

## RESUMO

A família é originariamente o lugar onde o homem se encontra inserido por nascimento ou adoção e nela desenvolve através das experiências vividas sua personalidade e seu caráter.

O conceito de família vem sofrendo, com passar dos tempos, inúmeras transformações de caráter público e privado em face do interesse e do novo redimensionamento da sociedade.

Desta forma, através de uma interpretação sistêmica dos princípios constitucionais, dos grandes debates doutrinários multifacetados e da interferência legislativa, visa a pós-modernidade, reconhecer direitos familiares a todos os cidadãos tendo em vista sua rica diversidade, a solidariedade e o melhor interesse de seus componentes.

**Palavras-chave:** Família. Origem. Definição. Novas Modalidades. Reconhecimento Legal.

## ABSTRACT

In human context, a family is a group of people affiliated by consanguinity, affinity, or co-residence. In most societies it is the principal institution for the socialization of children. Extended from the human "family unit" by biological-cultural affinity, marriage, economy, culture, tradition, honor, and friendship are concepts of family that are physical and metaphorical, or that grow increasingly inclusive extending to community. A family group consisting of a father, mother and their children is called a nuclear family. This term can be contrasted with an extended family.

In that way, we could conclude that many kinds of families could coexist in modernity, because of their own preferences, and bring a new face to a very old and strong institution.

**Keywords:** Family. Source. Definition. New Modalities. Legal Recognition.

\* Mestre e Doutora em Direito Civil pela FADUSP. Prof<sup>ª</sup> Doutora de Direito Civil e Biodireito no Centro Universitário UniFMU. Membro da Comissão de Biotecnologia e direitos á vida da OAB/SP. Membro do IASP. Advogada e Nutricionista.

A família no decorrer dos séculos desempenhou um papel preponderante na vida do ser humano, uma vez que representava a forma pela qual ele se relacionava com o meio em que vivia.<sup>1</sup>

Pode, nesse sentido, ser entendida como um grupo social no qual se descobre um laço coesivo entre seus componentes, uma consciência de unidade, outrora denominada “consciência do nós”, como bem retratou Santiago Dantas.

Assim, “o estudo do direito de família deve começar por algumas noções de caráter sociológico, pois neste ramo do direito civil, sente-se o quanto as normas jurídicas são moldadas e determinadas pelos conteúdos sociais”.<sup>2</sup>

Muito importante também para definir a família é o momento histórico e cultural no qual está inserida. A face da família mudou no decorrer do tempo histórico “avançando e retrocedendo, conservando-se e alternando-se, reinventando-se, enfim, para buscar na atualidade, a recepção incondicional do ser humano, tendo em vista suas necessidades, possibilidades e preferências valorativas, contemplando como objetivo maior o pleno desenvolvimento da sua personalidade, potencialidades, em face da sua dignidade intrínseca, visando o alcance da felicidade e do bem-estar social”.<sup>3</sup>

Na lição de Fustel de Coulanges, “a origem da família não está na geração, no afeto natural, nem no nascimento, mas na religião doméstica que unia intrinsecamente todos os seus componentes. A religião fazia com que a família formasse um corpo nesta e na outra vida”.<sup>4</sup>

A dificuldade em se definir a família, sempre existiu. Esboços de sua definição, entretanto, já se encontravam presentes desde os primórdios do direito romano. Naquele período o estado familiar do indivíduo era muito importante para determinar sua capacidade jurídica no campo de sua atuação no direito privado.

Era, portanto enorme a influência do estado familiar para a formação social nesse período. Tradicionalmente, observando a formação da família, Cícero denominou-a *seminarium reipublicae*. De onde se obtém que “onde e quando a família se mostrou forte, aí floresceu o Estado; onde e quando se revelou frágil, aí começou a decadência geral”.<sup>5</sup>

Assim sendo, considerando-se que todo homem, desde o nascimento, torna-se membro de uma família e a ela permanece unido por toda a sua existência, mesmo que venha formar outra, enorme se faz o estudo profundo das íntimas relações pessoais, patrimoniais, sociológicas, multiculturais e bioéticas da mesma, que por sua vez formam o objeto do direito de família.

Concebem Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva que “desde logo se evidencia a importância desse estudo, tão de perto ligado à própria vida. Dentre todas as instituições, públicas ou privadas, a da família reveste-se da maior significação. Ela representa, sem contestação, o núcleo fundamental, a base mais sólida em que repousa toda a organização social”.<sup>6</sup>

Para Paulo Nader “a organização da família se processa à luz de princípios e de regras oriundos dos vários instrumentos de controle social: a lei, a moral, a religião e as regras de trato social. O estatuto doméstico se forma, assim, pela intervenção do Estado e por disposições internas, captadas na moral, na religião e nas regras de trato social”.<sup>7</sup>

O direito de família pode ser definido como o ramo do direito civil que estuda a

<sup>1</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – Novas modalidades de família na pós-modernidade, São Paulo:Atlas, 2010, p.1.

<sup>2</sup>SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de – Direito de família e das sucessões. Revista e atualizada por José Gomes Bezerra Câmara e Jair Barros. Rio de Janeiro: Forense, 1991,p.3.

<sup>3</sup> SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de – Direito de família e das sucessões, op.cit.,p.3; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – Novas modalidades de família na pós-modernidade, op. cit., p.3.

<sup>4</sup> COULANGES, Fustel – A Cidade antiga, São Paulo:Martins Fontes, 2000, p.36 e 37.

<sup>5</sup> MONTEIRO,Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da – Curso de Direito Civil, 39. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, v.2, p.1.

<sup>6</sup> MONTEIRO,Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da – Curso de Direito Civil, 39.ed., São Paulo: Saraiva, 2009, v.2, p.1.

<sup>7</sup> NADER,Paulo - Curso de direito civil, 4ªed., Rio de Janeiro:Gen/Forense, 2010, v.5, p.19.

família e seus institutos. Suas normas são normas de ordem pública, ou cogentes, dada a íntima relação que guardam com a pessoa humana, sendo, portanto nula qualquer disposição que por ventura traga qualquer prejuízo à manutenção do equilíbrio familiar.<sup>8</sup>

No que tange ao conceito de família, sabe-se que a palavra família deriva do latim *familia* que se origina de *famulus*, designando o servidor, o criado. A família podia ser entendida como o *locus* onde reinava o *pater*, abrigando, em seu âmago, além deste, a esposa, os filhos, o patrimônio, os criados e os servos.<sup>9</sup>

Diversos autores procuraram conceituá-la, entre eles, o francês Mazeaud<sup>10</sup>, para quem a família, mais do que retratar as relações criadas pela natureza, devia ser organizada segundo o ideal de vida social dominante, sendo sua definição formada no critério de autoridade da família; Jean Carbonier<sup>11</sup>, que a conceitua como o conjunto de pessoas unidas pelo casamento, pela filiação, ou pelo parentesco e afinidade, estes resultantes do casamento e da filiação, onde o Estado não penetra: *le non-droit de famille – onde aduz “à chaque famille son droit”*; para Gerard Cornu, a família é um grupo natural, constituído sob formas diversas representada por um conjunto de pessoas unidas pelo casamento, filiação, adoção ou parentesco resultante de uma descendência comum.<sup>12</sup>

Clóvis Bevilacqua conceituou-a baseando-se nos valores tradicionais da família reconhecida pela doutrina civilista: a família legítima, valorizando a moralidade e a estabilidade necessária para a execução da sua função social oriunda do casamento, “baseada num plexo de normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e efeitos, a relação entre pais e filhos, o vínculo

de parentesco e os institutos complementares da tutela e da curatela, sendo imprescindíveis para a existência do ato: a dualidade de sexos, a celebração na forma da lei e o consentimento válido”.<sup>13</sup>

Na concepção de Caio Mário da Silva Pereira, família é, antes de mais nada, diversificação, pois pode ser entendida como o grupo de pessoas que descendem de um tronco ancestral comum, compondo-a num sentido mais amplo o casal, sua prole, seus enteados, os genros e as noras, os cunhados, em muito lembrando a concepção da gens romana.<sup>14</sup>

Para Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka “a família é uma entidade histórica, ancestral como a história, interligada com os rumos e desvios da história ela mesma, mutável na exata medida em que mudam as estruturas e a arquitetura da própria história através dos tempos, a história da família se confunde com a própria humanidade”.<sup>15</sup>

Para Orlando Gomes, a família era definida como o grupo constituído pelos cônjuges e pela prole, oriunda do casamento válido, disciplinado pela lei civil; ou também, pode ser entendida como prefere Euclides de Oliveira, “como aquele lugar idealizado onde é possível a integração dos sentimentos, esperanças e valores, visando a realização pessoal do indivíduo”.<sup>16</sup>

San Tiago Dantas, a seu turno, destaca uma visão sociológica da família, fincada no aspecto de coesão do grupo.<sup>17</sup>

Na concepção de Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva, a

<sup>8</sup> Embora as normas reguladoras da parte patrimonial do direito de família como às relacionadas ao regime de bens, sejam normas de ordem privada.

<sup>9</sup> NADAUD, Stéphane – *L’homoparentalité- une nouvelle chance pour la famille?* Paris:Fayard, 2002, p.22.

<sup>10</sup> MAZEAUD et CHABAS-Leçons, Paris,: Montchrestien, Tit I et II ,p.6.

<sup>11</sup> CARBONNIER, Jean -*Droit Civil – la famille- les incapacités*, Paris: Puf,1992,p.20 a 26.

<sup>12</sup> CORNU, Gérard – *Droit Civil – la famille*.7 édition,Paris:Montchrestien,2001,p.7.

<sup>13</sup> BEVILAQUA, Clóvis – *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*,8ªedição,Rio de Janeiro:Livraria Francisco Alves, 1950,v.2,p.41,42,67 – atualizado por Achilles Beviláqua.

<sup>14</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva – *Instituições de direito civil*, 18ªed, Rio de Janeiro:Gen/Forense, 2010, p.23 – atualizado por Tânia da Silva Pereira.

<sup>15</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes – *Direito Civil : estudos*, Belo horizonte: Del Rey, 2000, p.17 e 18.

<sup>16</sup> GOMES, Orlando – *Direito de Família*, 11.ed, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.22; OLIVEIRA, Euclides de – *União Estável do concubinato ao casamento*,6.ed., São Paulo : Método, 2003, p.24.

<sup>17</sup> SAN TIAGO DANTAS - *Francisco Clementino de – Direito de família e das sucessões*, op.cit., p.3.

família representa uma organização social ligada de perto à própria vida.<sup>18</sup>

Entretanto, a conceituação da família oferece muita complexidade, pois o Código Civil não a define, nem existe identidade de conceitos para os diversos ramos do saber, entre eles a sociologia, o direito ou a antropologia; “o direito civil moderno apresenta uma definição mais restrita, considerando membros da família as pessoas unidas por relação conjugal ou de parentesco”. A família é, ainda, no seu entender, “um fenômeno fundado em dados biológicos, psicológicos e sociológicos, regulados pelo direito”.<sup>19</sup>

Vem ainda, a família, na concepção de Rolf Madaleno “apresentada de forma larga ou estreita, de formação variada, de acordo com os costumes, crenças, ideologias de cada tempo”.<sup>20</sup>

Pode assim a família ser entendida “como o organismo social a que pertence o homem pelo nascimento, casamento, filiação ou afinidade, que se encontra inserido em determinado momento histórico, observada a formação política do Estado, a influência dos costumes, da civilização, enfim, a que se encontra inserida”.

“O conceito de família, célula *mater* da sociedade, sofreu alterações de caráter ampliativo pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002, diferindo-se das formas antigas em face das suas finalidades, composição e papel de seus componentes em seu seio, com a mulher adquirindo os mesmos direitos que o marido”.

“Inovou desta forma, a atual Constituição Federal em reconhecer como entidade familiar não só a família “legítima” constituída pelos laços matrimoniais, mas também aquela oriunda da união estável e da monoparentalidade, conferindo a estas um caráter de legitimidade”.

“Veda em seu artigo 227§ 6º designações discriminatórias no tocante à

filiação, no sentido que trouxe à luz a legitimidade entre todos os filhos, independentemente de seu nascimento ser fruto do casamento ou não”.

Desta forma, analogamente, não poderia mais haver na família a qualificação de legítima ou ilegítima, sendo esta constituída de várias formas: pelo casamento, pela união estável ou pela monoparentalidade.<sup>21</sup> “Decorre desta concepção que, na atualidade a constituição da família transcende uma formalidade e finca-se como núcleo sócio-afetivo necessário à plena realização da personalidade de seus membros segundo os ditames da noção de dignidade da pessoa humana, sob os quais se forma o Estado, e a Carta Magna adota como princípio fundamental à luz do artigo 1º, III”.<sup>22</sup>

A Constituição de 1988, em sua magna importância, alargou nos artigos 226 e 227 o conceito tradicional de família, inicialmente atrelada ao casamento, reconhecendo outras entidades familiares, gerando assim efeitos devastadores na ordem jurídica do direito de família, que “se pretendia pacificada pela tradição, pela ordem natural dos fatos e pela influência grandiloquente do direito canônico”.<sup>23</sup>

Desta forma, na moderna concepção da família esta se funda por um ato originário, seja o casamento, a união estável ou a filiação. A coesão entre seus membros, o poder nela exercido e a durabilidade dessa coesão dão, nas palavras de Rui Geraldo Camargo Viana, “a conotação de verdadeira instituição”.

A legislação emprega a palavra família em diversos sentidos, tendo em vista o critério sucessório, alimentar, o da autoridade e o das implicações fiscais e previdenciárias.

Através da aplicação do critério sucessório, a família abrange os indivíduos chamados pela lei para herdar uns dos outros. São eles os parentes em linha reta ascendentes e descendentes *ad infinitum*, os cônjuges, os

<sup>18</sup>MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da – Curso de Direito Civil – direito de família, op.cit., p.3.

<sup>19</sup>VENOSA, Silvio de Salvo - Direito Civil, - direito de família, 9.ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2009, v.6, p.1.

<sup>20</sup>MADALENO, Rolf - Novas perspectivas no direito de família, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000, p.15.

<sup>21</sup>MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da – Curso de direito civil, op.cit.,p.4.

<sup>22</sup>MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – Novas modalidades de família na pós-modernidade, op.cit.,p.7.

<sup>23</sup>LEITE, Eduardo de Oliveira – A Família Monoparental como entidade familiar. In : Direito de Família, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, vol II, p.44.

companheiros e os colaterais até o 4º grau, segundo a disposição constante nos artigos 1829, I a IV – que institui a ordem da vocação hereditária; art.1839; art. 1843 e art. 1790 do Código Civil brasileiro.

Para efeitos alimentares, à luz dos artigos 1694 a 1697 do Código Civil, considerou-se família os ascendentes, os descendentes e os irmãos. Pelo critério da autoridade, a família restringe-se a pais e filhos, pois aqui se manifesta o poder familiar, que, conforme entendimento de Caio Mário da Silva Pereira, se faz sentir na criação e educação dos filhos.<sup>24</sup>

De acordo com o critério fiscal, em relação ao imposto de renda, a família define-se em relação aos seus componentes: os cônjuges e seus dependentes.<sup>25</sup>

Entende Ferrara que apesar de não se ter chegado a um conceito jurídico definitivo da família, esta pode ser entendida como o “grupo fechado de pessoas, composto de pais e filhos, e de outros parentes, unidos pela convivência de fato, numa mesma economia e sob a mesma direção”.<sup>26</sup>

Aponta Maria Helena Diniz que três são, didaticamente, as espécies de família, conforme sejam oriundas do matrimônio, do companheirismo ou da adoção, embora em relação ao filho não seja feito nenhum tipo de discriminação, de acordo com sua origem, à luz dos artigos 226 § 4º e 227 § 6º da Constituição Federal, da Lei 8069/90 e pelo artigo 1596 do Código Civil atual. Advém, finalmente, a família substituta que se configura pela guarda, tutela ou adoção, como dispõe a Lei 8069/90.

Apresenta, ainda, a família, diversos caracteres peculiares: o caráter biológico, exteriorizando-se como o agrupamento natural do ser humano, criando diversos direitos e deveres entre os seus membros; o caráter psicológico, que se traduz pelo elemento imaterial, metafísico, espiritual que liga os seus componentes; o caráter

econômico, através do qual o homem amparado em seu núcleo se mune dos elementos necessários para sua sobrevivência; o caráter religioso, “uma vez que a família é, como instituição, um ser eminentemente ético ou moral, principalmente por influência do Cristianismo, não perdendo esse caráter pela laicização do direito”, destaca Planiol o Cristianismo como um dos responsáveis pela formação do novo conceito da família, “pois a considerava o agrupamento familiar unicamente do ponto de vista moral e que esta concepção acabaria por triunfar”; o caráter político, pois, por ser a célula *mater* da sociedade, dela nasce o Estado, como preconizou Ihering; e o caráter jurídico, por ter a família uma estrutura interna que é regulada por normas jurídicas, como constituem-se as do direito de família.<sup>27</sup>

Vemos assim que na pós-modernidade, “A cara da família mudou. O seu principal papel, é de dar suporte emocional ao indivíduo foi substituída por um grupo menor, em que há flexibilidade e eventual intercambialidade de papéis e, indubitavelmente, mais intensidade no que diz respeito a laços afetivos”.<sup>28</sup>

Está hoje consagrada, no entender de Rui Geraldo Camargo Viana, a família com pluralidade de tipos, que numa concepção moderna pode ser traduzida como uma realidade social.<sup>29</sup>

De forma sintética, a família pode ser entendida “como sendo o grupo de pessoas unidas por relação conjugal ou parental, permeada por afeto e interesses comuns, onde o homem inserido e protegido tem a possibilidade de desenvolver plenamente sua personalidade e potencialidades”.

“O conceito de família tomou outra dimensão no mundo contemporâneo, estendendo-se além da família tradicional, oriunda do casamento, para outras modalidades, muitas vezes informais, tendo

<sup>27</sup> DINIZ, Maria Helena – Curso de Direito Civil brasileiro – direito de família, op.cit.,p.12 a 14.

<sup>28</sup> WAMBIER, Teresa Celina Arruda Alvim -Um novo conceito de família- reflexos doutrinários e análise de jurisprudência. In. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Direitos de família e do menor. 3.ed, Belo Horizonte: Del Rey,1993,p.83.

<sup>29</sup> VIANA, Rui Geraldo Camargo Viana - A Família. In. Temas atuais de Direito Civil na Constituição Federal, op.cit.,p 26 a 39.

<sup>24</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva – Instituições de Direito Civil, 14 ed., Rio de Janeiro:Forense, 2004.,p.18.

<sup>25</sup> DINIZ, Maria Helena – Curso de Direito Civil brasileiro – direito de família, op.cit.,p.11

<sup>26</sup> FERRARA - Trattato di diritto civile italiano,Roma:Ed.Atheneum,1921,v.1, p.54.

em vista o respeito à dignidade do ser humano, o momento histórico vigente, a evolução dos costumes, o diálogo internacional, a descoberta de novas técnicas científicas, a tentativa da derrubada de mitos e preconceitos, fazendo com que o indivíduo possa, para pensar com Hanna Arendt - **sentir-se em casa no mundo**".

Na síntese de nosso pensamento, advém daí a possibilidade de legitimação das novas modalidades de família, que, flexibilizando a rigidez conceitual desta em seu desenvolvimento histórico, adquire um caráter eminentemente social.<sup>30</sup>

Diversas são as formas de família que vigem na atualidade. O conceito tradicional mudou, abarcando formas novas. Podemos antever que o modelo prevalente de formação familiar é a família nuclear, ou seja, composta pelos pais e sua prole.

Os arranjos familiares obedecem a uma enorme gama de tipos, a saber: família matrimonial, família formada na união estável, concubinária, monoparental, unilinear, homoafetiva, famílias recompostas, mosaico, pluriparental, anaparental, eudemonista, paralela, com suas peculiares repercussões no campo do direito, tendo todas elas em comum o desejo de inserção e de proteção do ser humano, em um locus onde possam desenvolver suas potencialidades e peculiaridades, tendo em vista o princípio constitucional do primado da dignidade da pessoa humana.

Nas palavras de Maria Berenice Dias a família no decorrer dos séculos desempenhou um papel preponderante na vida do ser humano, uma vez que representava a forma pela qual ele se relacionava com o meio em que vivia.<sup>31</sup>

Pode, nesse sentido, ser entendida como um grupo social no qual se descobre um laço coesivo entre seus componentes, uma consciência de unidade, outrora denominada "consciência do nós", como bem retratou Santiago Dantas.

<sup>30</sup>MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – Novas modalidades de família na pós-modernidade, São Paulo:Atlas, 2010, p.9.

<sup>31</sup>MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – Novas modalidades de família na pós-modernidade, São Paulo:Atlas, 2010, p.1.

Assim, "o estudo do direito de família deve começar por algumas noções de caráter sociológico, pois neste ramo do direito civil, sente-se o quanto as normas jurídicas são moldadas e determinadas pelos conteúdos sociais".<sup>32</sup>

Muito importante também para definir a família é o momento histórico e cultural no qual está inserida. A face da família mudou no decorrer do tempo histórico "avançando e retrocedendo, conservando-se e alternando-se, reinventando-se, enfim, para buscar na atualidade, a recepção incondicional do ser humano, tendo em vista suas necessidades, possibilidades e preferências valorativas, contemplando como objetivo maior o pleno desenvolvimento da sua personalidade, potencialidades, em face da sua dignidade intrínseca, visando o alcance da felicidade e do bem-estar social".<sup>33</sup>

Na lição de Fustel de Coulanges, "a origem da família não está na geração, no afeto natural, nem no nascimento, mas na religião doméstica que unia intrinsecamente todos os seus componentes. A religião fazia com que a família formasse um corpo nesta e na outra vida".<sup>34</sup>

A dificuldade em se definir a família, sempre existiu. Esboços de sua definição, entretanto, já se encontravam presentes desde os primórdios do direito romano. Naquele período o estado familiar do indivíduo era muito importante para determinar sua capacidade jurídica no campo de sua atuação no direito privado.

Era, portanto enorme a influência do estado familiar para a formação social nesse período. Tradicionalmente, observando a formação da família, Cícero denominou-a *seminarium reipublicae*. De onde se obtêm que "onde e quando a família se mostrou forte, aí floresceu o Estado; onde e quando se

<sup>32</sup>SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de – Direito de família e das sucessões. Revista e atualizada por José Gomes Bezerra Câmara e Jair Barros. Rio de Janeiro: Forense, 1991,p.3.

<sup>33</sup>SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de – Direito de família e das sucessões, op.cit.,p.3; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – Novas modalidades de família na pós-modernidade, op. cit., p.3.

<sup>34</sup> COULANGES, Fustel – A Cidade antiga, São Paulo:Martins Fontes, 2000, p.36 e 37.

revelou frágil, aí começou a decadência geral”.<sup>35</sup>

Assim sendo, considerando-se que todo homem, desde o nascimento, torna-se membro de uma família e a ela permanece unido por toda a sua existência, mesmo que venha formar outra, enorme se faz o estudo profundo das íntimas relações pessoais, patrimoniais, sociológicas, multiculturais e bioéticas da mesma, que por sua vez formam o objeto do direito de família.

Concebem Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva que “desde logo se evidencia a importância desse estudo, tão de perto ligado à própria vida. Dentre todas as instituições, públicas ou privadas, a da família reveste-se da maior significação. Ela representa, sem contestação, o núcleo fundamental, a base mais sólida em que repousa toda a organização social”.<sup>36</sup>

Para Paulo Nader “a organização da família se processa à luz de princípios e de regras oriundos dos vários instrumentos de controle social: a lei, a moral, a religião e as regras de trato social. O estatuto doméstico se forma, assim, pela intervenção do Estado e por disposições internas, captadas na moral, na religião e nas regras de trato social”.<sup>37</sup>

O direito de família pode ser definido como o ramo do direito civil que estuda a família e seus institutos. Suas normas são normas de ordem pública, ou cogentes, dada a íntima relação que guardam com a pessoa humana, sendo, portanto nula qualquer disposição que por ventura traga qualquer prejuízo a manutenção do equilíbrio familiar.<sup>38</sup>

No que tange ao conceito de família, sabe-se que a palavra família deriva do latim *familia* que se origina de *famulus*, designando o servidor, o criado. A família podia ser entendida como o *locus* onde reinava o *pater*, abrigo, em seu âmbito, além deste, a

esposa, os filhos, o patrimônio, os criados e os servos.<sup>39</sup>

Diversos autores procuraram conceituá-la entre eles, o francês Mazeaud<sup>40</sup>, para quem a família, mais do que retratar as relações criadas pela natureza, devia ser organizada segundo o ideal de vida social dominante, sendo sua definição formada no critério de autoridade da família; Jean Carbonier<sup>41</sup>, que a conceitua como o conjunto de pessoas unidas pelo casamento, pela filiação, ou pelo parentesco e afinidade, estes resultantes do casamento e da filiação, onde o Estado não penetra: le non-droit de famille – onde aduz “a chaque famille son droit”; para Gerard Cornu, a família é um grupo natural, constituído sob formas diversas representada por um conjunto de pessoas unidas pelo casamento, filiação, adoção ou parentesco resultante de uma descendência comum.<sup>42</sup>

Clóvis Bevilacqua conceituou-a baseando-se nos valores tradicionais da família reconhecida pela doutrina civilista: a família legítima, valorizando a moralidade e a estabilidade necessária para a execução da sua função social oriunda do casamento, “baseada num plexo de normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e efeitos, a relação entre pais e filhos, o vínculo de parentesco e os institutos complementares da tutela e da curatela, sendo imprescindíveis para a existência do ato: a dualidade de sexos, a celebração na forma da lei e o consentimento válido”.<sup>43</sup>

Na concepção de Caio Mário da Silva Pereira, família é, antes de mais nada, diversificação, pois pode ser entendida como o grupo de pessoas que descendem de um tronco ancestral comum, compondo-a num sentido mais amplo o casal, sua prole, seus enteados,

<sup>35</sup>MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da – Curso de Direito Civil, 39. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, v.2, p.1.

<sup>36</sup>MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da – Curso de Direito Civil, 39.ed., São Paulo: Saraiva, 2009, v.2, p.1.

<sup>37</sup>NADER, Paulo - Curso de direito civil, 4ªed., Rio de Janeiro:Gen/Forense, 2010, v.5, p.19.

<sup>38</sup>Embora as normas reguladoras da parte patrimonial do direito de família como às relacionadas ao regime de bens, sejam normas de ordem privada.

<sup>39</sup> NADAUD, Stéphane – L’homoparentalité- une nouvelle chance pour la famille? Paris:Fayard, 2002, p.22.

<sup>40</sup> MAZEAUD et CHABAS-Leçons, Paris,: Montchrestien, Tit I et II ,p.6.

<sup>41</sup> CARBONNIER, Jean -Droit Civil – la famille- les incapacités, Paris: Puf,1992,p.20 a 26.

<sup>42</sup> CORNU, Gérard – Droit Civil – la famille.7 édition, Paris:Montchrestien,2001,p.7.

<sup>43</sup>BEVILAQUA, Clóvis – Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado,8ªedição,Rio de Janeiro:Livraria Francisco Alves, 1950,v.2,p.41,42,67 – atualizado por Achilles Bevilacqua.

os genros e as noras, os cunhados, em muito lembrando a concepção da gens romana.<sup>44</sup>

Para Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka “a família é uma entidade histórica, ancestral como a história, interligada com os rumos e desvios da história ela mesma, mutável na exata medida em que mudam as estruturas e a arquitetura da própria história através dos tempos, a história da família se confunde com a própria humanidade”.<sup>45</sup>

Para Orlando Gomes, a família era definida como o grupo constituído pelos cônjuges e pela prole, oriunda do casamento válido, disciplinado pela lei civil; ou também, pode ser entendida como prefere Euclides de Oliveira, “como aquele lugar idealizado onde é possível a integração dos sentimentos, esperanças e valores, visando a realização pessoal do indivíduo”<sup>46</sup>

San Tiago Dantas, a seu turno, destaca uma visão sociológica da família, fincada no aspecto de coesão do grupo.<sup>47</sup>

Na concepção de Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva, a família representa uma organização social ligada de perto à própria vida.<sup>48</sup>

Entretanto, a conceituação da família oferece muita complexidade, pois o Código Civil não a define, nem existe identidade de conceitos para os diversos ramos do saber, entre eles a sociologia, o direito ou a antropologia; “o direito civil moderno apresenta uma definição mais restrita, considerando membros da família as pessoas unidas por relação conjugal ou de parentesco”. A família é, ainda, no seu entender, “um fenômeno fundado em dados biológicos,

psicológicos e sociológicos, regulados pelo direito”.<sup>49</sup>

Vem ainda, a família, na concepção de Rolf Madaleno “apresentada de forma larga ou estreita, de formatação variada, de acordo com os costumes, crenças, ideologias de cada tempo”.<sup>50</sup>

Pode assim a família ser entendida “como o organismo social a que pertence o homem pelo nascimento, casamento, filiação ou afinidade, que se encontra inserido em determinado momento histórico, observada a formação política do Estado, a influência dos costumes, da civilização, enfim, a que se encontra inserida”.

“O conceito de família, célula *mater* da sociedade, sofreu alterações de caráter ampliativo pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002, diferindo-se das formas antigas em face das suas finalidades, composição e papel de seus componentes em seu seio, com a mulher adquirindo os mesmos direitos que o marido”.

“Inovou desta forma, a atual Constituição Federal em reconhecer como entidade familiar não só a família “legítima” constituída pelos laços matrimoniais, mas também aquela oriunda da união estável e da monoparentalidade, conferindo a estas um caráter de legitimidade”.

“Veda em seu artigo 227§ 6º designações discriminatórias no tocante à filiação, no sentido que trouxe à luz a legitimidade entre todos os filhos, independentemente de seu nascimento ser fruto do casamento ou não”.

Desta forma, analogamente, não poderia mais haver na família a qualificação de legítima ou ilegítima, sendo esta constituída de várias formas: pelo casamento, pela união estável ou pela monoparentalidade.<sup>51</sup>

“Decorre desta concepção que, na atualidade a constituição da família transcende uma formalidade e finca-se como núcleo sócio-afetivo necessário à plena realização da

<sup>44</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva – Instituições de direito civil, 18ªed, Rio de Janeiro:Gen/Forense, 2010, p.23 – atualizado por Tânia da Silva Pereira.

<sup>45</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes – Direito Civil : estudos, Belo horizonte: Del Rey, 2000, p.17 e 18.

<sup>46</sup> GOMES, Orlando – Direito de Família, 11.ed, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.22; OLIVEIRA, Euclides de – União Estável do concubinato ao casamento, 6.ed., São Paulo : Método, 2003, p.24.

<sup>47</sup> SAN TIAGO DANTAS - Francisco Clementino de – Direito de família e das sucessões, op.cit., p.3.

<sup>48</sup> MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da – Curso de Direito Civil – direito de família, op.cit., p.3.

<sup>49</sup> VENOSA, Silvio de Salvo - Direito Civil, - direito de família, 9.ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2009, v.6, p.1.

<sup>50</sup> MADALENO, Rolf - Novas perspectivas no direito de família, Porto Alegre:Livraria do Advogado Editora, 2000, p.15.

<sup>51</sup> MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da – Curso de direito civil, op.cit., p.4.

personalidade de seus membros segundo os ditames da noção de dignidade da pessoa humana, sob os quais se forma o Estado, e a Carta Magna adota como princípio fundamental à luz do artigo 1º, III”.<sup>52</sup>

A Constituição de 1988, em sua magna importância, alargou nos artigos 226 e 227 o conceito tradicional de família, inicialmente atrelada ao casamento, reconhecendo outras entidades familiares, gerando assim efeitos devastadores na ordem jurídica do direito de família, que “se pretendia pacificada pela tradição, pela ordem natural dos fatos e pela influência grandiloquente do direito canônico”.<sup>53</sup>

Desta forma, na moderna concepção da família esta se funda por um ato originário, seja o casamento, a união estável ou a filiação. A coesão entre seus membros, o poder nela exercido e a durabilidade dessa coesão dão, nas palavras de Rui Geraldo Camargo Viana, “a conotação de verdadeira instituição”.

A legislação emprega a palavra família em diversos sentidos, tendo em vista o critério sucessório, alimentar, o da autoridade e o das implicações fiscais e previdenciárias.

Através da aplicação do critério sucessório, a família abrange os indivíduos chamados pela lei para herdar uns dos outros. São eles: os parentes em linhas retas ascendentes e descendentes *ad infinitum*, os cônjuges, os companheiros e os colaterais até o 4º grau, segundo a disposição constante nos artigos 1829, I a IV – que institui o ordem da vocação hereditária; art.1839; art. 1843 e art. 1790 do Código Civil brasileiro.

Para efeitos alimentares, à luz dos artigos 1694 a 1697 do Código Civil, considerou-se família os ascendentes, os descendentes e os irmãos. Pelo critério da autoridade, a família restringe-se a pais e filhos, pois aqui se manifesta o poder familiar, que, conforme entendimento de Caio Mário da

Silva Pereira, se faz sentir na criação e educação dos filhos.<sup>54</sup>

De acordo com o critério fiscal, em relação ao imposto de renda, a família define-se em relação aos seus componentes: os cônjuges e seus dependentes.<sup>55</sup>

Entende Ferrara que apesar de não se ter chegado a um conceito jurídico definitivo da família, esta pode ser entendida como o “grupo fechado de pessoas, composto de pais e filhos, e de outros parentes, unidos pela convivência de fato, numa mesma economia e sob a mesma direção”.<sup>56</sup>

Aponta Maria Helena Diniz que três são, didaticamente, as espécies de família, conforme sejam oriundas do matrimônio, do companheirismo ou da adoção, embora em relação ao filho não seja feito nenhum tipo de discriminação, de acordo com sua origem, à luz dos artigos 226 § 4º e 227 § 6º da Constituição Federal, da Lei 8069/90 e pelo artigo 1596 do Código Civil atual. Advém, finalmente, a família substituta que se configura pela guarda, tutela ou adoção, como dispõe a Lei 8069/90.

Apresenta, ainda, a família, diversos caracteres peculiares: o caráter biológico, exteriorizando-se como o agrupamento natural do ser humano, criando diversos direitos e deveres entre os seus membros; o caráter psicológico, que se traduz pelo elemento imaterial, metafísico, espiritual que liga os seus componentes; o caráter econômico, através do qual o homem amparado em seu núcleo se mune dos elementos necessários para sua sobrevivência; o caráter religioso, “uma vez que a família é, como instituição, um ser eminentemente ético ou moral, principalmente por influência do Cristianismo, não perdendo esse caráter pela laicização do direito”, destaca Planiol o Cristianismo como um dos responsáveis pela formação do novo conceito da família, “pois a considerava o agrupamento familiar unicamente do ponto de vista moral e que esta

<sup>52</sup>MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – Novas modalidades de família na pós-modernidade, op.cit.,p.7.

<sup>53</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira – A Família Monoparental como entidade familiar. In : Direito de Família, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, vol II, p.44.

<sup>54</sup>PEREIRA, Caio Mário da Silva – Instituições de Direito Civil, 14 ed., Rio de Janeiro:Forense, 2004.,p.18.

<sup>55</sup> DINIZ, Maria Helena – Curso de Direito Civil brasileiro – direito de família, op.cit.,p.11

<sup>56</sup> FERRARA - Trattato di diritto civile italiano,Roma:Ed.Atheneum,1921,v.1, p.54.

concepção acabaria por triunfar”; o caráter político, pois, por ser a célula *mater* da sociedade, dela nasce o Estado, como preconizou Ihering; e o caráter jurídico, por ter a família uma estrutura interna que é regulada por normas jurídicas, como constituem-se as do direito de família.<sup>57</sup>

Vemos assim que na pós-modernidade, “A cara da família mudou. O seu principal papel, de dar suporte emocional ao indivíduo, foi substituído por um grupo menor, em que há flexibilidade e eventual intercambialidade de papéis e, indubitavelmente, mais intensidade no que diz respeito a laços afetivos”.<sup>58</sup>

Está hoje consagrada, no entender de Rui Geraldo Camargo Viana, a família com pluralidade de tipos, que numa concepção moderna pode ser traduzida como uma realidade social.<sup>59</sup>

De forma sintética, a família pode ser entendida “como sendo o grupo de pessoas unidas por relação conjugal ou parental, permeada por afeto e interesses comuns, onde o homem inserido e protegido tem a possibilidade de desenvolver plenamente sua personalidade e potencialidades”.

“O conceito de família tomou outra dimensão no mundo contemporâneo, estendendo-se além da família tradicional, oriunda do casamento, para outras modalidades, muitas vezes informais, tendo em vista o respeito à dignidade do ser humano, o momento histórico vigente, a evolução dos costumes, o diálogo internacional, a descoberta de novas técnicas científicas, a tentativa da derrubada de mitos e preconceitos, fazendo com que o indivíduo possa, para pensar com Hanna Arendt - **sentir-se em casa no mundo**”.

Na síntese de nosso pensamento, advém daí a possibilidade de legitimação das novas modalidades de família, que, flexibilizando a rigidez conceitual desta em seu

desenvolvimento histórico, adquire um caráter eminentemente social.<sup>60</sup>

Diversas são as formas de família que vigem na atualidade. O conceito tradicional mudou, abarcando formas novas. Podemos antever que o modelo prevalente de formação familiar é a família nuclear, ou seja, composta pelos pais e sua prole.

Os arranjos familiares obedecem a uma enorme gama de tipos, a saber: família matrimonial, família formada na união estável, concubinária, monoparental, unilinear, homoafetiva, famílias recompostas, mosaico, pluriparental, anaparental, eudemonista, paralela, com suas peculiares repercussões no campo do direito, tendo todas elas em comum o desejo de inserção e de proteção do ser humano, em um locus onde possam desenvolver suas potencialidades e peculiaridades, tendo em vista o princípio constitucional do primado da dignidade da pessoa humana.

Nas palavras de Maria Berenice Dias “despontam novos modelos família mais igualitárias nas relações de sexo e idade, mais flexíveis em suas temporalidades, em seus componentes, menos sujeitos a regras e menos sujeitas à regra e mais ao desejo”.<sup>61</sup>

Nesse sentido, podemos perceber que a formação atual da família obedece aos ditames pessoais, às liberdades individuais, em frontal valorização dos direitos da personalidade e dos direitos humanos.

Entretanto, a Constituição Federal, regula a formação familiar em seus artigos 226 e 227, reconhecendo a proteção de três modalidades de família: a família matrimonial, a família formada na união estável – ambas com a nítida prevalência da dualidade de sexos e a família monoparental.

Em consonância com o momento histórico vigente, vemos que a atual Constituição Federal brasileira, amparada pela nova noção do constitucionalismo moderno, protege a supremacia da dignidade da pessoa humana em seu artigo 1º,III; a liberdade, a

<sup>57</sup> DINIZ, Maria Helena – Curso de Direito Civil brasileiro – direito de família, op.cit.,p.12 a 14.

<sup>58</sup> WAMBIER, Teresa Celina Arruda Alvim -Um novo conceito de família- reflexos doutrinários e análise de jurisprudência. In. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Direitos de família e do menor. 3.ed, Belo Horizonte: Del Rey,1993,p.83.

<sup>59</sup> VIANA, Rui Geraldo Camargo Viana - A Família. In. Temas atuais de Direito Civil na Constituição Federal, op.cit.,p 26 a 39.

<sup>60</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – Novas modalidades de família na pós-modernidade, São Paulo:Atlas, 2010, p.9.

<sup>61</sup> DIAS, Maria Berenice – manual de direito das famílias, São Paulo:Ed.Revista dos Tribunais, 4ºed., 2009, p.38.

igualdade, em seu artigo 5º, e em seu artigo 3º,IV, visa promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outra forma de discriminação; valorizando assim o ser humano como sujeito de direito e visando-lhe outorgar, de forma mais ampla a inserção e o respeito à cidadania.

Desta sorte, a afetividade, singrou os mares do reconhecimento formal funcionando como cimento basilar para a formação familiar e parental na atualidade.

Além da família matrimonial, da família formada na união estável, da família monoparental e da família formada por pessoas do mesmo sexo, que serão largamente estudadas nesta obra em capítulos próprios, iremos nos deter, em novos conceitos de família, que também se apresentam na pós-modernidade: a família anaparental, a família pluriparental, a família eudemonista e a família paralela.

A denominada **família anaparental**, não regulada pelo legislador, pode ser definida como a relação familiar baseada na affectio e na convivência mútua entre pessoas que apresentem grau de parentesco .

O exemplo mais clássico recairia sobre os casos em que duas irmãs – via de regra, solteiras ou viúvas – residam juntas e assim amealhem um patrimônio comum.

Para Sérgio Resende de Barros, a noção de família anaparental, se baseia no afeto familiar, mesmo sem contar com a presença dos genitores. De origem grega, o prefixo “ana” traduz a ideia de privação (neste caso, designa a existência da família sem pais).<sup>62</sup>

Inserir-se-ia também aqui a família formada por uma só pessoa tendo em vista a proteção do bem de família, e a consequente aplicação da Lei 8009/90 e da Súmula 380 do STF.

Como a Lei nº 8.009/90 não determina expressamente o número de pessoas que deve compor a unidade familiar para sua aplicação, podemos entender que também é passível de ser aplicada à pessoa individualmente considerada independentemente de seu estado

civil. O sentido social da norma busca garantir a proteção do patrimônio pessoal. Essa finalidade permite desvendar a exata extensão da lei. Caso contrário, sacrificar-se-ia a interpretação teleológica para prevalecer a interpretação literal.

A possibilidade da instituição de bem de família à pessoa sozinha (não apenas a solteira, mas também a viúva e a casada que está separada de fato), por certo, consiste na questão mais intrincada no tema da legitimidade para a instituição do bem de família. É imprescindível a convivência more uxória para se instituir bem de família?

Pensamos que não. Diante de uma perspectiva acentuadamente humanista e pluralista, que atingiu a gênese da formação familiar na pós-modernidade, parece-nos bastante viável reconhecer o direito personalíssimo de não se vincular afetivamente a outra pessoa, sem que, no entanto, haja qualquer comprometimento dos direitos reconhecidos àqueles que integrem uma unidade familiar em quaisquer das formas existentes na atualidade.

Nesse sentido, entendemos que inexistente qualquer óbice à instituição do bem de família por pessoa sozinha, como dispõem os arts. 1711 e 1.722, do novo Código Civil.

Outra forma de família que vem crescendo na atualidade é a **família pluriparental** – também denominada família mosaico - que pode ser entendida como a entidade familiar que surge com a ruptura de anteriores vínculos familiares e a consequente formação de novos vínculos, que incluem os filhos oriundos das relações anteriores, e também aqueles que o casal tem em comum.

Suas características principais podem ser definidas como portadoras de múltiplos vínculos, ambiguidade de compromissos e interdependência.

Entendemos, entretanto, que o vínculo que permanece entre os pais e os filhos nas famílias mosaico é o de monoparentalidade, mesmo porque, permanecem inalteradas as relações parentais – que englobam direitos e deveres – dos pais com os filhos.

A lei pátria confere a possibilidade de adoção pelo companheiro do cônjuge do genitor, configurando a chamada adoção unilateral, à luz do disposto no art. 1626 §

<sup>62</sup> BARROS, Sérgio Resende de – Direitos humanos da família: princípios operacionais. In. <http://www.srbarros.com.br/pt/direitos-humanos-da-familia-principais-e-operacionais.cont>. < acesso em 29.5.10 >

único do Código Civil, e no art. 41 § 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, permanecendo, entretanto a obrigatoriedade de anuência do pai registral.

Também a **família eudemonista** desponta no universo familiar na atualidade. Pode ser esta entendida como a família cuja formação decorre do afeto, ou seja, cuja viabilidade produz felicidade nos seus componentes, bem supremo da existência humana.<sup>63</sup>

Na concepção de Maria Berenice Dias “Surgiu um novo nome para essa tendência de identificar a família pelo seu envolvimento efetivo: família eudemonista, que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros. O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, como se infere da primeira parte do § 8º do art. 226 da CF: o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos componentes que a integram.”<sup>64</sup>

A **família paralela**, por seu turno, é aquela que se forma a despeito do princípio da monogamia, observado no ordenamento legal pátrio. O Código Civil denomina de concubinato as relações não-eventuais existentes entre homem e mulher impedidos de casar. O artigo 1521 refere que não podem casar as pessoas casadas. Preferimos denominar este concubinato de família paralela, para diferenciá-lo do concubinato em que existe apenas uma família. Portanto, na família paralela, um dos integrantes participa como cônjuge de mais de uma família.

<sup>63</sup>“Ética baseada na noção aristotélica de “eudaimonia” ou felicidade humana... Embora próxima da “ética da virtude”, essa abordagem distingue-se daquele quando é eliminada a identificação grega entre a ação virtuosa e a felicidade. O eudemonismo pode também variar conforme as noções do que é, de fato, a felicidade. Assim, os cirenaicos acentuam o prazer sensual; os estóicos salientam o desapego em relação a bens mundanos, como a riqueza e a amizade. Tomás de Aquino dá mais atenção à felicidade como contemplação eterna de Deus e assim por diante.”

<sup>64</sup> DIAS, Maria Berenice – O direito das famílias, op.cit.,p.53 e 54.

Caso o impedimento seja o casamento anterior, temos duas situações: será união estável se o casamento foi faticamente desfeito ou será concubinato se o casamento anterior coexistir com o novo relacionamento. É válido ressaltar que essa modalidade convivencial não é vista com bons olhos pela sociedade.

Para Maria Berenice Dias, “Os relacionamento paralelos, além de receberem denominações pejorativas, são condenados à invisibilidade. Simplesmente a tendência é não reconhecer sequer sua existência. Somente na hipótese de a mulher alegar desconhecimento da duplicidade das vidas do varão é que tais vínculos são alocados no direito obrigacional e lá tratados como sociedades de fato. Muitas uniões que persistem por toda uma existência, muitas vezes com extensa prole e reconhecimento social, são simplesmente expulsas da tutela jurídica”.

De qualquer forma, “negar a existência de famílias paralelas – quer um casamento e uma união estável, quer duas ou mais uniões estáveis – é simplesmente não ver a realidade”.

Desta sorte, para Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira “já existe na jurisprudência pátria menção significativa de proteção da família paralela para fins de concessão de benefícios patrimoniais. Quando finda a relação afetiva, comprovada a concomitância com o casamento, deve o patrimônio acrescido no período ser dividido, na proporção do tempo da manutenção do duplo vínculo”.

É válido ressaltar que a jurisprudência em sua maior parte nega o reconhecimento dessa modalidade de família, não a identificando como união estável. Quando muito há o reconhecimento de uma sociedade de fato, partilhando-se os bens adquiridos nesse período desde que comprovada a efetiva participação para sua aquisição.<sup>65</sup>

Quanto à **família formada pelo casamento**, temos na lição de San Tiago Dantas que “na sociedade moderna ocidental,

<sup>65</sup> O STJ vem reconhecendo à mulher indenização por serviços domésticos prestados, e também já determinou a divisão do seguro de vida e a repartição da pensão com a viúva, na mais perfeita forma de justiça salomônica. DIAS, Maria Berenice – Manual de direito das famílias, op.cit.,p.49 a 51.

o matrimônio monogâmico é a base geral sobre a qual se assenta a família”.

Aduz que “não obstante a influência do Cristianismo no instituto, a antiguidade greco-romana preparou solidamente as bases da sociedade para a prática milenar da família monogâmica que se conhece... embora cada vez mais se busque, dentro da evolução social a que se assiste, o equilíbrio do homem e da mulher na relação conjugal, em cujo fundamento se prevê uma sobreposição do interesse social sobre o interesse individual”.<sup>66</sup>

Antiga é a lição de Modestino “casamento é a conjunção do homem e da mulher, que se associam para toda a vida, a comunhão do direito divino e do direito humano”<sup>67</sup>

Historicamente, apresentou-se o casamento em quatro fases como aduz Maurício Pessoa: “o casamento consensual, que se originou no direito romano, o casamento exclusivamente religioso, com fundamento no Direito Canônico até o Concílio de Trento, o casamento civil e religioso vigente desde o concílio de Trento até o Código de Napoleão e finalmente o casamento civil obrigatório, correspondente à secularização do casamento”.<sup>68</sup>

Na Idade Média, o casamento assumiu um papel essencialmente religioso, as disposições jurídicas que lhe regiam eram as do direito canônico. Sendo que a Igreja reprovava toda união extra-matrimonial notadamente o concubinato. O casamento legítimo era o celebrado em face do consentimento dos nubentes e durava a vida inteira.

Para Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva, casamento é “a união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem os seus filhos... a reprodução não é mais a finalidade precípua do casamento, devido ao fato de que muitos casais optam por

não ter filhos, mas o mútuo adjutório sim, sempre foi e será não só a finalidade, mas o efeito jurídico do casamento”.

A principal finalidade do casamento é estabelecer uma comunhão plena de vida como prevê o artigo 1511 do Código Civil, oriundo do amor do casal, baseado na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges e na mútua assistência; sendo os demais objetivos, que normalmente se atribui ao casamento, secundários - não essenciais - como a procriação ou a satisfação sexual.

Embora não traga consignada a doutrina pátria uma definição expressa do que seja em si o casamento, podemos entendê-lo como um ato solene, com forma prevista em lei que tem em vista a formação de um grupo social, que visa ao amparo mútuo dos seus partícipes em todas as esferas da vida íntima, baseado em afeição genuína, com finalidade de crescimento interior, desenvolvimento das intrínsecas potencialidades, visando o bem-estar, a felicidade, a perpetuação do ser humano em observância da higidez da sociedade.

Como ato formal, traz consignados alguns requisitos basilares como a dualidade de sexos, o consentimento válido e a celebração perante a autoridade competente para que seja válido.

A **união estável** por sua vez, representa a feição informal da família, através da qual a generalização do fato social fez com que fosse reconhecida juridicamente. Na atualidade, recebe amparo constitucional, no art 226 § 3º da Constituição Federal. Considera-se união estável a entidade familiar estabelecida entre o homem e a mulher de forma pública, contínua e duradoura, com animus de constituir uma família, diferente do concubinato, que se restringe às relações entre homens e mulheres impedidos de casar.

Pode ser entendida como sendo a entidade familiar constituída por um homem e uma mulher que convivem em posse do estado de casado, que se converteu em relação jurídica em virtude da Constituição, que lhe atribuiu dignidade de entidade familiar própria, com seus direitos e deveres.

Também a **família monoparental** representa uma forma de família presente na atualidade. Esta por sua vez, configura-se de

<sup>66</sup> SAN TIAGO DANTAS, F C – Direito de família e das sucessões, op.cit.,p.13 e 14

<sup>67</sup> Digesto, Liv. XXIII, Tit. II, Frag. 1º

<sup>68</sup> PESSOA, Maurício – O casamento no direito civil constitucional .In. VIANA, Rui Geraldo Camargo e NERI, Rosa Maria de Andrade ( Org.). Temas atuais de direito civil na Constituição Federal, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p.218

forma desvinculada da ideia de um casal e seus filhos, pois é formada pela presença e inter-relação da prole com apenas um dos seus genitores por diversas razões: viuvez, divórcio, separação judicial, adoção unilateral, não reconhecimento da prole pelo outro genitor, inseminação artificial (homóloga- após a morte do marido, ou de mulher solteira; heteróloga), produção independente.<sup>69</sup>

Tal como aduz Paulo Lôbo, “a família monoparental não é dotada de um estatuto próprio, com deveres específicos, sendo-lhe aplicáveis as regras do direito de família, atinentes às relações de parentesco em geral. Na ocorrência de aquisição de maioridade ou emancipação do filho, deixa de existir o poder parental, reduzindo-se a entidade monoparental apenas às relações de parentesco, inclusive no que tange ao direito alimentar”.<sup>70</sup>

Na atualidade, as estatísticas comprovam que um número bastante elevado de famílias são fincadas, sob o véu da monoparentalidade, fazendo-se, portanto urgir à lei a sua regulamentação. Em análise ao resultado do censo realizado pelo IBGE em 1990 apontou-se para a marca de 13,9% o total de famílias monoparentais formadas naquele período.<sup>71</sup>

Desmembra-se a família monoparental na **família unilinear**, formada pela genitora e sua prole, oriunda das técnicas de reprodução assistida, em sua modalidade heteróloga.

Entre todas as formas de família elencadas supra, que convivem harmonicamente na pós-modernidade, a **família homoafetiva** e a **família formada nos estados intersexuais** é a que denota maior discussão.

A família formada por pessoas do mesmo sexo vem desbravando os mares do preconceito e do desconhecimento para se fincar no mesmo rol de entidade familiar que as demais. Assim sendo, o direito à orientação sexual passou a ser visto como um direito

fundamental do ser humano previsto na Carta Constitucional.

Presente desde os primórdios, a prática homossexual começou seu processo de descriminalização nos idos dos anos 30 na Dinamarca, sendo seguido por diversos países europeus.

Somente no final do século XX com o advento de inúmeras leis protetivas aos direitos dos homossexuais, o uso das liberdades individuais e os preceitos oriundos dos direitos humanos fez com que parte da comunidade mundial aceitasse, mesmo que de forma velada, a existência da prática homossexual – agora não mais vista como crime, mas sim como uma livre manifestação da sua personalidade e a necessidade premente da positivação legal de sua proteção.

No Brasil, a família formada por pessoas do mesmo sexo, apresenta muitas controvérsias, pois, a doutrina pátria admite o casamento ou a constituição de união estável somente entre pessoas de sexos diferentes, e ainda, não outorgaram os Diplomas legais de forma a expressar a possibilidade do reconhecimento do *status familiae* a esse grupo populacional.

A Constituição Federal, em seu artigo 226, reconhece como família, aquela fundada no casamento ( §§1º e 2º), na união estável ( §3º) ou na monoparentalidade (§4º), em nada referindo expressamente à formação da família por homossexuais.

Dispõe ainda no mesmo artigo 226§ 5º “ os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Diferentemente do Código Civil de 1916 que reconhecia a família somente se constituída em face do casamento, o Código Civil de 2002 nos artigos 1723 a 1727 reconhece a união estável como entidade familiar, embora o texto legislativo contenha a necessidade da dualidade de sexos.

Diferentemente do modelo brasileiro é a posição da comunidade internacional sobre o tema. Grande parte dos países ocidentais já estendeu o reconhecimento familiar aos homossexuais – e aos transgêneros -, sendo sob a forma de casamento – advindo de Emendas Constitucionais, seja sob a forma de

<sup>69</sup> DINIZ, Maria Helena – Curso de Direito Civil Brasileiro, v.5, op.cit., p.11; LEITE, Eduardo de Oliveira – Famílias monoparentais, 2ªed., São Paulo: Ed.Revista dos Tribunais, 2003,p.31 a 33,36,45

<sup>70</sup>LÔBO, Paulo Luiz Netto – Famílias, op.cit.,p.67

<sup>71</sup>LEITE, Eduardo de Oliveira- Famílias monoparentais, op. cit., p.130.

parteriat – advindo da elaboração de lei especial.

Com a evolução dos costumes e das relações interpessoais, restou uma lacuna na lei. O que fazer com os homossexuais? Sendo que estes compõem a estrutura social, demonstram-se cada vez mais ativos na coletividade e no ambiente de consumo e integram relações com intensa carga emocional e afetiva de caráter estável e duradouro, que requer amparo legal. E visam, sobretudo à aquisição de direitos civis plenos, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

A proteção contra as arbitrariedades do Estado é um direito dos cidadãos com a afirmação do chamado Estado Social de Direito - alçado numa sociedade livre, justa, pluralista, solidária, que se propõe, isenta de preconceitos, valorizar a busca da justiça social com a afirmação dos chamados direitos sociais, onde entendemos que a livre expressão da sexualidade encontra-se elencada, embasada naquilo que está no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Ademais, o exercício da sexualidade é um direito da personalidade bem como o direito à composição familiar.

Depois da apresentação de inúmeros Projetos de Lei visando regular a família homoafetiva no Brasil, como: Projeto de Lei n.1151/95, Projeto de lei n.1151-A/97, Projeto de Lei n.5252 de 2001, Projeto de Lei de n.2285/07, denominado Estatuto das Famílias, e o Projeto de Lei n. 4914/2009, em maio de 2011 o Supremo Tribunal Federal equiparou a entidade familiar formada por pessoas de mesmo sexo como união estável, com a família formada na união estável, já referida. Em 25.10.11, foi mais longe o Superior Tribunal de Justiça, autorizando o casamento de duas mulheres no Sul do país, abrindo assim precedente para a regulamentação do casamento homossexual no Brasil, com todos os desdobramentos daí decorrentes de cunho sucessório, patrimonial, aquisição do status *familiae* e adoção de menores.

É válido ressaltar que na comunidade internacional diversos países já reconhecem o casamento sexualmente neutro, havendo entretanto, divergências estruturais no que tange à adoção de menores ou mesmo acesso

às técnicas de reprodução assistidas por casais do mesmo sexo.

O Brasil, numa postura bastante moderna, alterando a antiga Resolução n. 1358/92 do Conselho federal de medicina, possibilitou o acesso aos homossexuais às técnicas de reprodução assistida.

No que tange à **família formada nos estados intersexuais**, esta abrange os indivíduos transexuais e intersexuais, mostrando a problemática da identidade de Gênero – no caso dos transexuais, e na identidade sexual de cunho anatômico e biológico (os intersexuais).

Com profundos desdobramentos no campo do direito, a questão envolvendo o transexual permeia os direitos da personalidade, uma vez que se situa na esfera do direito à vida, notadamente, no que tange à felicidade pessoal – fim precípua do Estado; o direito à identidade de gênero; à intimidade; à livre expressão sexual; à integridade física e psíquica; ao recato; o direito à privacidade entre tantos outros que visem a possibilitar a plena inserção do indivíduo na sociedade.<sup>72</sup>

Procede-se ao diagnóstico da síndrome transexual, o tratamento feito por uma equipe multidisciplinar e a consequente submissão à cirurgia redesignatória, amparada pela Resolução 1652/02 e pela Resolução ambas do Conselho Federal de Medicina.

Após o diagnóstico de transexualismo, o preenchimento dos requisitos legais para a realização da cirurgia redesignatória e o procedimento cirúrgico em si, as questões legais envolvendo os transexuais – entre elas a alteração do nome – determinam fortemente sua inclusão social e afetiva.

Existe uma possibilidade legal de se proceder à alteração do prenome individual por motivo de modificação cirúrgica do sexo da pessoa. Com a entrada em vigor da Lei 9.708/98 alterando o artigo 58 da Lei 6.015/73, o transexual operado teria base legal para alterar o seu prenome, substituindo-o pelo apelido público e notório pelo qual é conhecido no meio em que vive, desde que não prejudique o grupo em que vive, visando a

<sup>72</sup>MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – Novas modalidades de família na pós-modernidade, op.cit.,p.

assegurar, assim, os direitos básicos da cidadania.<sup>73</sup>

Uma vez alterado seu assento registral, decorrente da alteração do sexo do indivíduo, sanam-se as dúvidas quanto à habilitação para o casamento. Assim, podemos entender que o casamento convolado com um indivíduo transexual pode ser perfeitamente válido tendo em vista o longo caminho percorrido por este desde o seu diagnóstico até a sua alteração registral. Observadas as deliberações das Cortes de direitos humanos e dos princípios constitucionais, o novo sexo, fruto da intervenção cirúrgica e da adequação fisiopsíquica, daria a conformação do sexo social do indivíduo e geraria portanto a diferenciação sexual requerida pela lei brasileira. Logo, não se incluiria este, no rol do casamento inexistente, mas dada a sua inegável peculiaridade persiste a possibilidade deste ser anulável, tendo em vista a existência de possível erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge, caso o outro nubente ignorasse os fatos antes do casamento, além da presença de defeito físico irreparável que tornasse impossível a convivência comum, frutos de cicatrizes ou sequelas cirúrgicas que inviabilizassem a vida conjugal normal, tal como dispõe o artigo 1557, I, III do Código Civil.<sup>74</sup>

Quanto à possibilidade do transexual solteiro ou divorciado contrair matrimônio ou constituir união estável, pensamos que uma vez diagnosticada a transexualidade, realizada a cirurgia redesignatória e a retificação do assento registral, nada obsta ao casamento do transexual, pois, nas questões envolvendo disforia de gênero, o sexo a ser valorizado para integrar as relações jurídicas deve ser o sexo psíquico do indivíduo.<sup>75</sup>

Permanecem inalteradas as relações identitárias dos filhos havidos anteriormente à

cirurgia redesignatória. Nada obsta que proceda naturalmente ao processo de adoção, passando, pois, a ser o transexual redesignado, por exemplo, pai de A e B e mãe de C e D. Quanto à família formada pelo intersexual, esta observa suas próprias peculiaridades, pois o indivíduo em questão apresenta a genitália ambígua – o pseudo-hermafroditismo, e não a disforia de gênero, apesar da conformação anatômica normal. Assim, a cirurgia reparadora vai adequar a genitália ao genótipo do indivíduo, ou se realizada mais tardiamente, adequar-se ao sexo social desse mesmo indivíduo, agora, plenamente habilitado à formação da família casamentária ou através da união estável. A Resolução CFM n. 1664 de 12.05.2003 – dispõe sobre as normas técnicas necessárias para o tratamento de pacientes portadores de anomalias de diferenciação sexual.

Entendemos que sua conjugalidade não se encontra comprometida, pois a adequação fenotípica do sexo em face do genótipo (tal como já referido) não impõe uma alteração do sexo, mas uma acomodação frente a uma anomalia que a própria natureza gerou.

Uma vez que o maior problema do portador de intersexualidade é justamente adequar o sexo às estruturas somáticas que apresenta e com isso inseri-lo no mundo jurídico, pensamos que nenhuma menção desonrosa ou desclassificatória lhe seria imputado em matéria de filiação. Ou seja, frente à incapacidade procriativa que apresenta, resta-lhe o recurso da adoção para que se perfaça a continuidade de sua família, e esta se regulará pelos princípios constitucionais e legais apresentados nos Diplomas legais: o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Podemos concluir de forma muito sintética, que a pós-modernidade consagrou diversas modalidades de família desconhecidas na atualidade tentando, principalmente tendo em vista seu caráter eudemonista e modificador, fazer com que o homem possa finalmente alcançar a tão sonhada felicidade e inserção.

<sup>73</sup> MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França – Curso de direito civil, v.1, op.cit., p.116

<sup>74</sup> A questão envolvendo os parceiros dos transexuais desperta interesse grande interesse científico. Blanchard e Collins dão ao desejo de homens por transexuais e transgêneros o nome de ginandromorfofilia, que se constitui como interesse erótico separado e particular.

<sup>75</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus - Casamento inexistente, nulo e anulável. Revista do Advogado, ano XXVIII, jul de 2008, n.98, p.35.

**REFERÊNCIAS**

- BARROS,Sérgio Resende de – **Direitos humanos da família: princípios operacionais**. In. <http://www.srbarros.com.br/pt/direitos-humanos-dafamilia-principais-e-operacionais.cont.<acesso em 29.5.10>>
- BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**, 8ªed., Rio de Janeiro:Livraria Francisco Alves, 1950,v.2 – atualizado por Achilles Beviláqua.
- CARBONNIER, Jean. **Droit Civil – la famille- les incapacités**, Paris: Puf,1992.
- CORNU,Gèrard – **Droit Civil – la famille**.7 édition,Paris:Montchrestien,2001.
- COULANGES,Fustel – **A Cidade antiga**, São Paulo:Martins Fontes, 2000
- DIAS,Maria Berenice – **manual de direito das famílias**, São Paulo:Ed.Revista dos Tribunais, 4ªed., 2009.
- DINIZ, Maria Helena – **Curso de Direito Civil brasileiro – direito de família**, São Paulo: Saraiva
- FERRARA - **Trattato di diritto civile italiano**,Roma:Ed.Atheneum,1921,v.1.
- GOMES,Orlando – **Direito de Família**, 11.ed, Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- HIRONAKA,Giselda Maria Fernandes Novaes – **Direito Civil : Estudos**, Belo Horizonte: Del Rey,2000.
- LEITE, Eduardo de Oliveira – **A Família Monoparental como entidade familiar**. In : Direito de Família, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, vol II.
- MADALENO, Rolf - **Novas perspectivas no direito de família**, Porto Alegre:Livraria do Advogado Editora, 2000.
- MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – **Novas modalidades de família na pós-modernidade**, São Paulo:Atlas, 2010.
- MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – **Curso de bioética e biodireito**,São Paulo:Atlas, 2010
- MALUF,Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus - **Casamento inexistente, nulo e anulável**. Revista do Advogado,ano XXVIII, jul de 2008, n.98
- MAZEAUD et CHABAS-Leçons, Paris,: Montchrestien,Tit I et II ,p.6.
- MONTEIRO,Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da – **Curso de Direito Civil**, 39. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, v.2.
- NADAUD, Stéphane – **L’homoparentalité- une nouvelle chance pour la famille?** Paris:Fayard, 2002.
- NADER, Paulo - **Curso de direito civil**, 4ªed., Rio de Janeiro:Gen/Forense, 2010, v.5.
- OLIVEIRA, Euclides de **União Estável do concubinato ao casamento**,6.ed., São Paulo : Método, 2003.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva – **Instituições de direito civil**, 18ªed, Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2010 – atualizado por Tânia da Silva Pereira.
- PESSOA, Maurício – **O casamento no direito civil constitucional** .In. VIANA, Rui Geraldo Camargo e NERI, Rosa Maria de Andrade ( Org). **Temas atuais de direito civil na Constituição Federal**, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000
- SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de – **Direito de família e das sucessões**. Revista e atualizada por José Gomes Bezerra Câmara e Jair Barros. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- VENOSA, Silvio de Salvo - **Direito Civil**, - direito de família, 9.ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2009, v.6
- VIANA, Rui Geraldo Camargo Viana - A Família. In. **Temas atuais de Direito Civil na Constituição Federal**.