua validade. Daí o velamento em pura racionalidade promotora de queda térmico-relacional, alegando-se que somente o julgamento objetivo é correto. O exame cuidadoso do histórico objetivo também apresenta fragilidade. Ao menos é um sujeito o enunciador do juízo e, portanto, igualmente refém da subjetividade, de modo que esta poderia ser objeto de

---

<sup>30</sup> Na aplicação da Lei atenderá o juiz os fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, como se pode identificar no art. 5º. da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.



mais profunda reflexão a fim de encontrar pontos de comunicação ao invés de fenecer receoso do potencial arcabouço de relativismos.

A soma de tais fatores reafirmada na atenta composição do texto constitucional, notadamente com respeito à tutela dos direitos fundamentais denota concretização das formas de solidificar a consolidar legislação no caminho do que esses mesmos elementos culminam – fenômeno denominado repersonalização do Direito – sendo considerado excelência do valor jurídico, entendendo-se que a lei foi feita por causa do homem e não o homem por causa da lei. Dentro do grupo das questões normativas é possível distinguir entre as questões ético-filosóficas e jurídico-dogmáticas e suas respectivas respostas. Trata-se de uma questão ético-filosófica quando se pergunta, independentemente da validade de um ordenamento jurídico-positivo, por que os indivíduos têm direitos e que direitos eles têm.

Uma resposta clássica a essa questão é a de Kant, segundo a qual *a liberdade (independente de ser coagido pelo arbítrio de outrem), desde que possa existir em conjunto com a liberdade dos outros com base em uma lei geral, é o direito único, geral e conferido a todos, e isso, por força de sua humanidade, o que, segundo Kant, é caracterizado pelo atributo do ser humano como ser racional* (ALEXY, 2013, p. 181). A cumplicidade enunciada por Robert Alexy reafirma a solidariedade que a sociedade guarda consigo, ainda que sutilmente, na obrigatoriedade a coexistência. A singularidade que o afeto propõe, é devida ao fato de que os laços que se mantêm pelo mútuo respeito civilizatório e sustentável não são unicamente formais, próprios do dever, como Kant brilhantemente argumentava em suas críticas à razão, ao juízo e à metafísica dos costumes, sem olvidar seu trabalho igualmente valioso sobre a paz perpétua. Assim, o trabalho desenvolvido pelo prussiano teve ressonância em Kelsen e em outros formalistas. Sobre essa ética já se havia posicionado Spinoza, e posteriormente Schopenhauer, Hegel

e, de modo curioso, Nietzsche na sua genealogia da moral como opúsculo à obra *Além do bem e do mal*. Foi, principalmente Spinoza que tratou dos afetos, mas de modo singular ao que simplesmente se opõe o kantiano. O entrelaçamento de Direitos apresentado como correlatos ao afeto até então cumprem um papel renovador e aperfeiçoador das relações humanas, familiares e civis. E nesse sentido Alexy é retomado em uma reflexão que enseja diversa postura da anterior. Um outro exemplo àquela questão é oferecido por Larenz: "*nós entendemos que a relação jurídica fundamental é o direito de alguém a ser respeitado por todos como pessoa e, ao mesmo tempo, seu dever em relação aos outros, de respeitá-los como pessoas [...]. Nessa relação, o 'direito' de uma pessoa é o que lhe cabe ou lhe é devido enquanto pessoa, e aquilo que os outros são obrigados ou vinculados a lhe garantir ou a respeitar* (ALEXY, 2013, p. 181, grifos meus).

A menção renovada aos Direitos fundamentais cumpre seu trabalho singular de reconduzir o conceito e o papel do Direito, bem como de seus atores na constituição da família e, conseqüentemente da sociedade. Naturalmente, há em seu conteúdo argumentos neoconstitucionalistas decorrentes de questões históricas, filosóficas e teóricas que, embora mencionado em nota de rodapé, não se faz necessário abordar mais profundamente por não pertencer ao objeto do presente estudo.

A repersonalização do Direito é, portanto, retorno à pessoa humana na sua dimensão mais ontológica. Do *ser enquanto ser* a despeito de toda circunstancialidade e propósito que porventura venha a incidir sobre a centralidade das razões de repersonalização do Direito, isto é, para além de toda a questão contingencial patrimonialista em que a pessoa é colocada em segundo plano.

A dignidade da pessoa humana, os Direitos humanos, corroboraram decisivamente para a instauração desta nova perspectiva e afirmação de direitos repersonalizados. O retorno da pessoa para o foco das atenções do Direito em todos os

ramos, e ainda mais notadamente, para o Direito de Família, cujo objeto são as pessoas propriamente ditas.

### 3.2 A família e o Código Civil de 2002

A legislação civil ordinária distinta daquela que vigorava há um século consigo traz mudanças que não pretende, unicamente, se adequar a novos padrões da dinâmica social. Seu teor tem o condão de desdobrar princípios que há muito já se discutia, embora não sendo levado a efeito. Não significa tal afirmação totalizar a lei referida com caráter absolutamente ideário. Admite-se que seu conteúdo remete a verdadeiro debate público pelas demandas de uma sociedade em latente descompasso com suas expectativas diante do Estado administrador ou legislador. A inspiração do diploma das cláusulas abertas requer, por ambas posições, maturidade jurídica, sobretudo quando concernente à família – pacífica e de longe a mais importante instituição da sociedade e que sobrevive unicamente se houver afeto.

A repersonalização largamente mencionada nos itens anteriores é uma característica marcante na codificação civil atual. Está associada aos já mencionados Direitos Humanos, Fundamentais, constitucionais.

O Reconhecimento e a garantia desses direitos há muito ultrapassam o conteúdo das declarações constantes dos estatutos políticos, penetrando em preceitos outros (família, educação, cultura, etc.) e, mais particularmente, a ordem econômica, bem como em documentos e atos internacionais, para lograr, em termos mais amplos, sua consagração pela consciência universal dos povos livres (RÃO, 2012, p. 638).

Assim não trata o Direito hodierno de simples questões patrimoniais ou políticas de Estado. Há centralidade na pessoa; não é mera distribuição de bens ou concentração dos mesmos. A vida dos Direitos afirma na vida daqueles que são sujeitos de direitos. Criam, transformam, modificam, extinguem os mesmos correspondendo à mencionada razão da criação da lei, ou seja, de que fora composta para os homens e não os homens para as mesmas.

Levando em consideração o que foi dito, faz-se necessário lançar o olhar a respeito do que diz a Constituição da República do Brasil, que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, explicitada no art. 1º, inc. III, a qual se constitui em princípio jurídico fundamental integrado no direito positivo vigente. Tanto o princípio da dignidade da pessoa humana, quanto o princípio da solidariedade são princípios fundamentais e estruturantes, enquanto outros direitos como igualdade, liberdade, e afetividade, melhor interesse da criança e convivência familiar são princípios gerais.

Assim sendo, dignidade, é um termo que se vincula à autodeterminação do indivíduo, que busca orientar-se segundo seu próprio e. Assim sendo, dignidade, é um termo que se vincula à autodeterminação do indivíduo, que busca orientar-se segundo seu próprio entendimento, a respeito da própria existência. Confere ao indivíduo o direito de decidir sobre seus projetos existenciais de felicidade. Há, neste momento, clara violação da dignidade da pessoa humana todo ato, conduta ou atitude que coisifique a pessoa, ou seja, que a equipare a uma coisa disponível ou a um objeto”. Como preceito, a dignidade humana foi lançada em 1948, na Declaração Universal da ONU, em seu art. 1º, segundo o qual: todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade. Não reconhecer na pessoa os direitos fundamentais que lhe são inerentes é negar a própria dignidade.

A dignidade, como qualidade intrínseca do ser humano, é irrenunciável e inalienável. Ela existe em cada indivíduo, como algo que lhe é inerente, porquanto não lhe é concedida, ou retirada. Como qualidade integrante do ser humano, deve ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida. A dignidade existe antes do Direito e, nesse sentido, o Direito exerce papel crucial. Assim sendo, quando a Constituição de 1988 consagrou essa norma, como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito e da ordem

jurídica, tinha o intuito de tutelar o desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que integram a entidade familiar

Nesse sentido não se pode olvidar que o princípio da dignidade da pessoa humana está intrinsecamente ligado ao princípio da solidariedade. Tal princípio advém da superação do individualismo jurídico, que é a superação do modo de pensar e de viver da própria sociedade a partir do predomínio dos interesses individuais que marcaram a modernidade e produzem reflexos até hoje. No mundo contemporâneo, a busca pelo equilíbrio e a necessidade de interação do ser humano fazem com que surja a solidariedade. A regra utilizada para esse princípio revela-se no inciso I do art. 3º da Constituição. O princípio surge quando é imposto um dever à sociedade, ao Estado e à família de proteção ao grupo familiar, à criança e ao adolescente e à pessoa idosa.

Tendo em mente a importância de tais princípios para o direito de família, devem-se voltar os olhares a outro princípio que provocou imensa transformação na sociedade, doutrina, jurisprudência e no ordenamento jurídico. Ao longo do tempo, doutrina e jurisprudência, se encarregam de identificar uma série de posições que integram a noção de dignidade da pessoa humana, que reclamam a proteção da ordem jurídica. Nesse sentido, o art. 5º, *caput*, da Constituição da República de 1988, consagra expressamente o princípio jurídico da igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. No direito brasileiro, o princípio da igualdade se firma em razão da adoção de critérios que proíbem a diferenciação. Esse texto constitucional estabelece como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade nem quaisquer outras formas de discriminação.

O princípio da dignidade da pessoa humana abarca todos aqueles direitos fundamentais como os individuais, os de cunho econômico, social e moral, impondo-se ao

Estado assegurar condições para que as pessoas se tornem dignas, reconhecendo-se a liberdade de orientação sexual. Contudo, pensar em família ainda traz à mente o modelo convencional: um homem e uma mulher unidos pelo casamento e cercados de filhos.

Deve ficar claro que essa realidade mudou. A família nuclear, portanto, é vista como um produto da sociedade contemporânea, uma vez que a globalização e a procura persistente de realizações pessoais e profissionais fizeram com que a família se restringisse ao pai, mãe e filhos. Não existe mais o modo produtivo e reprodutivo da família. Esse grupo familiar em geral sobrevive nos grandes centros urbanos em espaços menores o que facilita a aproximação daquelas pessoas. Devido a isso, o vínculo afetivo acabou se tornando extremamente importante nessas relações. A família moderna-nuclear - é marcada pelo individualismo, não valorizando muito os laços de parentesco como antes, no entanto é bastante centrada no afeto entre seus membros. Embora tenha uma estrutura original fundamentada em um grupo social formado por pais e filhos, ligados entre si por laços matrimoniais, de patrimônio e de filiação, na família atual brasileira as funções política, econômica e religiosa cederam lugar para à função afetiva, ou seja, existe um grupo de pessoas unidas por laços afetivos.

Essa evolução proporcionou modificações sociais - o interesse a ser tutelado não é mais o do grupo organizado como esteio do Estado e das relações de produção existentes, e resguardaram-se as condições que permitam à pessoa humana realizar-se íntima e afetivamente, nesse pequeno grupo social. Sendo assim, o elemento nuclear, que dá o suporte fático da família contemporânea, é a afetividade, conduzindo ao fenômeno denominado de repersonalização. Deve-se esclarecer que esse fenômeno não significa um retorno ao individualismo liberal; ao contrário, enquanto este tinha como fundamento necessário para realização da pessoa a propriedade, a repersonalização irá valorar o ser e não o ter. A restauração da primazia da pessoa, nas relações de família, na garantia da

realização da afetividade, é a condição primeira de adequação do direito à realidade. Essa mudança de rumos é inevitável.

Portanto, a família tradicional pautada pelo direito patrimonial após as codificações liberais está em extinção; a família contemporânea é fundada na solidariedade, na cooperação entre seus membros, no respeito à dignidade de cada um destes, que se obrigam mutuamente em uma comunhão de vida. Essa repersonalização nas relações jurídicas de família é um processo que avança em todos os povos do ocidente e significa a realização da afetividade pela pessoa no grupo familiar; no humanismo que só se constrói na solidariedade com o outro. Percebe-se, então, que a repersonalização das relações de família revitaliza essas entidades em seus mais variados tipos. Dessa forma, finalmente, surgem as famílias pós-nucleares, pluralísticas, mais flexíveis, cuja principal característica correspondente aos novos arranjos surgidos no grupo familiar, sendo compostas por mães e filhos ou pais e filhos, reconstituídas com filhos de primeiras e segundas uniões, todas elas mais flexíveis, menos permanentes, porém mais igualitárias. Na mesma direção, o princípio de igualdade entre homem e mulher alojado na Constituição Federal ainda se apresenta como um horizonte a ser alcançado: a igualdade material ainda está por ser apreendida.

O direito apenas ratifica, com atraso e timidez, a reivindicação surda e constante que se exerce dentro da família. Por isso, atualmente, a família não é somente formada por ascendentes e descendentes, tampouco se origina exclusivamente do matrimônio; passou a buscar a realização plena dos seus membros, em todos os aspectos, envolvendo mais a afetividade do que a propriedade. Sob essa ótica, nas palavras de FACHIN (2003), a família pós-nuclear pode ser caracterizada como sendo a coabitação fora do casamento, e a relativa indiferença ao estado matrimonial dos pais exemplifica esse novo momento do modelo familiar. A família sem filhos pode ser uma das faces da separação da família



nuclear. Esse modelo familiar também se enquadra nos casos em que a passagem da família para a fase pós-nuclear conduziu o foco familiar que se assentava na estrutura formada por casal e filhos, para o indivíduo e suas relações familiares. A afetividade, cuidada inicialmente pelos cientistas sociais, pelos educadores, pelos psicólogos, como objeto de suas ciências, entrou nas cogitações dos juristas, que buscam explicar as relações familiares contemporâneas.

Em decorrência do que foi dito anteriormente e dos princípios citados – e de outros que não foi possível abordar em detalhes neste trabalho -- , pode-se chegar à conclusão de que o elemento nuclear dessa família constitucionalizada é a afetividade tendo como, poder paralelo solidariedade e igualdade. A família é um fenômeno social que produz inúmeros efeitos jurídicos, cria divergências sociais que impelem tanto o mundo jurídico, quanto o sociológico, caminhando sempre à frente das normas e convenções, e busca seu próprio espaço, criando soluções para sua evolução. A entidade familiar, além de se constituir em *célula mater* da sociedade, ainda, percorre o tempo trazendo evolução para esta, levando assim, as regras jurídicas a se adequarem às necessidades humanas das mais diversas, em especial as de caráter afetivo. Ao se tratar de família, é preciso ter em mente que a mesma é formada por seres humanos, com suas necessidades, angústias, buscando incessantemente da felicidade e a conquista de regras jurídicas que a apoiem no intento de se atingirem todas as variáveis que abrangem essa instituição e a sua afetividade. Assim, é possível identificar famílias estruturadas sob as mais diversas organizações, desde o patriarcalismo, o matrimonialismo, a monoparentalidade, a união estável e desdobramentos. A Constituição Federal de 1988 trouxe grandes transformações na regulamentação da entidade familiar, legitimando a união estável, oferecendo maior consolidação da família sob suas variadas modalidades e principalmente ampliando o conceito de entidade familiar. A forma legal de se constituir

uma família através do casamento válido, há tempos, já não é mais a única forma de família aceita na sociedade e no ordenamento jurídico. Assim, considerando-se o conceito de família e sua amplitude, observa-se que ele aumentou as possibilidades de construção de família sob as mais diversas formas, perante a sociedade.

### 3.3 Perspectivas da constitucionalização da lei civil familiar como dignificação humana

A tematização do afeto nas reflexões suscitadas indica o diferenciador, por excelência, na mesma medida da alteridade porque correlato, associado na composição da ordem familiar ou de qualquer relação humana minimamente identificada no complexo da obrigatoriedade da coexistência civilizada ou na convivência natural. A sustentação encontra seio na Teoria da Constituição, seguida do neoconstitucionalismo e da ênfase na dignidade da pessoa humana. A materialização do direito fundamental ao afeto impõe uma pesquisa detalhada, uma vez que, juridicamente, o presente direito vem sendo colocado em segundo plano, ante a impossibilidade de aferir claramente sua presença (ou sua ausência) nas relações humanas travadas socialmente. Os questionamentos acerca da responsabilização e da conseqüente reparação envolvendo relações desprovidas de amor encontram-se na ordem do dia, exigindo do exegeta uma visão mais técnica do fenômeno (HOGEMANN, 2013b, p. 66-67).

A vida emocional recebe novas atenções. Em cada detalhe o afeto e seus desdobramentos se fazem perceber em cada detalhe, inclusive, no *locus* familiar em que se discorre sobre gênero e patrimônio com vistas a dignidade da pessoa no lastro expectado da igualdade. A guarda dos direitos desenvolvidos da afetividade estão, assim, no plano dos Direitos Fundamentais e o tribunal que tem importância singular neste assunto é a Suprema Corte guardiã também da constituição. Por fim, cabe registrar o papel do Supremo Tribunal Federal na construção e tutela do direito fundamental ao afeto ao reconhecer o direito de casais homossexuais constituírem família sob a égide do direito. Nesse julgamento histórico a Corte Constitucional brasileira entendeu que o afeto é um valor jurídico impregnado de natureza

constitucional, a partir de um novo paradigma de entidade familiar, que revela consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana (HOGEMANN, 2013b, p. 66-67).

O Direito constitucional como desdobramento da teoria referida encontra, na Teoria do Estado, seio em discussões recorrentes pelos olhares voltados para a acurada observação sobre a diluição sutil da família e sua pluralidade que requer cuidadosa atenção quanto ao que se pode enunciar benefícios ou fragilidades nas relações intersubjetivas. O Direito Constitucional, como os demais ramos do Direito, vem sofrendo significativas modificações ao longo do tempo, na medida em que o Direito é reflexo das relações intersubjetivas e irá refletir tais relações em seu tempo e espaço devidos. Assim é que, após a Segunda Grande Guerra, o Direito Constitucional assumiu o papel de protetor da pessoa humana, com o objetivo de neutralizar as atrocidades cometidas pelos regimes totalitários, em que vigorava o Estado de Direito, e o ordenamento jurídico encontrava-se destituído de conteúdo axiológico. Atualmente, cumpre apontar que se inserem em sua parte dogmática, instrumentos hábeis a fim de conter a lógica da barbárie, da destruição e do desmerecimento do ser humano, o que o torna responsável pela reconstrução dos direitos humanos e pela limitação do poder do Estado. Mas que, a despeito disso, são incontáveis as demonstrações de desrespeito aos Direitos Humanos que se pode apontar pelo mundo afora. No âmbito do direito constitucional do pós-guerra, foram concebidos textos abertos a princípios, o que forneceu sentido, racionalidade e valor ao sistema. Com isso, o presente ramo jurídico agregou à estrutura da constituição o referencial de justiça de cada ordenamento, em dada cultura. (HOGEMANN; SOUZA, 2013, p.67-68).

A compreensão da ontologia e, mais especificamente, da ontologia jurídica torna-se cada vez mais imperiosa para compreensão das reais e mais justas diretrizes familiares

que porventura se anunciem no contexto social. O afeto, tão valioso para as relações familiares, nasce da reflexão ontológica e de seus desdobramentos no âmbito dos valores. Com efeito, a participação de Nicolai Hartmann – *Ontologia* – e Max Scheler – *o formalismo na ética e a ética material dos valores* – foram decisivas e influentes sobre o pensamento do saudoso jurista Miguel Reale em sua Teoria Tridimensional do Direito. O valor intrínseco seria o elemento ontológico da dignidade, ou seja, o traço distintivo da condição humana, do qual decorre que todas as pessoas são um fim em si mesmas, e não meios para a realização de metas coletivas ou propósitos de terceiros, como mencionado acima. Para o autor citado, a inteligência, a sensibilidade e a capacidade de comunicação são atributos únicos que abalizam a condição peculiar proposta. E, assim, do valor intrínseco originam-se os direitos fundamentais como o direito à vida e o direito à isonomia. O valor comunitário seria o elemento social da dignidade, ou seja, o que identifica a relação entre indivíduo e grupo. Nessa esteira, a dignidade encontra-se interligada a valores compartilhados pela comunidade, assim como as responsabilidades e deveres de cada um, apresentando-se como um limitador da autonomia privada. Porém, somente devem ser aplicado o presente viés, com o objetivo de se promover objetivos sociais diversos, como proteção em relação às próprias condutas dos homens, proteção de direitos de outras pessoas em relação às condutas do homem e a proteção de valores sociais. Cumpre mencionar, que não se trata de um moralismo irracional da maioria, e, desta forma, deve-se levar em conta: a existência ou não de um direito fundamental em jogo, a existência de consenso social forte em relação à questão e a existência de risco efetivo para direitos de terceiros. (HOGEMANN; SOUZA, 2013, p.74).

As razões históricas apresentaram também forte impacto sobre a releitura do lugar e significado do homem e do Direito no mundo. Consequentemente, a resistência a novas práticas residuais de sistemas totalitários habilidosa e profundamente abordados por

Hannah Arendt em seu estudo – *As origens do totalitarismo*, também corroboraram. O Direito constitucional do pós-guerra caracterizou-se pela elaboração de textos abertos a princípios e valores, fornecendo sentido e racionalidade ao sistema. Com isso, a constituição agregou em sua estrutura o referencial de justiça de cada ordenamento, e a dignidade da pessoa humana assumiu a tarefa de efetivar direitos e não simplesmente de discorrer teoricamente sobre direitos fundamentais (HOGEMANN; SOUZA, 2013b, p..67-68).

Expondo ainda a *banalidade do mal* – conduziram as novas normas fundamentais a terem atenção especial sobre os Direitos Fundamentais, a fim de evitar atrocidades que outrora ocorreram e foram amparadas pela legalidade. Por falta de um contorno objetivo, a dignidade constitui um *topos*, que comporta outros valores, princípios e direitos, dentre eles o direito fundamental ao afeto. Dessa forma, a atitude altruísta clama ser referendada pelo ordenamento jurídico, como extensão e materialização do valor supremo do Estado Democrático de Direito. Na presente ordem de ideias, um novo conceito de família é estruturado, muito mais interessado no afeto do que no patrimônio, e, até mesmo, na verdade biológica. Diante do processo denominado de repersonalização do direito, o ser humano efetivamente passou a constituir o centro do universo jurídico, consubstanciando o atributo da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, a formação da entidade familiar decorre do afeto estabelecido entre os sujeitos envolvidos, observado tanto em parcerias heterossexuais, como em parcerias homossexuais. Assim, o afeto deve ser considerado e reconhecido como direito fundamental, viabilizando a dignidade ao romper paradigmas históricos, culturais e sociais, permitindo que as escolhas pautadas no amor se sobreponham ao formalismo exacerbado de outras épocas, em respeito à igualdade e à busca pela felicidade (HOGEMANN, 2013b, p.20).

A constitucionalidade conduziu o país do Estado Liberal para o Social, e essa realidade surgiu com a Constituição Federal de 1988. O sistema jurídico estabeleceu regramentos segundo a realidade social e esta alcançou diretamente o núcleo familiar, regulamentando a possibilidade de novas concepções de família, instaurando a igualdade entre homem e mulher, ampliando o conceito de família e protegendo todos os seus integrantes. A Carta Magna representou, ainda, um marco na evolução do conceito de família abrindo a possibilidade de reconhecimento das novas uniões como uniões estáveis, reconhecendo-as como entidade familiar constituídas entre pessoas do mesmo sexo e ainda possibilitando a redução de discriminação e injustiças, sobretudo àqueles que vivem em união consensual, mas com seus direitos cerceados, impedindo o livre exercício de sua cidadania.

A família atual está matizada em paradigma que explica sua função atual: a afetividade. Assim, enquanto houver *affectio* haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida. Modernamente, o afeto que se origina espontânea e profundamente, com significado de amizade autêntica, de reciprocidade profunda entre companheiros, vem sendo a principal motivação para o estabelecimento de uma união entre os seres humanos. A visão afetiva da relação familiar trata dos benefícios sociais dessa nova concepção, compreendendo que uma família que experimente a convivência do afeto, da liberdade, da veracidade, da responsabilidade mútua, haverá de gerar um grupo não fechado egoisticamente em si mesmo, mas sim voltado para as angústias e problemas de toda a coletividade, passo relevante à correção das injustiças sociais.

Nesse sentido, surge uma nova forma de se pensar o Direito de Família. Apresenta-se um novo paradigma para essa nova tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo: família eudemonista, que busca a felicidade individual vivendo

processo de emancipação de seus membros. O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade. Em destaque, a absorção de novas entidades familiares e seus efeitos jurídicos.

Este estudo foi desenvolvido veio para trazer à tona não somente o histórico da família, mas também a evidente e necessária proteção do Estado, que procura preservar a família, as motivações das uniões familiares em que devem se inspirar em detrimento de uma inadequada ordem. Dessa forma, como foi demonstrado, as uniões movidas pelo afeto nada mais são do que entidades familiares, uma vez que seus pilares de sustentação são os mesmos de qualquer outra família: afeto, dignidade, solidariedade e igualdade. Além de preencherem os requisitos para serem consideradas uniões estáveis, também se mostram salvaguardadas pela Constituição Federal, não sendo passíveis de exclusão ou discriminação para que não se concretizem inconstitucionalidades e violações de princípios. Cumpre ressaltar que encontrar soluções jurídicas para a família, contemplada pela visão social, é inseri-la no direito e no cumprimento das exigências legais para realizarem o seu maior objetivo: manifestar o seu afeto e ser feliz.



## Conclusão

A luz das reflexões condensadas neste trabalho que acolheu o afeto como tema central, foi possível inferir que o direito constitucional do pós-guerra caracterizou-se pela elaboração de textos abertos a princípios e valores, fornecendo sentido e racionalidade ao sistema. Com isso, a Constituição agregou em sua estrutura o referencial de justiça de cada ordenamento, e a dignidade da pessoa humana orientou a tarefa de efetivar direitos e não simplesmente a de discorrer teoricamente sobre direitos fundamentais.

O presente estudo visa demonstrar as mudanças produzidas no modelo familiar tradicional, enfocando o afeto como pilar de sustentação de novas entidades familiares. Evidencia que no Brasil a sociedade abrigou a família matrimonializada do início do século passado, tutelada pelo Código Civil de 1916, onde havia inúmeras discriminações em função do contexto social que o Código havia sido constituído. Porém, a evolução social trouxe também alterações legislativas diretamente voltadas para a família. Essas mudanças trouxeram à tona um novo conceito de família, denominado eudemonista, que prima pelo afeto entre os integrantes da família. A evolução constitucional também alcançou a sociedade e a família. Sob esse enfoque, hoje as famílias homoafetivas buscam a proteção legal, para um posicionamento que tem sido aceito pela sociedade, e para o qual o mundo jurídico ainda não se pronunciou de forma definitiva.

No desenvolvimento do trabalho atendeu-se ao objetivo elucidar essas mudanças, abordando seu histórico, conceitos e mecanismos. A metodologia da pesquisa para a elaboração do texto residiu em revisão extensa de literatura de compreendeu a legislação, da doutrina e a jurisprudência produzida no Brasil. A pesquisa buscou evidenciar o pensamento da sociedade atual, bem como as mudanças

ocorridas ao longo das últimas décadas na estrutura familiar, demonstrando a necessidade de possíveis alterações legais, como resultado de decisões dos tribunais na atualidade.

As formas de família que se apresentam na sociedade, atualmente, resultam de inúmeras modificações registradas ao longo da história da humanidade. Portanto, para que se chegue ao conceito eudemonista, adotado pela Constituição Federal de 1988, hoje vigente na sociedade, se faz necessário um breve comentário a respeito dessa evolução. A família matrimonializada do início do século passado era tutelada pelo Código Civil de 1916. Esse exibia uma visão extremamente discriminatória com relação à família. A dissolução do casamento era vetada, havia distinção entre seus membros, a discriminação dirigida, às pessoas unidas sem os laços matrimoniais e aos filhos nascidos dessas uniões era positivada. A chefia dessas famílias era do marido, cuja esposa e filhos ocupavam posição inferior à dele. Dessa forma, a vontade da família se traduzia na vontade do homem que se transformava na vontade da entidade familiar. Contudo, tais poderes se restringiam à família matrimonializada; os filhos ditos ilegítimos não possuíam espaço na original família codificada, somente os legítimos é que faziam parte daquela unidade familiar de produção. Ainda a indissolubilidade do casamento era regra, e a única maneira de solucionar um matrimônio que não havia dado certo era o desquite, que colocava um fim à comunhão de vida, mas não ao vínculo jurídico.

Felizmente, com a evolução social/familiar, as alterações legislativas foram inevitáveis, e algumas muito expressivas. A título de exemplo, vale mencionar o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/1962), que devolveu a plena capacidade à mulher, pois garantia a ela a propriedade dos bens adquiridos com seu trabalho. Outro diploma foi a Lei do Divórcio (EC 9/1977 e lei 6.515/1977), que pôs termo indissolubilidade do casamento, eliminando a ideia de família como instituição sacralizada. Mas a realidade

social e o sistema jurídico nem sempre caminham juntos. Nas últimas décadas, as transformações sociais atingiram diretamente o núcleo familiar e originaram novas concepções de família, que não são mais equiparadas à tradicional família patriarcal. Ainda para Dias (2011), na contemporaneidade, existe uma nova concepção de família, formada por laços afetivos de carinho e de amor.

Contudo, a sociedade já atravessa nova fase. Todos, hoje, já se acostumaram às novas formas de família que foram se distanciando muito do modelo formado pela família organizada no sistema patriarcal. A família contemporânea se pluralizou; não se restringe mais tampouco, às famílias nucleares - hoje, existem famílias recompostas como as monoparentais, demais uniões e mais um sem-número de formas. Por sua vez, o advento da Constituição de 1988, ensejou uma diferenciada análise jurídica das famílias brasileiras. Uma outra concepção de família tomou corpo no ordenamento. O casamento não é mais a base única dessa entidade, questionando-se a ideia da família restritamente matrimonial. Isso se constata por não mais dever a formalidade ser o foco predominante, mas sim o afeto recíproco entre os membros que a compõem, redimensionando-se a valorização jurídica das famílias extramatrimoniais.

Referências:

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua**. Tradução de Henrique Burigo. 2ª Ed. MG: UFMG Editora, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo Martins Fontes, 2013.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2004.

AGOSTINUS, Aurellius. **O livre-arbítrio**. Trad. Imprensa Nacional da Casa da Moeda: Lisboa, 2008.

AZEVEDO, Antonio Junqueira. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: **o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. *Themis*: revista da ESMEC, v. 4, n. 2, p. 24-25, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. **Identidade: entrevista a Benedetto Vecchi** / Zygmunt Bauman; Tradução, Carlos Alberto Medeiros. – Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

\_\_\_\_\_. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

\_\_\_\_\_. **Amor líquido**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

\_\_\_\_\_. **Ética da pós-moderna**. Tradução de João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1999.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitárias, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Tradução de Maria Helena Kuhner. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

\_\_\_\_\_. À propôs de Ia famille comme catégorie réalisée. **Actes de Ia Recherche en Sciences Sociales**, n. 100, décembre 1993, p. 103, BOURDIEU, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Editora Saraiva.

DANTAS, Ivo. Constituição e Bioética (breves e curtas notas). In: MELGARÉ, Plínio. FILHO, Agassiz Almeida. (org). **Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos**. São Paulo: Malheiros, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. 1ª Ed. São Paulo Revista dos Tribunais, 2011.

**Direito das famílias**. 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**: trabalho relacionado com as investigações de L. H. Morgan, 14 ed. Tradadução Fábio Konder Comparato. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997.

FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao novo Código Civil**: do direito de família; do direito pessoal; das relações de parentesco. 1. ed. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FOUCAULT, Michel. **A hermenêutica do sujeito**. Tradução de Márcio Alves da Fonseca e Salma Tannus Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. **Ética, sexualidade, política**. Organizador Manoel Barros da Motta. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Gen / Forense Universitária, 2012.

FREITAS, J. Interpretação sistemática do ditreito.

FROMM, Erich. **A arte de amar**. Tradução de Zahar Editores, 2005.

\_\_\_\_\_. **Ter ou ser**. 4ª ed. Rio de Janeiro, LTC Editora, 2011.

\_\_\_\_\_. **Conceito marxista de homem**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1979.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GIDDENS, Anthony. **A terceira via**: reflexões sobre o impasse político entre o estado atual e o futuro da social democracia. Rio de Janeiro: Record, 2000.

GILBERTO, Silva Gorgulho; STORNILO, Ivo; ANDERSON, Ana Flora. **Bíblia de Jerusalém**. São Paulo: Paulus, 2002.

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

HELLER, Agnes. **O cotidiano e a História**. 8ª edição. São Paulo. Paz e Terra, 2008.

HOGEMANN, Edna Raquel. A relevância do afeto e da alteridade na garantia dos Direitos Humanos. **Prisma Jurídico (Online)**, v. 18, p. 100-118. 2012a.

HOGEMANN, Edna Raquel Rodrigues Santos. Reflexões sobre o Direito Personalíssimo à relação familiar à luz do princípio da afetividade. In: Rodrigues Otávio

Luiz Rodrigues, Giordano Bruno Soares: PINTO, Nelson Luiz Pinto. (Org.). Relações privadas e democracia [Recurso eletrônico on-line]. 1ed. Florianópolis: FUNJAB, 2012b, v. 01, p. 310-331

**Conflitos bioéticos:** clonagem humana. 2.ed. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013a.

HOGEMANN, Edn Raquel; SOUZA, Thiago Serrano. **O direito fundamental ao afeto** in **Revista Internacional de Direitos Humanos**. Bauru, v. 1, n. 1, p. 67-88, dez. 2013b.

IÓRIO FILHO, R. M.; DUARTE, F. Uma fundamentação para os direitos humanos. In: XVII Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Brasília-DF.

LÔBO KOYRE, Alexfindre, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado. Tomo II**. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2012 t.2.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

NICOLAU, Gustavo René. **União estável e casamento**. 1ª Edição. São Paulo: Atlas, 2011.

NOVAES, Aduino (Org.). **A descoberta do homem e do mundo**. São Paulo: MINC FUNARTE/Companhia das Letras, 1998.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Gen, 2012.

OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OSTERMANN, Ana Cristina & FONTANA, Beatriz. Linguagem, gênero, sexualidade: clássicos traduzidos. *In Revista de Estudos Feministas Vol 19, n. 1*. São Paulo: Parábola Editorial, 2010.

PASCAL, Blaise. **Pensamentos**. Trad. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PASQUALINI, Alberto. **Hermenêutica e Sistema Jurídico** - Uma Introdução à Interpretação Sistemática do Direito. Rio de Janeiro: Editora Livraria do Advogado, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. rev. e ampl. Tradução de Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997,

PITTMAN, Frank. **Man enough**: fathers, sons and the search for masculinity. New York: G. P. Putnam's Sons, 1993.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial** - doutrina e legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RAO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. Editora Revista dos Tribunais: 2012.

\_\_\_\_\_. **A disciplina civil constitucional das relações familiares**: Temas de direito civil . 3. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ROLIM, Luiz Antonio. **Instituições de Direito Romano**. 4 ed. Rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos constitucionais na CF de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SÉNECA, Lúcio de Aneu. **Cartas a Lucílio**. Tradução, prefácio e notas de J. A. Segurado e Campos. A ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

SIERRA, Vania Morales. **Família**: teorias e debates. São Paulo: Saraiva, 2011.



SILVA, Vírgilio Afonso da Silva. **A Constitucionalização do Direito** – Os Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. A filiação entre a verdade biológica e afetiva. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos dos Goytacazes, v. 2-3, p. 545-600, 2002.

SPINOZA, Baruch. **Tratado teleológico-político**. Tradução de Diogo Pires Aurélio. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SINGLY, Francois de. A reinvenção da família. **Label France**, n.39, 2000.

\_\_\_\_\_. **Le Soi, le couple et la famille**, Paris: Editions Nathan, 1996.

\_\_\_\_\_. **Sociologie de La famille contemporaine**. Paris: Editions Nathan, 1996.

\_\_\_\_\_. **Famille et individualisation**. Paris: Editions Nathan, 1996.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TEIXEIRA, António Braz Teixeira. **O sentido e o valor do Direito**, Lisboa: INCM, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. in A nova família: problemas e perspectivas, Renovar, 1997.

\_\_\_\_\_. **Temas de Direito Civil**. 4 ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2012.

VELHO, Gilberto. **Nobres e Anjos**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

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

WALDYR FILHO, Grisard. **Famílias reconstruídas**. 2. ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2010.