

## A BUSCA DE UM ELEMENTO COMUM NAS ESTRUTURAS FAMILIARES

Maria Fernanda Estanislau<sup>1</sup>

Roberto Lins Marques<sup>2</sup>

### RESUMO

Estetrabalhotem como objetivo discorrer sobre a multiplicidade familiar existente em nossa sociedade, bem como encontrar um elemento comum que permita a identificação de um determinado núcleo de pessoas como família, diferenciando-a de outros núcleos, haja vista que o afeto nem sempre pode existir dentro de uma família. A razão dessa pesquisa é evitar que o instituto da família, que merece especial proteção do Estado, reste banalizado, bem como possibilitar um norte para a aceitação de núcleos familiares diversos que estão por surgir. Desse modo, a presente pesquisanarra a evolução de aspectos familiares a partir do Código Civil de 1916, passando pela Constituição Federal, até chegar à redação atual do Código Civil de 2002. Ao final, concluiu-se que são as funções familiares exercidas, mais do que o afeto, que definem os direitos e deveres familiares de nossa legislação atual. Para a realização desse estudo, foram utilizados métodos exploratórios e pesquisa bibliográfica.

**Palavras chaves:** Paternidade. Filiação. Funções familiares. Interdisciplinaridade. Dignidade humana.

---

<sup>1</sup> Acadêmica do Curso de Direito da UNIUBE, acadêmica da 10ª etapa do curso de Direito da Universidade de Uberaba. E-mail: fernanda-fefe123@hotmail.com

<sup>2</sup> Advogado. Especialista em Inovações do Direito Civil e Seus Instrumentos de Tutela. Mestre em Educação. Professor universitário. E-mail: roberto.marques@uniube.br

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo apresenta o elemento comum, sendo este como ponto principal para uma base familiar, de forma que a multiplicidade familiar venha ensejar o novo conceito de família, sendo está reconhecida por funções que caracterizam este núcleo como sendo base familiar.

Para discorrer com mais precisão a respeito do presente estudo, é necessário fazer uma análise acerca das diversas formas de família. O Código Civil de 1916 traz um conceito de família mais conservador, onde o enlace entre homem e mulher só se consolidavam pelo matrimônio, não sendo reconhecida qualquer outra estrutura familiar a não ser pelo casamento. O casamento era, portanto, a principal característica para o elemento familiar. Além de o casamento ser considerado elemento familiar, era de extrema importância que a linha descendente fosse inteiramente biológica de forma que os filhos concebidos fora do matrimônio eram considerados bastardos não tendo quaisquer direitos. Diante disto mesmo que a igreja e o estado reconhecessem de fato a separação, para a igreja o casamento perdurava até a morte, e por conta das riquezas constituídas ao longo do casamento, o Estado seguia pela mesma linha que a igreja adotando tal ideia.

No século XX, a mulher tinha o papel responsável voltado para organização do lar, ficando a mercê do marido e dos filhos, não tendo quaisquer direitos, pois como a família era tida como hierárquica e patriarcal, apenas a figura masculina detinha o poder sobre o núcleo familiar e respondia pelos interesses da mulher. Em 1962 foi criado o Estatuto da Mulher o qual ficou responsável por assegurar os direitos pertencentes a mulher, que até então era encargo do homem.

Em meados de 1977, por meio de uma Emenda Constitucional (EC 9/770), regulamentada pela Lei 6.515/77, surgiu a Lei do Divórcio, trazendo a possibilidade de dissolução do vínculo matrimonial, possibilitando até mesmo que a pessoa divorciada pudesse se unir novamente, porém apenas mais uma vez, não sendo possível mais de dois casamentos.

Com o passar dos anos, a família sofreu diversas alterações em suas estruturas, principalmente no momento em que o Estado estava rumo a democracia, pois até então a Constituição Federal abarcava as definições das entidades familiares do século XX, mantendo em 1988 as tradições já tidas. Contudo a Constituição de 1988 sofreu diversas adaptações no que se desrespeita ao conceito de família, se aderindo as novas entidades familiares e colocando o conceito de família patriarcal como paradigma. Portanto com as modificações

que surgiram no Código Civil 2002 trazem de forma mais precisa as novas entidades familiares, com a proteção do Estado.

Portanto diante desse desenvolvimento referente não só ao conceito de família bem como as novas entidades familiares, o artigo em tela defende busca apresentar um possível elemento comum entre as diversas entidades familiares, de forma que a multiplicidade familiar possa ser constituída além de afetos ou de forma biológica, mas a partir de funções ocupadas por cada elemento familiar.

## 1.1.O CONCEITO DE FAMILIA NO CODIGO CIVIL DE 1916

Conforme nos orienta a história jurídica, desde a primeira Constituição do Brasil, datada de 1824, a busca de um Código Civil sempre foi uma constante. A ausência de uma legislação nacional obrigava a ciência do Direito a continuar utilizando os textos legislativos advindos da Europa, desrespeitando a realidade que aqui se consolidava. Essa busca de um Código Civil só se consolidou em 1916, com Clóvis Bevilácqua, e o nosso estudo, que busca um elemento comum à multiplicidade familiar defendida pela Constituição Federal, faz o seu recorte inicial a partir de tal texto legal.

Pode-se afirmar, portanto, que o estudo de um conceito jurídico efetivamente nacional se inicia com o Código Civil de 1916, sendo, assim, a primeira legislação brasileira a abordar, com propriedade, o tema de família e o casamento civil entre o homem e a mulher, conceitos que acabaram por se confundir por um longo tempo. Assim, o Código Civil brasileiro de 1916 foi o autor das bases da família de quase todo o século XX.

A família, no Código Civil, era fundada apenas com o matrimônio. Não existia outra estrutura familiar que não fosse pelo casamento. Sem casamento, não existia família a ser protegida pelo Estado. O casamento era, portanto, o aspecto fundamental ao nascimento do elemento familiar, sequer se imaginando a possibilidade de existência de família fora do casamento.

Além de o casamento ser o início da família, com relação à descendência, essa deveria ser inteiramente biológica, e os eventuais filhos tidos fora do casamento, embora fosse uma realidade constante, não teriam quaisquer direitos.

Embora já se vivesse uma separação entre a Igreja e o Estado, era nítida a influência da primeira sobre o instituto do casamento. E um dos aspectos em que tal influência podia ser notada se dava na indissolubilidade do casamento. A ideia de que o casamento deveria perdurar até a morte de algum dos cônjuges, defendida pela Igreja, foi aproveitada pelo Estado ao compreender a família como uma unidade de acumulação de riquezas. Assim, mantido o casamento infinito, não haveria partilha de bens e, por consequência, o objetivo de acúmulo de riquezas na família se tornaria mais próspero.

A família do código civil de 1916 era tida como hierárquica e patriarcal, conservando-se as fieis tradições. A supremacia do homem era texto legal, que o nominava como chefe da sociedade conjugal, e, como tal, era o responsável financeiro do lar, responsável também pelos seus filhos, esposas e criados.

À mulher era reservado o papel de ser a responsável por cuidar dos bens materiais

adquiridos e da moral familiar, devendo também cooperar com o seu companheiro, cooperação essa que, de início, se dava exclusivamente dentro do lar e, com a evolução social, também financeiramente, pois a mulher começou a sair para o trabalho. Ainda que mais atuante e participa no mercado de trabalho, a mulher ainda ficava sob o controle do homem, sendo inserida, pela redação original do Código Civil de 1916, como pessoa relativamente incapaz a partir de seu casamento, ou seja, o preço do casamento, para a mulher, era a perda de sua autonomia advinda da capacidade civil plena que lhe seria retirada.

É importante ressaltar que, ainda que o Código Civil brasileiro não contivesse texto expresso nesse sentido, o Direito apenas considerava o casamento civil como fonte originária da família, inexistindo menção de que o casamento religioso pudesse gerar efeitos civis.

O casamento, em suma, tinha uma inescandível intenção de propiciar a aceitação e o reconhecimento da família pela sociedade, além de ser fonte de acumulação de riqueza.

Ademais, o Código Civil de 1916 estabelecia que a mulher casada seria considerada como relativamente incapaz, o que a colocava como inabilitada a exercer os direitos em igualdade de condições com o mesmo, sujeitando-a à sua assistência para todos os atos jurídicos civis.

## **1.2 NO ESTATUTO DA MULHER CASADA**

No dia 27 de agosto de 1962, foi publicada a Lei nº 4.121, que deu uma modificação de rumos a esse contexto patriarcal. O Estatuto da Mulher Casada, como ficou conhecido, foi o responsável para que as mulheres pudessem ter vários direitos até então assegurados somente aos homens.

Entre as conquistas auferidas, a mais significativa fez com que a soberania familiar outorgada exclusivamente ao homem, pelo Código de 1916, caísse por terra. Com esse Estatuto, a mulher passou a ter sua autonomia civil e, especialmente, patrimonial, em igualdade com seu esposo (pois deixou de ser reduzida à condição de relativamente incapaz), passou a ter direitos sobre os filhos caso ocorresse os “desquites” (hoje nominado de separação judicial), passou a dividir o que, à época, se nominava de pátrio poder (atualmente poder familiar), além de poder exercer diversas atividades iguais às que os homens exerciam.

Todas essas mudanças não aconteceram repentinamente, mas foram fruto de muitos anos de grande embate feminino sobre seus direitos, sendo que o Estatuto da Mulher Casada

restou marcado como uma grande vitória feminina e o princípio de muitas mudanças no âmbito legal relacionado aos deveres e direitos da mulher.

### **1.3 NA LEI DO DIVÓRCIO**

Surgida no Brasil em 1977, por meio de uma Emenda Constitucional (EC 9/77), regulamentada pela Lei 6.515/77 (Lei do Divórcio) trouxe a possibilidade de dissolução do vínculo matrimonial, ou, mais claramente, do casamento propriamente, já que era, até então, a única forma de família reconhecida juridicamente. A regulamentação do divórcio no Brasil possibilitava, ainda, que a pessoa divorciada pudesse se unir novamente com uma outra pessoa, embora esse direito, inicialmente, pudesse ser exercido uma única vez.

Antes do ano de 1977, as pessoas que se casavam mantinhamo laço jurídico para todo o sempre. Ainda que ocorresse algum fator para tornar o casamento insuportável, podia ser pleiteado, como forma de proteção, o desquite (atualmente nominado de separação judicial), que colocava fim aos deveres e deveres da sociedade conjugal. Embora houvesse o fim da sociedade conjugal, o vínculo matrimonial continuava intacto, o que impedia a qualquer das partes uma nova união conjugal com outra pessoa.

Com a aprovação da Lei do Divórcio, ainda que de forma tímida e cheia de requisitos (como a comprovação de culpa grave do consorte, moléstia grave e incurável ou a separação de fato por mais de 05 anos ininterruptos, tudo aliado à insuportabilidade da vida em comum), deu-se a oportunidade de as pessoas saírem de uma união indesejada e terem a chance, ainda que única, de um reinício, o que já se demonstrava um grande avanço à liberdade do casal que, de fato, já encontrava-se extinto.

### **1.4 NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Ao passar dos anos, é notável que a família brasileira passou por diversas e significativas mudanças de suas estruturas, primordialmente no decorrer do século XX, tendo a Constituição Federal de 1988 mantido a tradição das Constituições anteriores e inserido um capítulo para o tratamento exclusivo das entidades familiares. E isso se tornou extremamente significativo pois a sociedade encontrava-se em um momento de reconstrução de um Estado democrático de Direito ao país, que teria um de seus pilares fundamentais, a partir de então,

no princípio da dignidade humana, num acato das determinações da Carta de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, de 1.948.

Pode-se considerar que a história do Brasil não conheceu um texto mais ampliativo do conceito de Família do que o texto advindo com a promulgação da citada Constituição Federal de 1988, conforme visto por Faro (2002, p.1):

A obra de Clóvis Beviláqua foi, é importante observar, alterada pelo legislador, nos seus mais de 80 anos de vigência, atendendo as exigências do tempo, por leis que deram significativas melhoras para a figura e posição da mulher casada (Lei nº 4.121/62), instituiu o divórcio (Emenda nº 09/77 e Lei nº 6.515/77), culminando a Constituição da República do Brasil, promulgada em 1988 que trouxe inovações com relação à conceituação e a proteção jurídica da família, imprimindo mudanças nas relações íntimas, com a evolução dos costumes, mas, ainda assim, era preciso incluir num só diploma todas as matérias pertinentes a vida privada.

A nova Constituição, em seus efeitos sobre os novos conceitos familiares, irradiou efeitos sobre inúmeros textos legislativos, entre os quais e que interessam particularmente a este estudo, modificou-se a interpretação do texto da Lei 6516/77, relacionada à separação judicial e divórcio, bem como importou no surgimento futuro de outros textos de significativa importância, como o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente Lei 8069/90), a normatização do reconhecimento dos filhos concebidos fora do casamento, criando meios acelerados de investigação de paternidade, na Lei 8560/92, a regulamentação da União Estável pelas leis nº 8.971/94 e 9.278/96, entre outras.

Assim, embora retornaremos ao tema em capítulo futuro deste estudo, pode-se afirmar, desde já, que a Constituição Federal de 1988 foi, de fato, um grande marco para a nova instituição familiar, contrariando frontalmente a visão exclusiva de família exclusivamente casamentária e chefiada pelo homem definida no texto do Código Civil de 1916, conforme expresso por Rodrigues (2002, p.1):

Imperava no Brasil até a Constituição da República de 1988 o modelo de família patriarcal e de consanguinidade. A carta Constitucional promulgada em 1988 apresentou uma nova roupagem à família e ao Direito De Família com seu artigo 226 e 227, § 6º. No artigo 226, a família é taxada como alicerce da sociedade e merece amparo especial do Estado e inovou reconhecendo outras formas de família reconhecidas pelo Estado em seus parágrafos 3º e 4º, como a União Estável e a Família Monoparental. No artigo 227, § 6º da CF/88 revolucionou o Direito de Família pátrio ao proibir expressamente de haver qualquer tipo de classificação ou discriminação dos filhos, sejam eles havidos ou não na constância do casamento e adotivos ou não.

O que a Constituição Federal demonstrou é o fato de que as famílias vão se desenvolvendo da mesma forma que vão ocorrendo as evoluções sociais, adaptando-se ou, às

vezes, ditando essas evoluções, de forma que ao Direito não resta outra alternativa senão também acompanhar e regulamentar essas mudanças, conforme as necessidades das pessoas que compõem esses núcleos.

## **1.5 NO CODIGO CIVIL 2002**

Por fim, o Código Civil de 2002, redigido sob o novo enfoque constitucional, solidificou grandes transformações no contexto do Direito das Famílias, tendo em vista que, a partir da multiplicidade familiar definida pela Constituição, tratou do agrupamento familiar de uma forma mais moderna, respeitando a nova realidade, da mesma forma que o Código Civil de 1916, ainda que inapropriado para a sociedade que se consolidou no desenvolver do século XX, respeitou a realidade daquele período de sua publicação. Em complemento, Gonçalves (2005, p.6) diz que:

As alterações introduzidas visam preservar a coesão familiar e os valores culturais, conferindo-se a família moderna um tratamento mais consentâneo à realidade social atendendo-se as necessidades da prole e de afeição entre os cônjuges e os companheiros e aos elevados interesses da sociedade.

Como juridicamente natural, as mudanças trazidas pelo Código Civil de 2002 foram consequências da nova visão constitucional, sobretudo a partir dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica entre os cônjuges e filhos.

Quando se analisa o princípio da dignidade humana, no contexto de Direito das Famílias, atenta-se a propiciar um núcleo de família o desenvolvimento de seus integrantes enquanto inseridos em uma instituição familiar. A família deixou de ser protegida por si mesmo, para servir como fonte de proteção dos indivíduos que a compõem. Com a igualdade jurídica dos cônjuges ou companheiros, extinguiu-se de vez a ideia de que o marido era a figura soberana, determinando-se que as decisões fossem tomadas numa espécie de democracia familiar.

Com relação aos filhos, que também foram reconhecidos a partir da igualdade, seja qual for a origem da filiação, a partir do artigo 227, inciso VI da CF/88, buscou-se desenvolver um sistema de materialização de tratamento igualitário, particularmente nos artigos 1.596 e 1.629 do Código, especialmente quando ratifica que os filhos, vindos ou não do casamento ou união estável, devem ser tratados com igualdade.

## **2 AS DIRETRIZES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL SOBRE O CONCEITO DE FAMÍLIA**

Demonstrou-se, até aqui, que a Constituição Federal de 1988 desenvolveu um amplo conceito de família, acolhendo o reconhecimento de entidades familiares não somente casamentarias. No artigo 226 da Constituição Federal, normatiza-se o que já era vivido, na prática, por muitas famílias, considerando que a família é um fato natural e o casamento um fato solene e simbólico, adaptando-se assim o direito às necessidades da sociedade. Isso só foi possível a partir do instante em que o legislador constituinte deixou de dar proteção a um conceito pré-elaborado de instituto familiar e ter passado a enxergar (e visar) o bem-estar dos seres humanos ali inseridos, que mereciam ampla tutela para que a dignidade humana fosse desenvolvida a contento, daí sendo possível, por exemplo, dar o devido direito de proteção às famílias oriundas de qualquer manifestação de afeto, como a união estável e a família monoparental.

Colocando como base os princípios da Constituição, a nova roupagem do conceito de família, diferentemente da família do passado, é totalmente plural, igualitária, abandonando a forma unitária e hierarquizada, adotando o caráter eudemonista. O acatamento desse novo conceito de família, a partir da realidade então existente, é fundamental para se permitir o natural desenvolvimento da sociedade, bem como para se receber a devida proteção do Estado. Segundo Teixeira, Ribeiro e Miranda (2010, p.20):

[...] agora, se reconhece que esta família não está centrada apenas no casamento, ou seja, não é singular ou unitária, é plural, isto é, ela também se forma por outros modos, sendo que estes novos modos se acham protegidos constitucionalmente. Nestes aspectos, outras estruturas e arranjos, segundo o legislador constitucional, recebem também a proteção especial do Estado. Aí se encontram os arranjos da chamada união estável de um homem e de uma mulher, (...) ou mesmo aqueles arranjos formados por qualquer dos pais e seus descendentes, e por isto mesmo chamado pela doutrina de núcleos monoparentais [...].

E continuam os mesmos autores:

[...] o que se observa hoje na família brasileira do novo milênio é um verdadeiro descompasso entre os movimentos de busca do respeito à liberdade individual, liberdade esta que o próprio Estado assegura, para efetivação do sonho da felicidade e a incessante interferência do Estado nesta individualidade, procurando cercar todas as formas, situações e consequências possíveis na busca deste sonho, um verdadeiro paradoxo.

A Constituição trouxe, textual e exemplificativamente, três tipos de formações familiares, quais sejam, a formada pelo casamento, pela União Estável (a qual foi só reconhecida juridicamente a partir desse texto constitucional) e a família monoparental. Sobre a família formada pelo casamento, muito já se explicou. Acerca da União Estável, importa ressaltar que foi só com a Constituição Federal de 1988 que ela passou a existir em nosso ordenamento. Todavia, o reconhecimento judicial desses tipos familiares não se deu de imediato, sendo necessário aguardar que a sua regulamentação surgisse, o que só se deu pela Lein° 8.971/94 (que estipulava sobre o direito a alimentos e os direitos sucessórios entre os companheiros), que exigia, como requisito, a necessidade de 5 anos de convívio ou a existência de prole para seu reconhecimento, regulamentação essa que se completou com a publicação da Lei n° 9.278/96 (que trouxe maior regulamentação, como o regime de bens, os deveres e direitos entre os cônjuges, a garantia de que suas questões conflituosas seriam resolvidas pelas Varas de Família etc.). Desde essa última, o requisito temporal mínimo de 05 anos foi abolido de nosso Direito, de forma que somente o caso concreto determinará a existência, ou não, dessa entidade familiar.

A Constituição Federal trouxe ainda em seu texto, como afirmado, a família monoparental, que é aquela constituída pela mulher ou pelo homem com seus descendentes. Em uma: um genitor e sua descendência. Nessa figura, se enquadram vários tipos de constituição familiar que eram uma realidade da sociedade brasileira, como, por exemplo, as mães ou pais solteiros, separados (de fato ou judicialmente) ou divorciados, com seus filhos; e os viúvos e seus filhos.

Um aspecto importante a ser destacado é que, figurativamente, percebe-se que a igualdade familiar inserida na Constituição Federal aparentemente não foi defendida com unhas e dentes pelo legislador civilista. E um aspecto que se pode destacar para sustentar tal argumentação é o fato de existirem 110 artigos no Código Civil que tratam da figura do casamento, enquanto existem somente 04 que tratam especificamente da União Estável. E, ademais, a família monoparental foi completamente ignorada pelo legislador civilista. Entretanto, insista-se, todas essas entidades familiares têm igualitária proteção do Estado.

## **2.1 A FAMÍLIA COMO ENTIDADE EUDEMONISTA**

Citada como célula *mater* da sociedade, à família foi dado o caráter de entidade eudemonista, que se refere ao dever de toda entidade familiar de se constituir em um núcleo

de afeto, prosperidade e felicidade de seus integrantes. A família eudemonista não é, especificamente, um tipo de família, mas uma característica de todas elas. E isso será de crucial importância para quando enfrentarmos o ponto central de nosso estudo.

A família eudemonista não é fixada por laços biológicos, necessitando, para sua existência, sobretudo dos laços afetivos baseados na solidariedade. Na concepção de Viana,*apud* Andrade (2011, p.524):

Eudemonista é considerada a família decorrente da convivência entre pessoas por laços afetivos e solidariamente mútuos, como é o caso de amigos que vivem juntos no mesmo lar, rateando despesas, compartilhando alegrias e tristezas, como se irmãos fossem, razão para quais juristas entendem por considera-los como formadores de mais de um núcleo familiar.

Seguindo o mesmo raciocínio, Dias (2013, p.58) acrescenta que é o afeto que organiza e orienta o desenvolvimento da personalidade e assegura o pleno desenvolvimento do ser humano. A busca da felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade, ensejam o reconhecimento do afeto como elemento indissolúvel da constituição familiar.

## **2.2 AS FAMILIAS MOSAICO COMO CONSEQUÊNCIA DESSA NOVA VISÃO FAMILIAR**

Corroborando com o entendimento até aqui exposto, podemos compreender que o Direito continua trilhando o caminho para que as pessoas possam efetivamente viver dentro dos núcleos familiares que possam se adequar aos seus anseios de família. Um claro exemplo disso pode ser observado, inclusive, com a própria modificação do texto constitucional. Em sua redação originária, o artigo 226, § 6º, da Constituição Federal, exigia, como pré-requisito ao divórcio, uma prévia separação judicial por mais de um ano ou, alternativamente, uma prévia separação de fato por dois anos ininterruptos. Todavia, com a Emenda Constitucional nº 66, datada de 2010, todos os pré-requisitos ao divórcio foram extintos, tornando-o um direito potestativo, ou seja, que só exige a vontade de seu titular em exercê-lo. Assim, o desejo de não mais conviver com alguém passou a ser o único requisito legal para que o divórcio seja deferido. É o amplo respeito à autonomia do indivíduo, de não mais se ver coagido, de alguma forma, a ter laços afetivos ou jurídicos com alguém que não se deseja.

Essa facilitação ao divórcio, aliado ao fato de que a União Estável já se prima efetivamente pela informalidade, tanto em sua constituição, como em sua desconstituição,

possibilitaram às pessoas que pudessem ter um maior número de agrupamentos familiares durante a sua vida pois, se é verdade que a união com alguém não restou eterna, isso não significa que aquele membro de um extinto relacionamento conjugal não deseje construir um novo matrimônio, ou uma nova união estável. E essa alternância de núcleos conjugais acabou por criar o que se denominou de famílias mosaico, que, portanto, se constitui a partir do desfazimento de relações anteriores e criação de novos vínculos afetivos. Segundo Dias (2007, p.47):

A especificidade decorre da peculiar organização do núcleo, reconstruído por casais onde um ou ambos são egressos de casamentos ou união anteriores. Eles trazem para a nova família seus filhos e, muitas vezes, tem filhos em comum. É a clássica expressão: os meus, os teus, os nossos.

Assim, portanto, a família dita mosaico é um exemplo de que as relações familiares não mais existem para ser estáveis e indissolúveis para todos. A perpetuidade, ou não, de um vínculo conjugal irá depender do desejo humano e ao Estado compete criar mecanismos para que essa vontade seja respeitada, sem desconsiderar, contudo, as obrigações advindas da união anterior.

### **3 A BUSCA DE UM ELEMENTO COMUM NA PLURALIDADE FAMILIAR**

Todos os pontos elencados nesse estudo são pacíficos na doutrina e encontrados facilmente em quaisquer compêndios dedicados ao estudo do Direito das Famílias. Mas o que instigou essa pesquisa, entretanto, foi buscar uma compreensão da razão dessas mudanças. O que motivou o legislador constituinte, por exemplo, a entender que a ideia de família formada pelo casamento não poderia ser perpetuada? O que motivou a visualizar, no afeto, o novo elemento central das entidades familiares, e não os vínculos de sangue (ou, pelo menos, não somente estes)? Qual a fundamentação, fora do Direito, em que se baseou o legislador para considerar que filhos, sejam eles biológicos, adotivos ou socioafetivos, são, simplesmente, filhos? Por que um filho, gerado a partir do ventre materno, deve ter os mesmos direitos que um filho que assim se tornou em virtude de uma sentença judicial? Diante da multiplicidade de formas de constituição de família, criadas a partir da Constituição de 1988, existe algum elemento comum, além do afeto, que permita à sociedade e ao aplicador do Direito considera-

los como família, e não como uma simples sociedade regulamentada pelo Direito das Obrigações?

A resposta para essas questões, definitivamente, não se encontra exclusivamente no Direito, necessitando de um estudo interdisciplinar. Conforme os estudos realizados, o texto jurídico mais antigo a destacar essa mudança de visão que já se fazia sentir, ou seja, toda essa nova compreensão do que é ser pertencente a um agrupamento familiar, encontra respaldo em um texto jurídico datado de 1978, de João Baptista Villela, nominado de “Desbiologização da Paternidade”. Segundo o autor, o verdadeiro significado de paternidade (e aqui ele analisa tão somente os vínculos paterno-filiais) excede os vínculos de sangue e a própria lei, pois se trata de uma função a ser exercida. Para o autor, ser pai não é um dado da natureza, mas uma criação do dia-a-dia, podendo ser identificado naquele que educa, ama, cuida e se dedica ao bem-estar de outrem. Defende, ainda, que o pai biológico não pode ser considerado verdadeiramente pai tão somente por ter colocado uma criança no mundo; isso deve-se muito mais à natureza do que a ele próprio. O que o torna pai, o que o torna elemento de uma relação familiar entre pais e filhos, é o papel que ele exerce para a criança. Nessa criação, ninguém se torna pai com o nascimento de uma criança, mas as pessoas se tornam pais na convivência, nos atos externados ao longo de uma vida. Segundo Villela (1978, p. 415):

A desbiologização da paternidade, que é, ao mesmo tempo, um fato e uma vocação, rasga importantíssimas aberturas sociais. Em momento particularmente difícil, quando o mundo atravessa aguda crise de afetividade, e dentro dele o país sobre com seus milhões de criança em abandono de diferentes graus e espécies, a consciência de que a paternidade é opção e exercício, e não mercê ou fatalidade pode levar a uma feliz aproximação entre os que têm e precisam dar e os que não têm e carecem receber.

Assim, em resumo, segundo o autor, que se baseou em estudos psicanalíticos para formular a defesa de seu entendimento, compreende-se que a paternidade não está ligada ao sangue, mas à figura quem se doa, com afeto, disponibilidade e compromisso.

Esse entendimento, portanto, de ver a paternidade (e a maternidade) como uma função a ser exercida, a função-de-pai e a função-de-mãe, pode ser estendida para todos os membros familiares. E o Direito das Famílias vigente se adequa perfeitamente a essa situação, em diversos momentos.

A paternidade socioafetiva, por exemplo, é o exemplo mais claro que de a realidade social cria as relações jurídicas. A razão de existir a paternidade socioafetiva, mais do que o sentimento puro de afeto externado entre pais/mães e seu filho, é o exercício diário da função paterna e materna. É o cuidar, auxiliar nos estudos, cuidar da saúde. E isso em caráter

recíproco. A paternidade socioafetiva, uma vez constituída, cria uma relação perpétua, que não se dissolve, à exemplo do que normalmente se vê na paternidade por adoção ou na paternidade biológica, que são irrenunciáveis.

Outra análise igualitária se daria, por exemplo, nos regimes de bens entre os cônjuges. Como cediço, ainda que o Código Civil determine, em seu artigo 1.576, determine que a separação judicial põe termo ao regime de bens, fato é que esse não foi o entendimento adotado pacificamente pela doutrina e pela jurisprudência, que consideram que o fim do regime de bens se dá com a separação de fato. E a razão disso não se encontra na falta de afeto: é muito comum que ao final de um relacionamento conjugal, um dos seus membros ainda nutra grande afeto pelo outro. O fundamento único para esse entendimento doutrinário e jurisprudencial reside na ausência do exercício da função de marido e esposa (ou de conviventes). A partir do instante em que eles cessam as funções de marido e esposa, portanto, todos os direitos e deveres daí advindos automaticamente cessam, pois eles não se postam, mais, na condição de consortes.

Outro exemplo: a posse do estado de casados para suprir a eventual destruição de um registro de casamento, citada pelo artigo 1.547 do Código Civil. Quando o registro civil do casamento é destruído, não se tendo a prova legal (a certidão do casamento civil) para se provar que o casamento existiu, a lei determina que se analise se os pretendentes viviam como se casados fossem, ou seja, se viviam na posse do estado de casados. Essa prova não é feita demonstrando-se que aqueles pretendentes tinham grande vínculo afetivo um pelo outro, mas se viviam como tal, se exerciam as funções de marido e de esposa. Mais uma vez, é a função exercida que determina a existência da relação familiar.

A União Estável é uma forma de família que, apesar da informalidade que lhe é inerente, se cria e se desfaz pelo exercício das funções de convivente. E se torna indiferente se as posições de marido e esposa, pai/mãe e filho, são preenchidas por dois homens ou duas mulheres, configurando o que se nomina de União Estável Homoafetiva (relembrando que, no Brasil, também é permitido o casamento homoafetivo, nos termos fundamentos). O que se deve levar em consideração são os papéis, as funções que esses seres exercem, um na vida do outro.

Em seara de responsabilidade civil, muito se debate acerca das ações compensatórias de danos morais por abandono afetivo (equivocadamente nominadas de ações indenizatórias, pois os danos morais não se indenizam, mas compensam-se). O pretendente a uma indenização dessa natureza busca uma compensação financeira porque o seu genitor, ou seja, aquele que consta em seu registro de nascimento, não cumpriu com o que dele se esperava,

que era o exercício das funções de pai. Em searas dessa natureza, defende-se que o pai biológico não cumpriu com as funções de apoio, companheirismo, orientação e solidariedade que são esperados de um pai. De nada adiantaria, também, o pai biológico ter afeto por sua descendência e ser completamente ausente. Portanto, conforme se pacificou em nossa doutrina e jurisprudência, existe sim a possibilidade de se pleitear uma reparação pela ausência das funções paternas, em prol daquele que deveria cumpri-lo.

Os mesmos argumentos utilizados para a responsabilidade civil por abandono afetivo podem ser utilizados para compreender as razões da Ação Impugnatória de Paternidade (art. 1.614 do Código Civil) contra o seu pai biológico. Diferentemente da Ação Negatória de Paternidade (artigo 1.604 do Código Civil), que se fundamenta no erro ou na falsidade do registro, a Ação Impugnatória de Paternidade se baseia exclusivamente na omissão paterna em cumprir as funções que dele eram esperadas, causando imenso senso de reprovabilidade e de rejeição no autor da demanda.

Ou, por último exemplo, os mesmos fundamentos servem para justificar a razão de uma Ação Negatória de Paternidade movida por um pai contra seu filho, fulcrada em exame de DNA que comprove a inexistência de vínculo biológico, ser, ao final, julgada improcedente em virtude da existência de socioafetividade entre autor e réu. A vivência como pai e filho, a exteriorização das funções que se espera de ambos, são o elemento essencial a ser analisado e, uma vez constituídos, não podem ser renunciados, conforme já expusemos acima. Portanto, tal improcedência do pedido se baseia na ideia de que aqueles dois seres viveram como pai e filho, exerceram tais funções reciprocamente, e isso não pode ser desconsiderado.

Em suma, após toda essa análise, acredita que o legislador constituinte, acompanhado do legislador do Código Civil Brasileiro, tenha se fundamentado na ideia de que o que define as famílias e os membros dela componentes, bem como os direitos e deveres daí surgidos, são os comportamentos ativos das pessoas, as funções por elas exercidas em prol do outro ou de outros, sendo esse, portanto, mais até do que o afeto, o elemento comum a todos os núcleos familiares que temos hoje e que serão criados com o tempo.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente trabalho demonstrou a existência de significativas mudanças no contexto e no próprio conceito familiar desde o Código Civil de 1916, que foi o marco inicial de nosso estudo, passando pela Constituição Federal, adentrando ao Código Civil de 2002 e movimentando-se até os dias atuais. Foi identificado que a função do instituto familiar, bem como a proteção dada aos membros familiares, modificou-se significativamente com o tempo. Mas o marco mais significativo foi, sem dúvida, a Constituição Federal de 1988, fulcrada em valores humanos e de proteção à dignidade humana, possibilitando a multiplicidade de formas para se constituir uma família, com descendentes ou não, onde todos os membros, sem exceção, são tratados com respeito, igualdade e dignidade.

Por fim, concluiu-se que existe um elemento comum a toda essa multiplicidade familiar, que permite ao intérprete do Direito e à sociedade, identificar determinados agrupamentos como famílias. Embora a doutrina e a jurisprudência tradicional qualifiquem o afeto como elemento central, esse estudo buscou estruturar-se no exercício das funções familiares para identificar tais agrupamentos, justificando esse fundamento em razão dos inúmeros efeitos que isso acarretou para o Direito das Famílias vigentes, que muito mais se baseia no exercício dessas funções familiares para elencar suas regras do que, propriamente, na existência de um sentimento afetivo.

## THE SEARCH FOR A COMMON ELEMENT IN FAMILY STRUCTURES

### ABSTRACT

This work aims to discuss the family multiplicity existing in our society, as well as to find a common element that allows the identification of a certain nucleus of people as a family, differentiating it from other nuclei, since affection can not always exist within a family. The reason for this research is to prevent the family institute, which deserves special protection from the State, from remaining trivialized, as well as enabling a north to accept diverse families that are yet to come. In this way, the present research narrates the evolution of familiar aspects from the Civil Code of 1916, passing through the Federal Constitution, until arriving at the current wording of the Civil Code of 2002. At the end, it was concluded that the family functions are exercised, more than affection, which define the family rights and duties of our current legislation. For the accomplishment of this study, exploratory methods and bibliographical research were used.

**Keywords:** Fatherhood. Membership. Family functions. Interdisciplinarity. Human dignity.

## REFERÊNCIAS

- BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BRASIL. Lei n. 4.121 - De 27 de agosto de 1962. **Estatuto da Mulher Casada**.
- BRASIL. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. **Lei do Divorcio**.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988.
- BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**.
- TEPEDINO, G. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina**. In: revista trimestral de direito civil, vol.08, outubro/dezembro/2001.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. **“Entidades Familiares Constitucionalizadas: Para Além do Numerus Clausus”**, Revista Brasileira de Direito de Família nº 12, 2002.
- VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. V. 6.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; et. Al. Manual de Direito das Famílias e das Sucessões. 2 ed. Belo Horizonte. Del Rey, 2010
- RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil Volume IV**, Editora Saraiva 19ª Edição, São Paulo, 2002.
- VERUCCI, F. **A Mulher no direito de família brasileiro – Uma história que não acabou**. In: Nova Realidade do Direito de Família. Rio de Janeiro: COAD/SC. Editora Jurídica, 1999.
- ABREU, José. **O divórcio no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992
- VILELLA, João Baptista. **Desbiologização da paternidade**. Revista da Faculdade de Direito da UFG, a. 27, nº 21, maio 1979.
- MORAES, Magali Aparecida. **A evolução do conceito de família no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/28568/a-evolucao-do-conceito-de-familia-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Data de acesso: 29 de setembro de 2018.
- YASSUE, Izabela. **A família na Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5640/A-familia-na-Constituicao-Federal-de-1988>>. Data de acesso: 29 de setembro de 2018.

GUEDES, Tcharlye. **Direito de Família o que mudou de 1916 a 2002?** Disponível em: <<https://tcharlye.jusbrasil.com.br/artigos/305953203/direito-de-familia-o-que-mudou-de-1916-ate-2002>>Data de acesso: 30 de setembro de 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **A trajetória do divórcio no Brasil: A consolidação do Estado Democrático de Direito.** Disponível em: <<https://ibdfam.jusbrasil.com.br/noticias/2273698/a-trajetoria-do-divorcio-no-brasil-a-consolidacao-do-estado-democratico-de-direito>>. Data de acesso: 07 de outubro de 2018.

CUNHA, Matheus Antônio. **O conceito de família e sua evolução histórica.** Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 27 Set. 2010. Disponível em:<<http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/historia-do-direito/170332-o-conceito-de-familia-e-sua-evolucao-historica>>. Data de acesso: 12 de outubro de 2018.

DONATINI, Mariana. **Tipos de Família.** Disponível em: <<https://marianadonatini.jusbrasil.com.br/artigos/407076137/tipos-de-familia>>. Data de acesso: 02 de novembro de 2018.

NERI, Renata Viana. **Da filiação socioafetiva: a desbiologização da paternidade.** Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,da-filiacao-socioafetiva-a-desbiologizacao-da-paternidade,48406.html>>. Data de acesso: 09 de novembro de 2018.