

## A FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO

Letícia ALVARES<sup>1</sup>  
Daniela Martins MADRID<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho tem por objetivo apresentar a evolução do instituto familiar ao longo do tempo, bem como expor as suas características sociais e culturais e suas mudanças no decorrer da história, fazendo uso dos métodos dedutivo, lógico, axiológico e histórico, assim como das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Também se objetiva, com este trabalho, explanar sobre as diferentes apresentações das famílias no Brasil, tanto nos dias atuais como no início da colonização, desde as suas diversas formações, até as maneiras como o instituto familiar é definido pela legislação atual, resultando de alterações ocorridas com o passar do tempo.

**Palavras-chave:** Evolução histórica. Família. Direito de família. Arranjos familiares.

### 1 INTRODUÇÃO

Justifica-se escrever sobre o instituto familiar, em suas diversas concepções, dada a sua importância perante a sociedade, visto ser ela o agente socializador e a base de formação de todo indivíduo.

Dessa forma, o presente artigo objetivou apresentar algumas das diferentes formas de organização familiar nos dias atuais, bem como procurou esclarecer o conceito de família, face sua importância no contexto social, vez que é ela a base de toda a sociedade.

Porém, antes de adentrar no aludido tema, necessário se fez uma incursão acerca do desenvolvimento do instituto familiar, passando pelo direito romano, canônico e adentrando, finalmente, na família brasileira, a fim de situar o

---

<sup>1</sup> Discente do 7º termo do curso de Direito das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo. lealvares@hotmail.com

<sup>2</sup> Docente do Curso de Direito e Serviço Social, Supervisora de Monografia/TC e Supervisora de Prática Profissional e orientadora do trabalho.

leitor no contexto histórico e sócio-cultural que deu origem às primeiras organizações familiares.

Por fim, a pesquisa enfocou alguns dos diferentes arranjos familiares existentes atualmente, atendo-se, inclusive, aos mais polêmicos, como por exemplo, a família homoafetiva.

Para tanto foram utilizadas as técnicas bibliográfica e documental, além dos métodos dedutivo, lógico, axiológico e histórico.

O método histórico foi empregado na primeira parte do trabalho, que trata do desenvolvimento da família, primeiramente no mundo, e depois no âmbito brasileiro. Buscou-se, com isso, apontar os fatos relevantes que permeiam a história da família, a fim de que possa haver um entendimento maior ao se tratar da família contemporânea.

Os métodos dedutivo e lógico foram empregados durante todo o trabalho, que partiu de uma contextualização geral do instituto familiar, com o fim precípua de se chegar à família brasileira e suas diversas formas.

Quanto ao método axiológico, este teve maior aplicabilidade na parte referente à família contemporânea, com especial atenção à família homoafetiva, merecedora de tratamento igualitário em decorrência, principalmente, do princípio da dignidade da pessoa humana.

## **2 DA FAMÍLIA**

A família brasileira foi fortemente influenciada pelo direito romano e canônico, e verifica-se, ainda hoje, princípios vigentes oriundos de tais épocas.

Base de toda sociedade, a família é o instituto que mais sofreu alterações no decorrer dos séculos, em virtude da constante evolução social, econômica e política, intimamente ligada a ela.

Assim sendo, faz-se necessário para um melhor entendimento do presente trabalho, uma exposição histórica da evolução da família, sobretudo no direito romano e canônico, grandes influenciadores da família brasileira. Também

deve ser ofertado o seu conceito e natureza jurídica, além da apresentação de alguns dos modelos familiares existentes atualmente.

Cabe ressaltar que não há um modelo uniforme de família, taxado “correto”, um padrão a ser seguido, admitindo-se as mais variadas formas, desde que os seus membros sejam unidos por um vínculo de afetividade, como se verificará mais adiante.

## **2.1 Evolução Histórica**

A instituição familiar, acompanhando as mudanças históricas, foi se moldando no decorrer do tempo, devido às evoluções políticas, sociais e econômicas.

A família, base de toda sociedade, não é estática, e nem poderia ser, estando em constante transformação, consoante a sociedade também vai se transformando. Dessa forma, indispensável é a apresentação, ainda que superficial, das modificações pelo que o instituto familiar passou no decorrer dos tempos, partindo da família no direito romano, permeando o instituto no direito canônico, até atingir, enfim, a família brasileira.

### **2.1.1 A Família no Direito Romano**

A família, no direito romano, teve por princípio a religião, onde cada família possuía a sua, baseada no culto aos seus ancestrais, que eram vistos como verdadeiros deuses e provedores de suas necessidades, devendo ser adorados. Com base nisso, a família era formada pelas pessoas que adoravam um mesmo antepassado, não se limitando à consangüinidade.

O núcleo familiar, como atesta Arnaldo Wald (1999, p. 30), era chefiado pela figura masculina mais velha, denominada *pater famílias*, e havia uma hierarquia

a ser respeitada. A palavra *pater* não era sinônima de paternidade, mas referia-se a todo homem que não era subordinado ao poder de outrem, e que exercia autoridade sobre uma família. Embora não sejam sinônimos, referido termo quase sempre era dado ao pai, que tinha o poder supremo dentro do núcleo familiar.

O *pater* tinha direito de vida e morte sobre seus filhos, podendo, inclusive, vendê-los, se assim entendesse necessário. Isso porque o patrimônio da família ficava sob os seus cuidados, e este considerava o filho como algo que também compunha o patrimônio, tendo, dessa forma direito sobre seus descendentes (FUJITA, 2000, p. 03). Contudo, poderia ser convencionado na venda o direito de recompra, onde o *pater* poderia ter de volta o filho vendido.

A Lei das Doze Tábuas<sup>3</sup>, de acordo com Eliane Maria Agati Madeira (s.a, p. 12), previa que o filho que fosse vendido por seu pai por três vezes ganhava a liberdade, não se sujeitando mais ao poder paterno.

Como castigo, o *pater* também podia emancipar seus filhos. Dessa forma o descendente não pertencia mais à família do pai, não tendo, assim, direito sucessório algum sobre os bens da família. Nas palavras de Fustel de Coulanges (2008, p. 60) “o filho emancipado jamais voltaria a ser considerado membro da família, quer pela religião quer pelo direito.”

A sociedade era monogâmica, pois só se reconheciam os filhos havidos do casamento, sendo considerados ilegítimos os filhos oriundos do concubinato, não tendo o *pater* obrigação alguma quanto a eles.

Nesse sentido são as palavras de Amanda Cavalcante Ferverença (2003, p. 22):

Os filhos eram denominados legítimos quando originados na constância do casamento e ilegítimos em todos os outros casos, dividindo-se esta classificação em filho natural, decorrente do concubinato e espúrios, nos casos de desconhecimento do pai biológico.

O *pater* “governava” a pequena sociedade familiar, impondo suas ordens, controlando o patrimônio, e julgando os membros da família em caso de cometimento de alguma infração ou violação a algum dever. Somente ele se

<sup>3</sup> Primeira legislação escrita do Direito Romano.

submetia à justiça do Estado, e não toda a família, visto que ela era julgada pelo próprio *pater familias*, que dependendo da violação, poderia decretar a morte ao membro infrator, como o faria o Estado.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 31)

A família era, então, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. O ascendente comum vivo mais velho era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos e distribuía justiça.

A mulher, aviltada, devia obediência à autoridade marital, sendo que na ocorrência de sua morte, não era a figura materna que assumia o poder familiar, sendo este concedido ao descendente homem mais velho.

A família, como dito alhures, não se limitava à consangüinidade, mas sim aos indivíduos submetidos ao poder de um mesmo *pater familias*. Dessa forma, uma mesma pessoa não podia pertencer a duas famílias simultaneamente. Tanto era assim que a filha, quando casava com *manus*<sup>4</sup>, rompia todos os laços existentes com sua antiga família, e passava a pertencer à família do marido, devendo obediência ao seu *pater*, e adorando os ancestrais de seu novo grupo.

Arnoldo Wald (1999, p. 31) elucida que

Existia em Roma duas espécies de parentesco: a *agnação* e a *cognação*. A *agnação* vinculava as pessoas que estavam sujeitas ao mesmo *pater*, mesmo quando não fossem consangüíneos (filho natural e filho adotivo do mesmo *pater*, por exemplo). A *cognação* era o parentesco pelo sangue que existia entre as pessoas que não deviam necessariamente ser agnados uma da outra. Assim, por exemplo, a mulher casada com *manus* era cognada mas não agnada do seu irmão, o mesmo ocorrendo com o filho emancipado em relação àquele que continuasse sob a *patria potestas*.

Os casamentos, para serem celebrados, dependiam da autorização do *pater*. Era ele quem rompia os laços da filha para que ela pudesse adentrar na nova família, deixando para trás a sua família natural. Já os filhos, quando casavam, ainda assim ficavam sob a autoridade do *pater*, mormente enquanto ele vivesse, vindo sua esposa a conviver com ele na casa paterna.

<sup>4</sup> Situação que rompe o vínculo da filha com a sua família natural, passando esta a fazer parte, exclusivamente, da família do marido, devendo obediência ao seu *pater*. Caso o casamento fosse sem *manus*, então a filha continuaria pertencendo à sua família original, e deveria obediência apenas ao seu *pater* originário.

O casamento, no dizer de Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 32), tinha por base a *affectio maritalis*<sup>5</sup>, que deveria perdurar por toda convivência conjugal e, se assim não fosse, era possível a sua dissolução pelo divórcio. A separação dos nubentes também era possível caso a mulher fosse estéril, pois devido à impossibilidade de dar um filho ao marido, a família não teria quem perpetuasse a religião, caindo todos em desgraça. Atesta, inclusive, Fustel de Coulanges (2008, p.56), que “o divórcio, para esse caso, foi sempre, entre os antigos, um direito; é mesmo possível que tenha sido até obrigação.”

No que concerne ao direito de sucessão, também havia diferença entre filhos e filhas (SÁ; MADRID, 2008, p. 04). O direito de herdar era concedido ao filho, que substituindo o pai, ficava incumbido de continuar a religião, cultuando seus mortos e providenciando os banquetes fúnebres, perpetuando assim a continuidade da família. A ele também cabia o cuidado com o grupo familiar, devendo ter o mesmo zelo que o *pater*, cuidando do patrimônio que era comum a todos. Caso entendesse necessário, o filho que herdou os bens poderia dar um dote à irmã.

Cabe transcrever o relato de Fustel de Coulange (2008, p. 78-79), que explica que

[...] sendo a religião doméstica, como já foi visto, hereditária, de varão para varão, a propriedade também o era. Assim, sendo o filho o natural e necessário continuador do culto, herda também os bens. Nisso está o surgimento do princípio da hereditariedade; não era pois o resultado de simples convenção entre homens, apenas; deriva de suas crenças e religião, do que há de mais poderoso sobre as almas. O que faz com que o filho herde não é a vontade do pai. O pai não tem necessidade de fazer testamento; o filho herda de seu pleno direito, ipso jure heres existit, no dizer do jurisconsulto [...]

Quanto à filha, no direito romano, se casada com *manus*, não herdava de seu pai, visto que não mais pertencia à sua família natural. Contudo, se solteira, podia “herdar provisoriamente”, pois tudo que fosse fazer dependia da autorização dos irmãos ou daqueles considerados herdeiros na ocorrência de seu falecimento. A filha não administrava seus próprios bens, estando, nitidamente, em uma situação inferior a do filho. Devido a isso é que se valorizava o sexo masculino, sendo o *pater* desejoso de filhos homens.

---

<sup>5</sup> Afeição; sentimento necessário; vontade de ambos nubentes de contrair matrimônio.

Como não há sociedade estática, gradualmente a família romana foi evoluindo, conquanto a severidade das leis foi se atenuando. Em contrapartida, o poder do *pater* foi se restringindo, ocasionando mudanças no antigo modelo familiar. À medida que o *pater* foi perdendo seu poder, os filhos passaram a cuidar de seus pecúlios<sup>6</sup>, antes sob domínio do chefe familiar, surgindo, então, patrimônios individuais. (Gonçalves, 2011, p. 31).

Elucida Amanda Cavalcante Ferverença (2003, p. 23), que o casamento, onde antes a forma mais comum era com *manus*, passou a ser sem *manus*, mantendo a mulher os laços com a sua família natural.

A emancipação, que antes tinha cunho punitivo, aplicado pelo *pater*, passou a ter conotação positiva, como atesta Arnoldo Wald (1999, p. 31), mantendo o filho seu direito de herança. O *pater* também perdeu o direito de vida e o de morte sobre os filhos, podendo os membros da família recorrerem ao magistrado em caso de abuso do poder paterno.

A mulher também adquiriu certa autonomia, pois na ausência do pai, a mãe passou a deter o poder familiar, substituindo-o em tudo que fosse necessário.

Wald (1999, p. 31) relata que “a evolução da família romana foi no sentido de se restringir progressivamente a autoridade do “*pater*”, dando-se maior autonomia à mulher e aos filhos e substituindo-se o parentesco agnático pelo cognático.”

No entanto, em decorrência das mudanças advindas da restrição do poder do *pater familias*, a sociedade se desorganizou, sobretudo a família, havendo um aumento na ocorrência de adultério e separações, desestabilizando, assim, o instituto familiar.

Em contrapartida, com o advento do cristianismo, a família organizou-se novamente, visto que passou a vigorar um extremo conservadorismo nas questões atinentes ao casamento e constituição familiar.

---

<sup>6</sup> Wald (1999, p. 31) diz que existiam quatro tipos de pecúlios: os pecúlios castrenses (vencimentos militares); os quase castrenses (vencimentos de funcionários civis); o profectício (doações feitas pelo pai); e o adventício (doações e legados feito aos filhos por terceiros).

### 2.1.2 A Família no Direito Canônico

A família brasileira também foi fortemente influenciada pelo direito canônico, e constata-se, ainda hoje, princípios instituídos no passado, vigorando até o presente.

Conforme atesta Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 32), o Direito Canônico abrange a família da Idade Média, que em decorrência do advento do cristianismo era marcada por um extremo conservadorismo, admitindo apenas a família matrimonializada, ou seja, aquela oriunda do casamento. Esta era a família considerada legítima, e somente ela era merecedora de tutela jurídica.

Tal idéia predominou entre os séculos X e XV, reconhecendo único e exclusivamente o casamento religioso, realizado sob as bênçãos de Deus.

Esclarece Eduardo Veríssimo Inocente (2010, p. 16), que as normas romanas relativas ao poder paterno, assim como em relação aos cônjuges, ainda vigoravam, havendo uma crescente influência das leis germânicas.

Contudo, ao contrário do direito romano, o casamento no direito canônico tinha o condão de ser perpétuo, não se admitindo em hipótese alguma a dissolução do vínculo conjugal. Diziam que ao homem não era dado o direito de separar o que Deus uniu.

Para que duas pessoas se unissem através do enlace matrimonial, bastava o consentimento delas, devendo o mesmo ser efetivado através do ato sexual, podendo ser anulado se não fosse precedido por ele. Como acentua Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2001, p. 18-19), a cópula carnal era considerada o elemento objetivo do casamento.

Wald (1999, p. 34) expõe que a exigência do consentimento apenas dos nubentes para que o ato matrimonial fosse consumado gerou conflito perante o direito medieval vigente à época, afirmando que:



[...] Enquanto para a Igreja, em princípio, o matrimônio depende do simples consenso das partes, a sociedade medieval reconhecia no matrimônio um ato de repercussão econômica e política para o qual devia ser exigido não apenas o consenso dos nubentes, mas também o assentimento das famílias a que pertenciam.

Embora houvesse tal divergência quanto aos requisitos do casamento, prevaleceu o entendimento da Igreja Católica, bastando o acordo dos noivos.

Aduz Amanda Cavalcante Ferverça (2003, p. 25), que face à indissolubilidade do vínculo matrimonial, o direito canônico estipulou algumas hipóteses de impedimento ao casamento, que se referem à incapacidade do agente (que pode ser quanto à idade, impotência, diferença de religião, ou até mesmo um casamento contraído anteriormente); aos vícios de consentimento (erro, dolo ou coação para se obter a união matrimonial); ou à existência de relações anteriores, como por exemplo, grau próximo de parentesco.

Diferentemente do direito romano, no canônico a separação dos nubentes dependia de autorização da autoridade religiosa, e ainda assim apenas em determinados casos, considerados mais graves, elencados por Arnaldo Wald (1999, p.35) como adultério, heresia, tentativa de homicídio e maus-tratos de um cônjuge em relação ao outro. Embora separados, o vínculo entre eles permanecia, sendo a separação apenas de corpos.

Por ser a separação apenas de corpos, os direitos e deveres decorrentes do casamento permaneciam, como por exemplo, o dever de prestar alimentos.

A Igreja era a autoridade máxima, e tinha competência exclusiva nos assuntos relacionados à família, com especial atenção no que concernia ao casamento.

Conflitos surgiram, então, entre Estado e Igreja, onde o primeiro reivindicava para si a competência atinente ao direito de família, pertencente, até então, à Igreja, dando origem, assim, ao Concílio de Trento que, conforme relatos de Amanda Cavalcante Ferverça (2003, p. 26):

Teve por finalidade reformar o instituto do casamento, sendo que a Igreja Católica impôs determinadas solenidades a serem respeitadas para a efetividade do casamento católico e que estão presente em nossa época

atual, como, a presença de pároco para realizar o casamento, a presença de duas testemunhas e a necessidade de um registro como forma de comprovação do matrimônio. O regime de bens era o da comunhão universal, sendo estabelecida a necessidade de outorga uxória para a venda de imóveis sob pena de nulidade.

Como a sociedade não era formada apenas por católicos, os acatólicos (pessoas que tinham outras crenças) forçaram o Estado a admitir o casamento civil, já reconhecido pela França, paralelo ao religioso, como forma de coibir o casamento clandestino, fora dos moldes da época.

Nesse contexto, evidencia Eduardo Veríssimo Inocente (2010, p. 28), que “o fato é que houve grande dificuldade de assimilação pela população, de maioria católica na época, mas generalizou-se o duplo casamento (civil e religioso) que persiste até hoje.”

Aos poucos a Igreja foi sendo absorvida pelo Estado, e o casamento civil passou a predominar, tendo reconhecimento legislativo, contudo sem prejuízo do religioso. A doutrina estabeleceu que o primeiro seria de competência do Estado, relegando o religioso exclusivamente à Igreja.

Embora mudanças tenham ocorrido, percebemos nitidamente a influência dos princípios básicos do direito canônico ainda hoje, em nossa legislação pátria.

### **2.1.3 Evolução da Família no Brasil**

A família brasileira tem uma evolução muito parecida com o que foi exposto, uma vez que sofreu fortes influências tanto do direito romano quanto do canônico. Ainda assim, faz-se importante uma incursão nos principais acontecimentos que envolveram a família brasileira, a fim de contextualizar o leitor, proporcionando um maior entendimento do presente trabalho.

As comunidades rurais eram formadas pelas famílias, que eram integradas por todos os parentes, e tinham o condão de unir seus membros para a produção de riquezas, criando assim uma verdadeira unidade de produção. Quanto maior a família, maiores eram as chances de sobrevivência, visto que havia mais

gente produzindo, incentivando, assim, a procriação. Dessa forma, tinha-se uma verdadeira unidade de produção e reprodução, onde “ter” era mais importante que “ser”. (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 04).

A família era patriarcal, relegando a mulher a uma posição inferior, muito parecido com o direito romano, onde o *pater familias* ditava as ordens.

A tutela do direito recaía sobre o instituto familiar, e não sobre seus membros. As formalidades das quais as famílias eram revestidas importavam mais que o bem-estar e a felicidade das pessoas que a compunham.

Com a Revolução Industrial as famílias, que eram predominantemente rurais, tiveram que migrar do campo para as cidades, e, de acordo com Jorge Shiguemitsu Fujita (2000, p. 04), a subsistência da família, que antes pertencia apenas ao homem, passou a pertencer também à mulher, que ingressou no mercado de trabalho, enfraquecendo, com isso, a estrutura patriarcal. A família também perdeu sua característica de unidade de produção.

A necessidade fez com que as famílias habitassem lares menores, ficando, o núcleo familiar, restrito aos genitores e sua prole, não agregando mais todos os parentes. Com isso, seus membros se aproximaram, ficaram mais íntimos, e passaram a valorizar a afetividade.

Como resquício do direito canônico, a única família considerada legítima era a formada em decorrência do casamento, abominando o legislador qualquer outra forma de união.

Aos membros de uma mesma família não eram conferidos os mesmo direitos. O marido, por exemplo, detinha o poder maior, enquanto que a mulher era a ele subordinada, sendo considerada, inclusive pelo Código Civil de 1916, relativamente incapaz para os atos da vida civil, devendo ser assistida pelo marido. Tanto é verdade que para exercer atividade profissional, a mulher, num primeiro momento, dependia de autorização do marido, como constava no art. 233, inciso IV, e art. 242, inciso VII, ambos do Código Civil de 1916<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> **Art. 232, CC/16** – O marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe:

**IV** – O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do teto conjugal.

**Art. 242, CC/16** – A mulher não pode, sem autorização do marido:

**VII** – Exercer profissão.

Esclarece, nesse sentido, Rosana Amara Girardi Fachin (2001, p.52), que “o trabalho da mulher estava relegado à autorização do marido e só era justificado conforme os padrões do momento histórico, se houvesse necessidade de auxílio no orçamento caseiro.”

Aos filhos também era despendido tratamento diferenciado, sendo reconhecidos apenas os filhos oriundos do casamento. Os havidos de relações extraconjugais eram tidos por ilegítimos, não merecedores da tutela jurídica, assim como as relações taxadas “concubinárias”.

Explica Arnoldo Wald (1999, p. 42) que, “a fim de evitar a entrada de estranhos, dificulta-se a adoção e só permite o reconhecimento dos filhos naturais quando não forem adúlteros nem incestuosos.”

Embora pequeno, um passo rumo à igualdade foi dado durante a vigência da Constituição Federal de 1937, com a promulgação da Lei nº 883/49, que possibilitou o reconhecimento e a investigação de paternidade nos casos de dissolução da sociedade conjugal (Ferverça, 2003, p. 29). Foi o pontapé inicial para se chegar à igualdade entre os filhos.

Também a situação da mulher foi modificada com o advento da Lei nº 4.121/62, que trouxe o Estatuto da Mulher Casada, emancipando-a e igualando-a ao seu companheiro, não sendo mais considerada relativamente incapaz.

Outra evolução ocorreu na Constituição Federal de 1967, que em decorrência da Emenda Constitucional nº 09, de 28 de junho de 1977, passou a contemplar a separação judicial em seu art. 175, parágrafo 1º<sup>8</sup>, sendo regulada posteriormente pela Lei nº 6.515/77.

Assevera Arnoldo Wald (1999, p. 43) que:

A Lei 6.515, de 26.12.1977, que regulou os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivo processo, e deu outras providências é, sem dúvida, a mais importante no campo do direito de família nos últimos tempos.

Contudo, o marco do direito de família foi a Constituição Federal de 1988, que quebrou barreiras e derrubou antigos paradigmas, instituindo

<sup>8</sup> **Art. 175 [...], § 1º, CF/69** – O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos.

definitivamente a igualdade entre as pessoas. Para tanto basta analisarmos o inciso I, do art. 5º da nossa Lei Maior<sup>9</sup> para constatarmos o relatado.

Os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana são, agora, os direcionadores de todo direito brasileiros, não se admitindo, em hipótese alguma, suas violações.

Com base nisso, os cônjuges foram equiparados, sendo detentores dos mesmos direitos e obrigações, o que está expressamente previsto na nossa Constituição Federal, em seu art. 226, parágrafo 5º<sup>10</sup>. Não há mais que se falar na mulher submissa ao marido, que necessita de sua autorização para a prática dos atos civis, nem em poder marital, pois agora são considerados iguais perante a lei, sendo equiparados no âmbito familiar.

Também cabe ressaltar a igualdade trazida pela Constituição entre os filhos havidos ou não do casamento. Abolido foi o termo “filho ilegítimo”, quando este provém de uma relação extraconjugal, visto que não existe mais essa diferenciação, sendo todos amparados pelo direito da mesma forma. Os filhos adotivos gozam das mesmas prerrogativas, não devendo haver nenhum tipo de discriminação, seja por parte da lei ou de qualquer pessoa ou autoridade.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2001, p. 74) pondera que:

A Constituição Federal de 1988, ao assegurar aos filhos as mesmas qualificações, além de proibir o emprego de qualquer designação discriminatória no que pertine à filiação, pôs um ponto final em matéria de restrições ao estabelecimento dos vínculo de paternidade – maternidade – filiação, independentemente do tipo de relacionamento existente entre os pais.

No entanto, complementa Eduardo Veríssimo Inocente (2010, p. 75), fazendo referência ao art. 1.597 do Código Civil que:

---

<sup>9</sup> **Art. 5º, CF/88** – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

<sup>10</sup> **Art. 226 [...], § 5º, CF/88** – os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

[...] há de se ressaltar que os filhos havidos do casamento se distinguem das demais formas de filiação, não quanto aos efeitos, mas em razão da hipótese de existir a presunção de paternidade. "Pater is est quem justae nuptiae demonstrant".

Ao contrário do direito romano, ao pai não cabe mais o direito de vida e morte sobre seus filhos, mas, ao contrário, tem este, juntamente com a mãe, o dever de cuidado, o que se denomina poder familiar. Exercido em conjunto com o Poder Público, aos genitores cabem assegurar aos filhos o direito à educação, à saúde, à alimentação, entre outros, previstos constitucionalmente.

Também importa dizer que outros tipos familiares ganharam reconhecimento jurídico, não se limitando a família somente àquela formada pelo casamento. A Constituição Federal de 1988 reconhece e garante proteção também à entidade familiar formada em decorrência de união estável, assim como aquela formada por apenas um dos pais e seus descendentes, denominada família monoparental, com previsão nos parágrafos 3º e 4º, do art. 226<sup>11</sup>.

Por fim cabe ressaltar que o vínculo conjugal pode ser desfeito pelos nubentes, através do divórcio, sem a necessidade de separação judicial por um ano, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos. Tal novidade foi trazida ao nosso ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010, modificando, assim, o parágrafo 6º, do art. 226<sup>12</sup>, da Carta Magna. Dessa forma, não mais satisfeitos com os laços matrimoniais, os cônjuges podem se divorciar, vez que não vige mais o princípio da indissolubilidade do matrimônio.

### 3 CONCEITO DE FAMÍLIA

---

<sup>11</sup> **Art. 226 [...], § 3º, CF/88** – Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

**§ 4º, CF/88** – Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

<sup>12</sup> **Art. 226 [...], § 6º, CF/88** – O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

A palavra família, derivada do latim, tem sua origem no termo “famulus”, onde, de acordo com Gaio Fontella e Fabiane Majollo (s.a, s.p.), fazia referência ao “conjunto de escravos domésticos e bens postos à disposição do *pater*.” Nesse contexto, família faz referência às pessoas que vivem sob o mesmo teto, e devem respeito a uma mesma pessoa, incumbida de chefiar o grupo familiar, no caso o *pater familias* no direito romano.

Como antigamente o patrimônio da família englobava, além dos bens, também as pessoas, os escravos também faziam parte, advindo daí a palavra família.

Ocorre que, atualmente, impossível se faz conceituar o presente instituto com uma única palavra, visto que em decorrência das mudanças sociais, políticas e econômicas, referido termo também mudou, havendo várias formas a que se pode denominar tal instituto. Cabe ressaltar que o Código Civil brasileiro não conceitua o que seria família.

Num primeiro momento a família pode ser entendida como as pessoas ligadas por um mesmo tronco ancestral, sendo ligadas por um vínculo de consangüinidade.

Se for limitado este entendimento, a família poderá ser compreendida como sendo somente as pessoas ligadas até o quarto grau de parentesco, tanto em linha reta (bisavós, avós, pais, filhos, netos e bisnetos), como na colateral (irmãos, tios, sobrinhos e primos).

Porém, ao restringir ainda mais, o instituto familiar se limitará aos pais e seus filhos, que é modelo que primeiramente nos vêm à mente quando falamos em família, tanto que se procurarmos no dicionário, sua descrição de será exatamente essa<sup>13</sup>.

Ocorre que nem sempre a família é ligada por laços biológicos, sendo formada, muitas vezes, em decorrência de laços afetivos. Nas palavras de Maria Berenice Dias (2011, p. 27),

[...] a família é uma construção cultural. Dispõe de estruturação psíquica na qual todos ocupam um lugar, possuem uma função – lugar do pai, lugar da

<sup>13</sup> Família é o conjunto de pai, mãe e filhos; pessoas do mesmo sangue; descendência; linhagem.

mãe, lugar dos filhos -, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente.

Embora em um primeiro momento venha à cabeça a idéia de um homem e uma mulher, casados, rodeados de filhos, o instituto familiar não se limita a tal visão.

A família de hoje é bem mais abrangente, englobando todas as pessoas que se unem por laços afetivos, independente da ligação biológica, sexo, cor ou raça.

Dessa forma, a família pode, então, ser conceituada, como o grupo formado por indivíduos ligados em decorrência da consangüinidade, ou por laços afetivos suficientes para manterem tais pessoas unidas, com objetivos em comum.

## **4 NATUREZA JURÍDICA**

Há muito se falou ser a família equiparada a uma pessoa jurídica, em decorrência de ela ser detentora tanto de direitos patrimoniais (proprietária dos bens de família) quanto extrapatrimoniais (nome que possui, por exemplo). Porém esse entendimento não se manteve, visto que tais direitos pertencem aos membros da família, e não ao instituto familiar propriamente dito, que não possui, sequer, personalidade jurídica.

Sílvio de Salvo Venosa (2010, p. 08), integrante da doutrina majoritária, defende o entendimento de que a família é uma instituição, e afirma que:

Como instituição, a família é uma coletividade humana subordinada à autoridade e condutas sociais. Uma instituição deve ser compreendida como uma forma regular, formal e definida de realizar uma atividade [...]. Sob a perspectiva sociológica, família é uma instituição permanente integrada por pessoas cujos vínculos derivam da união de pessoas de sexo diversos. Desse modo, como sociologicamente a família é sem dúvida uma instituição, o Direito, como ciência social, assim a reconhece e a regulamenta.



No que concerne ao Direito de Família, este se enquadra no ramo do direito privado, visto que os interesses em pauta são particulares, especialmente em relação à pessoa humana.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2010, p. 15) afirmam que “exatamente por isso, possuem as relações familiares um caráter acentuadamente privado, destinando-se à tutela do ser, em seus múltiplos interesses morais e materiais”.

Embora pertencente ao direito privado, o Direito de Família possui princípios e regras de direito público, com normas cogentes e indisponíveis. O Estado se preocupa com o instituto familiar, e devido a isso estabelece normas (obrigatórias) a serem observadas.

Conforme entendimento de Maria Berenice Dias (2011, p. 34-35),

São normas cogentes que incidem independentemente da vontade das partes, daí seu perfil publicista. Como são regras que não se sujeitam exclusivamente à vontade das partes, são chamadas de normas de interesse de ordem pública, assim entendidas por tutelarem o interesse geral, atendendo mais aos interesses da coletividade do que ao desejo do indivíduo.

Embora se aproxime do direito público, o direito de família pertence ao direito privado, não podendo tal característica lhe ser retirada, visto que a tendência é existir cada vez menos a intervenção estatal no núcleo familiar.

## **5 FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA**

Não vige mais no ordenamento brasileiro a obrigatoriedade do casamento como modo de formação exclusivo da família. A Constituição Federal de 1988 rompeu com antigos paradigmas, reconhecendo o instituto familiar nas mais diversas formas de convivência, seja ela formada pela simples convivência em busca de objetivos comuns, pela afetividade dos membros do grupo, pela consangüinidade, ou ainda pela união matrimonial, nos moldes antigos.

Com a evolução da família brasileira, pode-se dizer que esta, atualmente, tem sua formação baseada, sobretudo, na afetividade. Tanto é verdade, que homens e mulheres se casam movidos por sentimentos, pela atração que sentem um pelo outro, sendo este o único motivo da junção, e não mais por decisão dos pais, com finalidade econômica ou de perpetuação da família, como era antigamente.

O âmbito familiar tornou-se um ambiente direcionado a propiciar condições de desenvolvimento a seus membros. Nas palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2010, p. 07), a família contemporânea é “compreendida como núcleo privilegiado para o desenvolvimento da personalidade humana”.

Proteger a família nas suas mais diversas formas é zelar pela dignidade de seus membros.

Em decorrência das mudanças sociais, onde os costumes, hábitos e tradições são outras, novos arranjos familiares foram surgindo, como a família monoparental, a família decorrente da união estável, a homoafetiva, entre outras.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2010, p. 10) entendem que:

[...] a família do novo milênio, ancorada na segurança constitucional, é igualitária, democrática e plural (não mais necessariamente casamentária), protegido todo e qualquer modelo de vivência afetiva e compreendida como estrutura socioafetiva, forjada em laços de solidariedade. Desse modo, exsurge a justificativa constitucional de que a proteção a ser conferida aos novos modelos familiares tem como destinatários (imediatos e mediatos) os próprios cidadãos, pessoas humanas, merecedoras de tutela especial, assecuratória de sua dignidade e igualdade.

Embora não haja previsão expressa na Constituição Federal de todos os arranjos familiares hoje existentes, muitos doutrinadores, entre eles Dimas Messias de Carvalho, ressaltam que não há superioridade de uma família em detrimento de outra, sendo todas merecedoras de um tratamento igualitário.

Hoje, a proteção não é mais direcionada à família, especificamente, mas aos seus membros, posto que o objetivo precípua, tanto da Constituição Federal, quanto do Código Civil de 2002, é a tutela da pessoa humana e o seu bem-

estar, com especial atenção à dignidade das pessoas, tendo o instituto familiar, dessa forma, proteção subsidiária.

Em consonância estão as palavras de Maria Berenice Dias (2009, p. 126):

A família atual é centrada no conceito de dignidade humana; corresponde a uma instituição repersonalizada e despatrimonializada que se despe de uma jurisprudência de interesses patrimoniais para atentar aos valores existenciais que privilegiam a pessoa humana.

Não há mais que se falar em um modelo único e correto de família a ser seguido, devendo todas ser respeitadas e resguardadas pelo ordenamento jurídico, inclusive seus membros, os quais não podem conviver com nenhum tipo de discriminação decorrente ao tipo de família a que pertencem.

Digníssimo é o entendimento de Maria Berenice Dias (2011, p. 42), ao explicar que:

Nos dias de hoje, o que identifica a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo. Cada vez mais a idéia de família afasta-se da estrutura do casamento. A família de hoje já não se condiciona aos paradigmas originários: casamento, sexo e procriação.

Dessa forma, faz-se necessário uma breve explanação acerca dos mais comuns arranjos familiares vigentes atualmente.

## **5.1 Família Matrimonial**

As pessoas sempre se sentiram atraídas umas pelas outras, entretanto, não era admissível única e simplesmente a união temporária entre elas para satisfazerem seus desejos, suas ânsias. Era necessária uma regulamentação para que as pessoas pudessem se unir, zelando assim pela moralidade.

Foi nesse contexto que Estado e Igreja instituíram o casamento, influência do direito canônico, como forma de regulamentar as relações amorosas, denominando essa ação de família.

O cristianismo vê a família unicamente como aquela constituída com base no casamento, celebrado perante uma autoridade sacramental, e realizada entre um homem e uma mulher.

Essa era a família considerada legítima e merecedora de tutela jurídica, sendo a única amparada pelo Código Civil de 1916, tanto que apenas os filhos advindos dessa relação eram reconhecidos.

Antigamente, o casamento era celebrado para ser eterno, tendo como um de seus princípios a perpetuidade. Não se admitia jamais o rompimento dos laços conjugais, a menos que a mulher fosse estéril ou desvirginada, situações em que o marido podia pedir a anulação do ato.

O casamento é ladeado por formalidades que devem ser seguidas para que o ato se concretize. O “sim” dos nubentes efetiva o casamento e constitui concordância com as regras impostas pelo ato sacramental, como o dever de fidelidade, por exemplo.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o casamento é apenas uma das possíveis formas de se constituir uma família, prevalecendo a busca pela felicidade em detrimento de uma formalidade, de um padrão imposto.

O casamento, que engloba tanto o civil quanto o religioso é previsto no art. 226, parágrafos 1º<sup>14</sup> e 2º<sup>15</sup>, da Constituição Federal.

Se a convivência entre marido e mulher já não é mais aprazível, perfeitamente possível é a dissolução do casamento pelo divórcio, pois agora, o que se tutela é o bem-estar do ser humano, a sua dignidade, e não mais a instituição familiar diretamente. É o que dispõe o parágrafo 6º, do art. 226, da Constituição Federal.

Dessa forma, os filhos havidos fora do casamento também são considerados legítimos e detentores dos mesmos direitos e garantias dos filhos havidos da união sacramental.

---

<sup>14</sup> **Art. 226 [...], § 1º, CF/88** – O casamento é civil e gratuita a celebração.

<sup>15</sup> **Art. 226 [...], § 2º, CF/88** – O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

O casamento ainda é uma das formas mais comuns pelas quais as pessoas se unem, com o objetivo comum de formarem uma família. Mas cabe ressaltar que, atualmente, essa não é a única forma admitida, visto que a Constituição Federal assegura proteção também a outras formas de família, como a oriunda de união estável e a família monoparental, por exemplo, expostas mais abaixo.

## 5.2 União Estável

O casamento era o único modo possível e aceito pela lei para se constituir uma família, repudiando-se e discriminando-se qualquer outra forma.

Se um homem e uma mulher se unissem para viver juntos, tal ato era tido como imoral, atentatório aos bons costumes e não passível de qualquer tutela. A mulher era denominada concubina, e os filhos, seguindo o estado civil dos pais, eram considerados ilegítimos, carregando denominações pejorativas, sendo chamados, por exemplo, de bastardos.

A sociedade foi passando por mudanças, e a situação de uma pessoa conviver com outra, independente do casamento, passou a ser aceita pela sociedade, pois a busca pela felicidade se tornou mais importante que as formalidades exigidas para a constituição de uma família.

Como a vida antecipa o direito, e a união de pessoas, independente do casamento, tornou-se habitual, o legislativo se viu compelido a dar uma regulamentação à situação, e criou a Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, que regula o parágrafo 3º, do art. 226, da Constituição Federal, reconhecendo a união estável como uma entidade familiar.

Dimas Messias de Carvalho (2009, p. 250), fazendo referência à lei que regulamentou a união estável, e comparando a nova situação com a antes existente, explana que ela

Apresenta novo conceito e requisitos para a caracterização da união estável, sem estabelecer prazo ou existência de prole, regula a partilha dos

bens em caso de dissolução, reconhece o direito a alimentos, instituiu direito real de habitação ao companheiro sobrevivente e remete à competência do Juízo de Família toda a matéria relativa à união estável.

O legislador discorre que deve ser facilitada a união dos companheiros em casamento, porém não exige tal conversão, o que só reforça a concordância do ordenamento jurídico com a constituição familiar aquém da matrimonializada.

O entendimento de ser a união estável uma forma de família encontra reforço no art. 9º<sup>16</sup> da Lei nº 9.278/96, que apregoa que as matérias relativas à união estável correrão no juízo da Vara de Família.

Discorre Eduardo Veríssimo Inocente (2010, p. 68), que:

Caso haja a dissolução da união estável, a mesma se fará mediante processo judicial de Reconhecimento e Dissolução da União Estável ou ainda chamada Sociedade de Fato. processo que visa reconhecer o vínculo jurídico existente e dissolvê-lo. Tal demanda se processa de forma semelhante ao da separação consensual ou litigiosa.

O Código Civil de 2002 reconhece e regula união estável em seus artigos 1.723 a 1.727. Entretanto, nosso Código Civil impõe alguns requisitos para a caracterização da união estável, devendo a relação ser estabelecida entre homem e mulher, ser a convivência pública, contínua e duradoura, e estabelecida com o objetivo de constituição familiar (art. 1.723, CC<sup>17</sup>).

Dimas Messias de Carvalho (2009, p. 254) apresenta alguns elementos secundários que também serviriam como forma de comprovação da união estável, ao dizer que:

Podem os companheiros se valerem, ainda, de diversas provas complementares, tais como dependência econômica da companheira; convivência com a família do companheiro; criação e educação dos filhos do outro companheiro; casamento no estrangeiro de pessoa separada judicialmente; gravidez e filhos comuns; existência de contrato de concubinato; dependência junto à previdência; uso do nome do companheiro (art. 57 da Lei n. 6.015/73); dependente para fins de imposto de renda, entre outros.

---

<sup>16</sup> **Art. 9º, Lei nº 9.278/96** – Toda a matéria relativa à união estável é de competência do juízo da Vara de Família, assegurado o segredo de justiça.

<sup>17</sup> **Art. 1.723, CC/2002** – É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

As pessoas que compõem esse novo modelo de família são denominadas “companheiras”, e a elas são atribuídos direitos e deveres, como respeito e consideração mútuos; assistência moral e material recíprocas; e guarda, sustento e educação dos filhos comuns, todos constantes do art. 2º da Lei 9.278/96.

Dessa forma, descabível é o entendimento que não vê na união estável uma instituição familiar, devendo a mesma ser respeitada, garantindo-se, dessa forma, maior dignidade aos seus membros.

### **5.3 Família Monoparental**

É comum, atualmente, as situações em que um dos pais, principalmente mães solteiras ou pais divorciados, convivem com os filhos em uma mesma casa, formando, ali, seu núcleo familiar.

Esclarece Dariane Elisa Christofano, (2005, p.19), que “esta espécie de família pode ter por conseqüência a ruptura da união bilateral se transformando para monoparental, v.g., caso de falecimento de um dos cônjuges, ou pela separação e divórcio.”

Família monoparental nada mais é que a família formada por qualquer dos pais e seus descendentes, sendo que esta também encontra respaldo constitucional, como se pode observar a partir da leitura do parágrafo 4º, do art. 226, da nossa Lei Maior.

Segundo Eduardo Veríssimo Inocente (2010, p. 68) “a família monoparental é considerada entidade familiar constitucional, amparada pela Constituição Federal e cada vez mais comum em nossa sociedade.”

Sendo uma entidade familiar, deve ser respeitada e amparada da mesma forma que as demais, ficando isenta de qualquer tipo de discriminação.

### **5.4 Família Homoafetiva**

Matéria em voga, atualmente, é quanto a existência ou não de um novo arranjo familiar, denominado família homoafetiva, vez que a Constituição Federal é omissa a seu respeito. Esta nasce da convivência de duas pessoas do mesmo sexo (masculino ou feminino), que se unem com base na afetividade e possuem objetivos convergentes, aptos a constituir um vínculo familiar.

Embora fato corrente na sociedade contemporânea, a homossexualidade e tudo mais que a permeia ainda não é vista com “bons olhos” em boa parte do meio social, o que contribui apenas para o surgimento de preconceitos, sendo as pessoas envolvidas taxadas de “anormais”.

Esquece-se, porém, que as pessoas envolvidas nessas relações são iguais as outras, consideradas “normais” apenas em decorrência de suas opções sexuais, e são tão merecedoras quanto aquelas de respeito, segurança e, acima de tudo, proteção jurídica.

Vivemos sob a égide de um Estado Democrático de Direito, cujo princípio norteador de todo ordenamento jurídico é a dignidade da pessoa humana.

Com base nesse princípio, toda pessoa deve ser respeitada, não devendo haver nenhum tipo de preconceito referente à sua religião, costumes, ou mesmo opção sexual, mas, ao contrário, deve ser respeitada integralmente e assim aceita.

Ainda que não haja previsão constitucional, como a união afetiva e as famílias formadas por um dos pais e sua prole, as chamadas uniões homoafetivas merecem tutela jurídica, não podendo haver nenhum tipo de discriminação, pois caso contrário se estará ferindo a dignidade da pessoa humana dos membros de tal família.

Esse é o entendimento de Eduardo Veríssimo Inocente (2010, p. 13), ao explicar que:

Em aspecto mais amplo, não cabe a nós somente nos limitarmos às formas previstas na Constituição, ou seja, as entidades familiares consideradas constitucionais, visto que não podemos excluir os relacionamentos de pessoas do mesmo sexo, que mantém entre si relação embasada pelo afeto a ponto de merecerem a denominação de uniões homoafetivas.



Em relação ao reconhecimento ou não da união homoafetiva como entidade familiar, há duas correntes no Brasil.

A primeira, que conta com doutrinadores como Maria Helena Diniz, defende que a Constituição não reconhece esse tipo de família, visto que traz em seu texto o reconhecimento apenas da união entre homem e mulher, o que é totalmente descabível, vez que não deve haver distinção entre as pessoas, passível de gerar preconceitos.

Maria Berenice Dias (2009, p. 129) aduz que

A Constituição não reconhece como família somente a união heterossexual, que tenha por pressuposto a diferença de sexo de seus membros. E, como o convívio afetivo gera família, não há outra opção. É necessário reconhecê-lo como entidade familiar merecedora de especial proteção do Estado.

Essa corrente enxerga a união entre homossexuais apenas como uma sociedade de fato, regido pelo direito obrigacional, e não pelo direito de família, fazendo uso da Súmula 380<sup>18</sup> do Supremo Tribunal Federal, que vê seus membros como sócios.

Tal entendimento priva os indivíduos dessa união de vários direitos, entre eles o de adoção como casal, por exemplo, o que só seria aceito se fosse feita individualmente, o que ensejaria a formação de uma família monoparental, visto que apenas um deles seria o pai/mãe da criança. Também o direito a alimentos é suprimido, assim como o direito ao recebimento de pensão por morte, de acordo com a presente corrente.

Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2010, p. 309) aduzem que “ademais, seguindo esse entendimento, o parceiro homoafetivo não pode figurar como dependente no seguro saúde, pois não há relação familiar entre eles”.

Em contrapartida, há uma segunda corrente, que cada vez mais ganha força, e que conta com a participação de Maria Berenice Dias, que defende que a união entre pessoas do mesmo sexo, com o objetivo comum de formarem uma família, deve sim ser reconhecida.

---

<sup>18</sup> **Súmula 380, STF** - comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

Segundo essa corrente, o rol constante na Constituição Federal brasileira é apenas exemplificativo, sendo totalmente procedente a constituição familiar por pessoas do mesmo sexo.

Marcela Maria Pereira Amaral (2009, p.270) expõe que

[...] a interpretação do art. 226 não poderá ser restritiva, de forma a abarcar apenas as entidades familiares expressamente mencionadas. Ora, se o fundamento de criação da própria norma é a tutela do vínculo afetivo, não poderá haver discriminação quanto às suas formas de expressão. O que importa analisar é se a entidade familiar (seja ela qual for), enquanto locus de manifestação do afeto, é capaz de concretizar a dignidade da pessoa humana.

Como as mudanças sociais usualmente antecedem o direito, dada sua dinamização, e a lei é omissa quanto a esse tipo de união, incumbe ao juiz decidir pelo reconhecimento da união homoafetiva, da mesma forma que ocorre com a união estável, considerando-se o caso concreto, podendo as duas situações ser equiparadas. O magistrado não pode escusar-se face a omissão da lei, devendo utilizar-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, como preceitua o art. 4º<sup>19</sup>, da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro.

Argumenta Eduardo Veríssimo Inocente (2010, p. 70), que “no direito brasileiro, a falta de legislação sobre o tema gera um enorme desrespeito ao **princípio da dignidade humana.**”

Tendo a família como um de seus pilares a afetividade, esta não pode ser excluída da proteção jurídica, independente de ser formada por pessoas de sexos distintos ou iguais, devendo ser reconhecida sua existência, e garantidos a seus membros todos os direitos resguardados às famílias atualmente aceitas

Maria Berenice Dias (2009, p. 128) orienta que

O centro de gravidade das relações de família situa-se modernamente na mútua assistência afetiva, e é perfeitamente possível encontrar tal núcleo afetivo em duplas homossexuais, erradamente excluídas do texto constitucional.

---

<sup>19</sup> Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

À união entre pessoas do mesmo sexo deve ser dado tratamento igualitário ao concedido à união estável, sendo injustificável o argumento de que só se considera entidade familiar aquela formada por pessoas de sexos distintos, sob pena de se afrontar os princípios instituídos pela Constituição Federal, tais como o da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

O Supremo Tribunal Federal já reconheceu, em julgado, a entidade familiar decorrente da união homoafetiva, como se pode ver mais abaixo, o que só vem afirmar a constitucionalidade da união entre pessoas do mesmo sexo.

[...] RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR. - O Supremo Tribunal Federal - apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) - reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em conseqüência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares. - A extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar. - Toda pessoa tem o direito fundamental de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou de identidade de gênero. A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas. [...]. (STF, RE 477554/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, J. 16/08/2011).

Tem-se, com isso, que a segunda corrente, defendida por Maria Berenice Dias, é a que mais condiz com o nosso Estado Democrático de Direito, que reconhece nas relações homoafetivas uma situação aceitável para a constituição do vínculo familiar, contando, inclusive, com o consenso do nosso Tribunal Superior.

## 6 CONCLUSÃO

Pelo presente trabalho verificou-se a transformação pela qual o instituto familiar passou, e ainda passa, vez que não é estático, devendo o direito acompanhar as mudanças sociais, a fim de que injustiças não sejam cometidas.

A sociedade avançou consideravelmente no que concerne ao direito de família, porém muito ainda tem que ser feito, visto que situações rotineiras ainda continuam sem uma solução legal, como o caso da união homoafetiva, a qual ainda paira dúvidas acerca do seu reconhecimento.

Dessa forma, dúvidas não restam de que toda e qualquer constituição familiar deve ser respeitada, sobretudo porque assim se estará respeitando seus membros.

Com base em todo o exposto, conclui-se que a família, atualmente, é lugar de desenvolvimento e amparo de seus membros, e é inerente a todo indivíduo, devendo ser resguardada pelo ordenamento jurídico, independentemente de seu modo de constituição.

## BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Marcela Maria Pereira. **União homoafetiva**. In: Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2009;

BRASIL. **Código Civil de 1916**. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Brasília, DF, 05 jan. 1916. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm). Acesso em: 21 abr. 2012;

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010). Rio de Janeiro, RJ, 09 set. 1942. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm). Acesso em 23 abr. 2012;

BRASIL. Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949. Dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 26 out. 1949. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1930-1949/L0883.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0883.htm). Acesso em: 22 abr. 2012.

BRASIL. Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 27 ago. 1962. Disponível em: [http://www.dji.com.br/leis\\_ordinarias/1062-004121-emc/4121-62.htm](http://www.dji.com.br/leis_ordinarias/1062-004121-emc/4121-62.htm). Acesso em: 21 abr. 2012;

BRASIL. Constituição (1967). Emenda constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977. Dá nova redação ao § 1º do art. 175 da Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc\\_anterior1988/emc09-77.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc09-77.htm). Acesso em: 17 abr. 2012;

BRASIL. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 27 dez. 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L6515.htm>. Acesso em: 21 abr. 2012;

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado; 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 21 abr. 2012;

BRASIL. Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição federal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 13 mai. 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9278.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9278.htm). Acesso em 17 abr. 2012;

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 17 abr. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário**. Ag. Reg. no Recurso Extraordinário nº 477554/MG, Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 26 de agosto de 2011. Disponível em: [http://www.stf.jus/portal/jurisprudencia/listar.asp?s1=\(homoafetiva\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus/portal/jurisprudencia/listar.asp?s1=(homoafetiva)&base=baseAcordaos). Acesso em: 23 abr. 2012;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 380**. Comprovada a existência de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_301\\_400](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400). Acesso em: 22 abr. 2012.

BUENO, Francisco da Silveira. **Minidicionário da língua portuguesa**. São Paulo: FTD, 1996;

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009;

CHRISTOFANO, Dariane Elisa. **A evolução do direito de família e o direito ao afeto na relação pai e filho**. Monografia. (Bacharelado em Direito) - Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo", Presidente Prudente, 2005;

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Editora Martin Claret LTDA, 2008;

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011;

DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito & a justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009;

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001;

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010;

FERVENÇA, Amanda Cavalcanti. **Famílias monoparentais: a ausência de legislação no direito civil brasileiro.** Monografia. (Bacharelado em Direito) - Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo", Presidente Prudente, 2003;

FONTELLA, Gaio; MAJOLLO, Fabiane. **A família: história e subjetividade.** Disponível em: <http://www6.ufrgs.br/e-psico/subjetivacao/familia/familia-texto.html>. Acesso em: 08 mai. 2012;

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Curso de direito civil – Direito de Família.** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000;

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito de família brasileiro.** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001;

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família.** São Paulo: Saraiva, 2011;

INOCENTE, Eduardo Veríssimo. **Direito das famílias esquematizado: teoria e prática processual.** São Paulo: Editora Nelpa, 2010;

MADEIRA, Eliane Maria Agati. **A Lei das XII Tábuas.** Disponível em: [http://helciomadeira.sites.uol.com.br/PDF/AULAS/DR/4\\_XII\\_Tabulae.pdf](http://helciomadeira.sites.uol.com.br/PDF/AULAS/DR/4_XII_Tabulae.pdf). Acesso em 09 mai. 2012.

NOGUEIRA, Mariana Brasil. **A Família: Conceito e Evolução Histórica e Sua Importância.** Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18496-18497-1-PB.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2012;

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: direito de família.** São Paulo: Saraiva, 2004;

SÁ, Caroline Silveira; MADRID, Daniela Martins. **Evolução Histórica da Família no Brasil.** Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2008/2149>. Acesso em: 23 abr. 2012;

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil: direito de família.** Rio de Janeiro: Forense, 2010;

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família.** São Paulo: Atlas, 2010;

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999;