

# REALIDADE FAMILIAR ATUAL: NECESSIDADE DE RESPEITO À AUTONOMIA PRIVADA<sup>1\*</sup>

*Lorena Moura Boente<sup>2\*\*</sup>*

**Resumo:** Este artigo tem como proposta apresentar uma reflexão sobre o Direito de Família da atualidade e suas implicações sociais, sob a perspectiva da Constitucionalização do Direito Civil. Assim, para melhor compreensão da temática proposta faz-se necessário entender que a medida que a sociedade muda, alguns valores e conceitos também evoluem, tais como: o Direito de Família e os direitos a ele pertinentes. Embora o conceito de família ainda encontre-se orientado para disciplinar especialmente as relações provenientes do casamento, será mostrado que este diante da evolução da sociedade, abertura da Constituição Federal de 1988, e a recente inovação do STF aceitando as uniões homossexuais, deve-se reconhecer o aparecimento de novos arranjos familiares que trazem conseqüências para a área jurídica e reclamam à necessidade de respeito à autonomia privada.

**Palavras-chaves:** Reflexão. Sociedade. Família. Evolução. Autonomia privada.

**Abstract:** This article proposes a reflection of actual Family Right and your socials consequences, on a Constitutionalization of the Civil Right. To better comprehension of the theme proposes it's necessary understanding that while the society changes, some value and concepts evolve too, as a Family Right and it's related rights. Although the family concept even be oriented to discipline specially the relations originated from the marriage, will be shown that because of society's evolution, opening of the 1988 Federal Constitution, and the recent innovation of the STF accepting the homosexual unions, we have to recognize the appearance

1 \* In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 96, jan 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10961&revista\\_caderno=14](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10961&revista_caderno=14)>

2 \*\* Advogada. Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia.

of new kinds of families that bring consequences to the legal area and claim to the necessity of private autonomy respect.

**Keywords:** Reflection. Society. Family. Evolution. Private autonomy.

## INTRODUÇÃO

Inicialmente será estudado o Direito de Família de forma geral e introdutória, a influência da Constituição Federal de 1988 (CF/88), as fases da evolução da família, sua conceituação, e os “desafios” por ela enfrentados.

A natureza do Direito de Família será entendida como parte do direito privado por suas relações estarem relacionadas com particulares. Logo após, será esclarecido acerca da família do Código Civil de 1916 e a família após a Constituição de 1988, e, por conseguinte o aparecimento de novas conformações familiares que despontam na atualidade.

A análise da Constitucionalização do Direito Civil, conforme defendido por TEPEDINO (1999, p.1) indica a necessidade de uma interpretação do Código civilista conforme à Constituição Federal, pois os institutos do Direito Civil mostram-se desatualizados para o enfrentamento dos conflitos da sociedade contemporânea. As conseqüências sociais e jurídicas trazidas por este fenômeno para o âmbito familiar serão especialmente detalhadas por residir nestes um dos problemas cruciais que se busca responder com a realização da pesquisa.

Será mostrado também o entendimento doutrinário e jurisprudencial pátrio atual acerca do tema, evidenciando a existência de muita polêmica e preconceito que o permeia.

Será esclarecido também o importante papel da CF/88 no que permanece preconizando ser a família a base de toda sociedade, onde a pessoa desenvolve sua personalidade e que, portanto merecedora especial da proteção do Estado.

Entretanto compreender a família atual e sua organização e, sobretudo admitir o aparecimento na sociedade de novos relacionamentos familiares não representa tarefa das mais fáceis, pelo fato de inúmeros obstáculos, a saber: o conservadorismo e rigor dos tribunais pátrio atinente às questões familiares; a matéria a ser analisada ser de ordem social e o magistrado não possuir conhecimento científico para julgar questões novas, inusitadas e

relacionadas as mudanças comportamentais dos membros da sociedade; a família ser ainda erroneamente entendida como um grupo que compreende somente pais e filhos; o preconceito há muito arraigado, dentre outros.

Objetiva-se responder: como pode nos dias atuais o conceito de família estar tão atrelado a preconceitos e tantos outros obstáculos? Será que a sociedade, a legislação pátria e a consciência das pessoas não compreendem que a evolução da família é uma realidade e, que esta realidade clama por soluções e seus direitos?

Urge desta maneira, demonstrar ao longo do presente artigo científico que a grande transformação estrutural por que passou a família, repercutiu de forma benéfica na sua composição, na conduta dos membros familiares, enfim, não só de forma quantitativa com redução dos membros da família, mas também qualitativamente, o que faz prova muitas conquistas que revelam uma realidade familiar atual diferente e mais descontraída “rumo a um novo perfil”.

Apesar das muitas transformações do Direito de Família, é enfatizado ser este o ramo do Direito Civil que mais necessita de reforma e atualização.

Por fim, ressalta-se que assim como a sociedade muda, os valores que esta carrega também devem modificar-se, prescindindo que a consciência das pessoas e a legislação reconheçam a necessidade premente de legitimação destas mudanças para o pleno atendimento das muitas questões surgidas na atualidade, as quais batem as portas do Judiciário em busca de soluções e reclamando seus direitos.

## CONCEITO DE FAMÍLIA

Inicialmente, faz-se oportuno mencionar a importância do Direito das Famílias por ser este entendido como o mais humano de todos os direitos, protetor do ser humano desde antes do nascimento, ao longo de toda sua vida e até mesmo depois de sua morte. E para consecução de tal objetivo busca proteger e dar segurança ao ser humano, inserir em uma família e se compromete com o respeito da sua dignidade. (DIAS, 2010, p.81).

Em virtude das enormes mudanças das estruturas políticas, econômicas e sociais da sociedade despontam novas formas de convívio, acarretando assim uma completa reformulação do conceito de família nesta realidade mundial globalizada.

Coaduna-se com o entendimento defendido pelos autores Maria Berenice Dias e Pietro Perlingieri, no qual entende que o elemento caracterizador da família atual não deve estar relacionado ao casamento, às relações de sangue, e muito menos na diferença de sexo do par e sim, na comunhão espiritual e de vida verdadeira que une as pessoas com mesmo objetivo de vida e comprometimento mútuo.

Entretanto, isso não implica defesa em torno de qualquer modelo familiar, mas somente naqueles que sejam construídos em bases sólidas e respeitadas, nas quais estejam presentes o dever de colaboração, de solidariedade e de reciprocidade entre os membros da família, enfim, as relações familiares devem obedecer os valores fundamentais do sistema atual.

### FAMÍLIA NO CÓDIGO CIVIL DE 1916

As raízes históricas da família ocidental tiveram seu ponto de partida no remoto Direito Romano vivendo grande período sob a forma patriarcal.

Feitos breves esclarecimentos acerca do surgimento e característica das primeiras instituições familiares ocidentais, volta-se a atenção para o estudo da estrutura familiar dos brasileiros, a qual por influência do Direito Romano também regeu-se sob a égide patriarcal durante muitos anos, podendo inclusive afirmar que juntamente com a igreja, representou a mais sólida instituição dos brasileiros até o início do século XX.

Aliado a isso, em decorrência da família refletir certo contexto histórico, pode-se constatar as marcantes influências burguesas do século XIX no Código Civil de 1916, o qual denota o regramento da família sob a égide patrimonializada e hierarquizada. (ALVES, 2010, p.47).

Entretanto, tal realidade começou a se modificar na segunda metade do século XIX, quando a estrutura patriarcal começou a definhar até findar-se por completo, ao passo que outras formas familiares despontavam na atualidade, como vê-se a seguir.

No dizer de Beviláqua (1945, p.6), o direito de família representava:

“O complexo dos princípios que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dela resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o

vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela, da curatela e da ausência.”

Como pode-se perceber, durante muitos anos no Brasil, a família considerada juridicamente pelo legislador do Código Civil de 1916 era a proveniente do casamento civil, sendo esta eleita a única forma admitida de convivência, negando-se reconhecimento e proteção jurídica às outras formas familiares divergentes deste modelo tido como ideal.

### FAMÍLIA APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Entretanto, com o crescente desenvolvimento tecnológico e industrial, urbanização, inserção das mulheres no mercado de trabalho, evolução dos valores da sociedade, além de muitas modificações comportamentais, acarretaram também uma modificação na estrutura organizacional da família brasileira, conforme observa Bittar (1989, p.3):

Com a Revolução Industrial, na segunda metade do século XIX, o trabalho da mulher em fábricas e, posteriormente, em outras atividades econômicas deflagrou o processo crescente de desagregação familiar, acelerado com o êxodo rural que se lhe seguiu. A Revolução Tecnológica de nosso século, os movimentos de igualização da mulher e, mais recentemente, a denominada Revolução etária, com a liberação dos jovens, acabaram por conferir à idéia de família a sua visão atual, de caráter nuclear, restrita a certo número de pessoas. Assim, a família de nossos dias é integrada apenas pelas pessoas que, com os pais, formam o grupo submetido à comunhão de vida, de domicílio e de patrimônio (pais e filhos não casados), em especial nos grandes centros urbanos.

A família atual está estruturada de forma nuclear, reduzida a um número pequeno de componentes, na qual não mais aceita ser regida por um patriarca, estando a comunidade familiar submetida às normas de ordem pública e ao princípio de democracia.

Ainda com relação ao tema, Madaleno (2000, p.16) assevera a importância da CF/88 para o Direito Civil, mas precisamente para o Direito de Família:

Paira, portanto, no seio da esperançada sociedade brasileira, uma nova e mais extensa concepção social e jurídica da família, democratizada pelo

constituente de 1988, quando ponderou estender a sua proteção além da tradicional família conjugal, também a família de fato e a entidade monoparental.

A sensibilidade da CF/88 para com a família atual pode ser denotada quando esta estende a proteção jurídica tanto para a família oriunda do casamento, como para as famílias que se formam do relacionamento entre o homem e a mulher (união estável) e, também para aquelas formadas por qualquer dos pais e descendentes (família monoparental), sendo irrelevante o vínculo oficial entre os genitores (conforme o art.226, §§ 3.º e 4.º da CF/88).

Com o advento da CF/88 e reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da união estável dos casais homossexuais, desponta uma nova roupagem no Direito de Família, na qual se caminha para um novo perfil no qual se exige que deixe para trás alguns obstáculos e discriminações e, com isso permeia-se o surgimento de novos valores e princípios, tais como: a isonomia conjugal; a aceitação da união estável e da família monoparental como entidade familiar; facilitação da dissolução do casamento; a igualdade de direitos entre os filhos legítimos ou não; valorização do afeto e da pessoa nos novos tipos familiares e outros.

Apesar das inovações, a CF/88 ainda não conseguiu banir o tratamento desigual persistente no seio do ordenamento jurídico brasileiro atinente aos novos vínculos familiares que se formam.

Na doutrina nacional, expoentes como Maria Helena Diniz; Julie Cristine Delinski; Maria Berenice Dias, Paulo Luiz Netto Lôbo; Carlos Alberto Bittar; Luiz Edson Fachin; Cristiano Chaves de Farias; Gustavo Tepedino; Sylvania Mendonça Amaral; Sergio Resende de Barros sustentam que a estrutura familiar da atualidade confere muita importância à afetividade, não se baseando apenas na questão biológica, pois defendem que o fundamental para essas famílias modernas reside na união de seus componentes por verdadeiros laços de afetividade.

Oportuna as palavras da autora Dias (2010, p.42) como síntese do entendimento da corrente doutrinária que defende a importância da afetividade na estruturação da família moderna:

O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a identificação de um vínculo afetivo, a unir as pessoas, gerando comprometimento mútuo, solidariedade, identidade de projetos de vida e propósitos comuns.

Inferese o desejo de ver reconhecida como entidade familiar todas as conformações familiares nas quais se identifique a verdadeira afetividade e o respeito mútuo, sendo irrelevante a existência de casamento ou mesmo o sexo dos conviventes.

Novamente o afeto ganha relevo quando se trata de família atual, o que implica dizer que a extensão conceitual da família feita pela CF/88 representou o rompimento de idéias conservadoras, ensejou a luta pela inserção e reconhecimento judicial dos novos tipos familiares, além de cada vez mais atrair a atenção de novos adeptos, em prol da busca da felicidade, do desenvolvimento e bem-estar da pessoa humana.

Acreditando ser o afeto elemento principal da família atual brasileira, Fachin (2003, p.320-321) esclarece a significação deste para o Direito de Família após a CF/88:

O novo direito de família mostra a crise da noção clássica do direito de família. A nova *ratio* do casamento localiza a relação conjugal, não mais uma unidade de produção e consumo, mas a *affectio maritalis*. O valor socioafetivo da família, uma realidade da existência. Ela se bonifica com o transcorrer do tempo, não é um dado, e sim um construído.

A evolução do Direito de Família é compreendida como um benefício para as pessoas, na qual são abandonados valores antigos e abraçados outros, tais como: uma nova reformulação da instituição do casamento e da família na contemporaneidade, e entendimento da afetividade como elemento indissociável da família atual.

Engajado também nesta luta, o projeto de Lei 1.151/95, da Deputada Marta Suplicy, do (PT/SP) Partido Trabalhista de São Paulo, surge como a 1.º proposta na busca por regulamentação da união civil entre pessoas do mesmo sexo. Embora, atualmente, as uniões homoafetivas ainda permaneçam enfrentando batalhas judiciais em busca do reconhecimento dos seus direitos, o projeto merece destaque na medida em que angariou para estas uniões:

direitos à herança, sucessão, benefício previdenciário, seguro saúde conjunto, declaração conjunta de Imposto de Renda, além do direito à nacionalidade em se tratando de estrangeiro.

liado a isso, relevante mencionar o Projeto de Lei n.º 2.285/2007, que cria o “Estatuto das Famílias”, elaborado pelo IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família) e protocolizado pelo Deputado Federal Sérgio Barradas Carneiro do PT/BA (Partido Trabalhista da Bahia), cujo objetivo primordial é o reconhecimento judicial dos muitos modelos familiares existentes na sociedade brasileira, no que demonstra mais uma vez conferir ao afeto a capacidade de criar um elo de parentesco, além da tentativa de solucionar as contendas familiares nos tribunais com um tratamento específico, mais célere e informal.

## EVOLUÇÃO E DESAFIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA ATUAL

Nos dias atuais, a evolução do Direito de Família desperta muito interesse de todos na sociedade brasileira, notadamente por conta das muitas mutações por que passou e vem passando o Direito de Família, pela inversão de valores, pela liberação sexual das mulheres, pela igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros, pela modificação dos padrões de conduta social e das estruturas de convívio familiar, e tantos outros fatos que demonstram a relevância e atualidade do tema versado.

Dados do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, (DIAS, 2009, p.12) manifestam interesse na aproximação da Ciência Jurídica e a Psicanálise, buscando fazer entender os membros das famílias como sujeitos desejantes e não como subordinados às regras morais e conservadoras impostas que não prezam pelo bem estar psicossocial de cada pessoa.

Com efeito, consoantes as palavras do autor Madaleno (2000, p.16), a respeito das mutações no direito de família:

A Carta Política de 1988 cedeu espaço, proteção e, portanto, conferiu *status* e identidade civil à realidade sociológica que encarna diversificadas modelagens de constituição, estrutura e de formação familiar existentes nesse imenso país e assim procedeu ao retirar do porão de armazenagem das categorias excluídas, as famílias naturais, assim chamadas por terem nascido da informalidade de uma relação afetiva, outrora denominada

de concubinato e modernamente rebatizada com a denominação jurídica de união estável.

Como pode-se perceber diante das palavras do citado autor, desponta na atualidade uma feição moderna para a família em decorrência do alargamento do seu conceito, tendo como elemento identificador a afetividade, situação que ocasionou o aparecimento de outras conformações e terminologias familiares, tais como: entidade familiar, união estável, uniões homoafetivas, família monoparental, família anaparental, reprodução assistida, concepção homóloga, heteróloga, filiação socioafetiva e outras.

Em conseqüência disso, o antigo conceito de família vai se reformulando, ganhando nova feição com a modificação da sociedade e seus valores, ao passo que torna evidente uma reflexão interdisciplinar para lidar com essa realidade irreversível, polêmica e ainda cheia de preconceitos que persiste no ordenamento jurídico brasileiro.

Nessa mesma intelecção, Tavares (2006, p.51) ressalta acerca da abertura epistemológica do Direito Constitucional e conseqüente necessidade de interpretação de suas normas e da realidade com o auxílio das outras ciências.

Ocorre que essas mudanças de paradigmas na estrutura familiar já são evidentes na sociedade, embora encontrem resistência da legislação quando da normatização, fato que acarreta vácuos legais e inúmeros processos nos tribunais pátrios.

Apesar das muitas conquistas trazidas com a Constituição Federal na área familiar, é fato que a justiça brasileira ainda tem uma postura muito conservadora quando o assunto é relacionado às questões familiares, pois esta nega inserção no âmbito jurídico àqueles que vivem de modo diferente ao padrão tradicional considerado como o correto, situação esta que obstaculariza sobremaneira o reconhecimento dos novos vínculos familiares.

Diante da evolução da sociedade, o aparecimento das novas formas familiares é uma realidade inevitável, devendo para estas conformações familiares serem criadas normas regulamentadoras que disciplinem a respeito desta situação.

É cediço que muitas modificações ocorreram na organização, na composição, função, governo e na conduta dos membros da família da atualidade, o que trouxe muitas conquistas e foi muito benéfico para a sociedade. Mas, ainda assim, o Direito de Família continua carente de reforma e atualização.

No Estado Democrático de Direito vivente, no qual se deve primar pela observância do princípio da dignidade humana, não mais se admite intolerância e preconceito aos relacionamentos afetivos que destoam do relacionamento homem e mulher.

Idéias preconceituosas e conservadoras, conjuntamente com alegação de falta de previsão legal dos novos vínculos familiares não podem ser justificativas aceitáveis a entravar o reconhecimento jurídico a estas novas famílias.

Assim com os valores sociais mudam, o Direito, ciência jurídica dinâmica que é, deve também acompanhar essas mutações e encontrar soluções viáveis utilizando-se de todos os recursos que lhes são postos à disposição.

A reflexão acerca do novo cenário da família atual se faz necessária para trazer à tona a necessidade de se ter um entendimento interdisciplinar sobre a temática, observando a mudança de comportamento dos membros familiares ao longo dos tempos e a análise da sexualidade humana, pois se mostra imprescindível o conagraçamento das Ciências para que sejam rompidos os obstáculos para o reconhecimento dos direitos a estes novos arranjos familiares.

Aliado a isso, o enorme número de ações interpostas no Judiciário versando sobre os novos relacionamentos familiares, retira qualquer dúvida acerca da importância do estudo da temática proposta, para esclarecer devidamente em que consiste a família atual, sua estruturação, os deveres e direitos dos seus membros e, para dar a solução mais acertada e justa a estes novos questionamentos.

Deste modo, necessário se faz a legitimação do reconhecimento dos novos relacionamentos familiares, em prol da resolução das inúmeras controvérsias relativas ao âmbito familiar, do bem estar psíquico e social das pessoas, do respeito ao Estado Democrático de Direito e, ao princípio da dignidade humana.

## O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E A AUTONOMIA PRIVADA

O princípio da dignidade da pessoa humana está expresso no artigo 1.º, III da CF/88, sendo considerado o núcleo essencial dos direitos fundamentais e base para o Estado Democrático de Direito e de todo o ordenamento jurídico

pátrio. No Brasil e em todos os países, o princípio em comento tem sido foco de grandes discussões por parte dos doutrinadores e juristas.

Retomando a questão para o âmbito familiar, tem-se que o Direito das Famílias é estritamente relacionado como os direitos humanos, o qual tem como primazia a proteção da dignidade humana.

A dignidade humana é tida pela Constituição como o mais importante dos seus princípios, deste modo, impedir o exercício deste direito pelos componentes familiares significa ir de encontro como as normas constitucionais que lhes asseguram.

Acerca da dignidade humana, a autora Dias (2009, p.149-150) esclarece:

Trata-se de direito fundamental que se calça nos princípios da igualdade e da liberdade, além de servir de mola propulsora à intangibilidade da vida humana, à integridade física e psíquica, às condições básicas matérias mínimas para garantir o tão almejado acesso à felicidade.

Como visto, para a autora, a razão do Estado se preocupar com a família justifica-se no fato de entender que é por intermédio desta que os membros familiares podem exercer sua dignidade.

Reforçando a importância da dignidade humana, Borges (2007, p.144) ressalta:

É a própria pessoa, tendo a materialização do patrimônio mínimo, quem definirá em que consiste sua dignidade e quais são os atos que possam agredi-la. Não são o Estado nem o direito os entes capazes de estabelecer o conteúdo do conceito de dignidade da pessoa humana.

Nos dias atuais, a dignidade da pessoa humana deve ser compreendida como sendo um valor subjetivo, faculdade de se autodeterminar conforme a valoração que cada indivíduo tem sobre si mesmo, deste modo não cabe o Estado, o ordenamento e nem mesmo pessoas determinarem o sentido da dignidade, sob afronta de se negar a possibilidade do indivíduo exercer sua autonomia privada e conseguir sua realização pessoal.

Aliado a isso, as mudanças sociais e conseqüentemente, a nova hermenêutica constitucional alertam para que se volte mais atenção para os valores personalísticos trazidos com a CF/88 em detrimento dos valores patrimonialistas e conservadores do antigo Código Civil de 1916.

Não se pode esquecer que a autonomia privada constitui-se em importante elemento da dignidade, o que implica dizer que sem o exercício da autonomia pelo indivíduo não se tem dignidade.

A autonomia privada constitui-se no poder conferido a pessoa permeando a esta regular, com efeitos jurídicos suas relações, tendo o respaldo do sistema jurídico. (BORGES, 2007, p.29)

Deve-se ressaltar que a autonomia privada não deve ficar adstrita a questões patrimoniais, pois abarca também situações subjetivas existenciais, a exemplo dos problemas envolvendo os direitos de personalidade.

Acredita Szaniawski (1993, p.114) que em havendo conflito entre os direitos de personalidade e o exercício da autonomia privada, deve-se utilizar o princípio da proporcionalidade para melhor solucionar a situação do caso concreto.

Entretanto, a aplicação do princípio da proporcionalidade exige muita cautela, pois este princípio confere ao magistrado certa carga de subjetividade, fato que pode dificultar o exercício da autonomia privada, e conseqüentemente o respeito à dignidade e personalidade humana.

## DIREITO DE FAMÍLIA RUMO A UMA NOVA REALIDADE

Feitos os devidos esclarecimentos a respeito das mudanças ocorridas na sociedade e seus valores, e a conseqüente evolução do Direito de Família, constatar cada vez mais o aparecimento das novas conformações familiares, devendo estas ter assegurado todo o respeito merecido representa além de ser uma questão de justiça, representa também o atendimento das muitas situações inusitadas surgidas, as quais vão ao judiciário reclamando por seus direitos.

Imprescindível entender que a grande transformação estrutural ocorrida na família influenciou de forma muito positiva para a evolução da mesma, o que pode ser verificada através das muitas conquistas que trazem uma realidade familiar diferente, mais aberta e descontraída.

Embora pretenda-se enfatizar a evolução da instituição familiar e mostrar as inovações benéficas trazidas com a Constituição Federal de 1988 para o âmbito do Direito Civil, isso não significa afirmar que o Direito de Família não esteja ainda carente de reforma e atualização.

Diante disso, o Direito de Família em direção a um novo perfil alerta para a necessidade de uma reformulação metodológica do Direito Civil para ver concretizado o reconhecimento dos novos relacionamentos familiares que despontam no ordenamento jurídico brasileiro.

Mas, para consecução deste intento, que consiste em primar pela melhoria dos relacionamentos familiares, pela qualidade de vida das pessoas, pela garantia de todos os direitos, e respeito à autonomia privada e à dignidade humana, o Direito não deverá ser analisado dissociadamente das outras Ciências, como será esclarecido nas linhas que se seguem.

## NECESSIDADE DE INTERDISCIPLINARIDADE

A necessidade da interdisciplinaridade do Direito com outras Ciências justifica-se em prol de uma melhor compreensão de seu estudo e para poder solucionar as mais diversas questões polêmicas que surgem, a exemplo das relacionadas ao âmbito familiar.

“O Direito sendo fator e produtor social interage dialética e freqüentemente com outras ciências e elementos da sociedade.” (NEVES, 1983, p.113). Neste contexto, não cabe mais estudar o Direito, de forma “estranque”, separado dos outros ramos do saber.

Corroborando deste entendimento e à guisa de reforço, cabe se valer da epistemologia de Kuhn (2006, p.271), em sua obra: O caminho desde a estrutura, na qual desenvolve o conceito de ciência como construção social, produto de comunidades científicas e não de cientistas isolados a produzir conhecimentos fragmentados.

De todo o exposto, depreende-se que muitos são os defensores da interdisciplinaridade aplicada ao Direito. A Teoria dos Sistemas proposta por Luhmann seria mais um exemplo encontrado na doutrina jurídica que reforça sobre essa temática.

Objetivava a Teoria de Luhmann consistir em uma teoria condizente com os anseios da sociedade moderna, representando assim a chegada de um “novo paradigma” a ser aplicado à análise do direito, o qual compreenderia a aceitação de valores e conceitos novos que destoavam de conceitos antigos e conservadores.

Na concepção de Luhmann, a Teoria dos Sistemas consistia na teoria que melhor descrevia o direito dentro do contexto da sociedade moderna, ao passo que todas as outras teorias tradicionais por carregarem valores antiquados e ultrapassados representariam entraves epistemológicos à adequada compreensão do direito. (BÔAS FILHO, 2009, p.123).

Apartir das contribuições epistemológicas de Luhmann pode-se caracterizar o direito como sistema autopoietico que compõe juntamente com outros subsistemas, tais como: economia, política, educação, religião e etc., uma sociedade complexa.

Ainda em sede de contribuições epistemológicas, faz-se importante trazer a conceituação de conhecimento de Zagzebski (2008, p.153):

O conhecimento é um estado altamente valorizado no qual se encontra uma pessoa em contato cognitivo com a realidade. Trata-se, portanto, de uma relação. De um lado da relação está um sujeito consciente, do outro lado está uma porção da realidade com a qual o conhecedor está direta ou indiretamente relacionado.

Em virtude do conhecimento ser obtido através de uma relação de interação de um sujeito e a realidade social, não se pode conceber isolá-lo ou impossibilitar que interaja com outros ramos da Ciência, bem como com outros subsistemas da sociedade, e essa ressalva pode ser trazida para o direito, e aqui especificamente, para o Direito de Família, que se encontra repleto de questões por solucionar.

## INTERFERÊNCIA ESTATAL

Em decorrência de todas as mudanças ocorridas na sociedade, já esclarecidas alhures, o papel do Estado contemporâneo foi redesenhado. Mas é fato que ele ainda continua a se valer da antiga idéia da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e deste modo, portando-se como protagonista permanece, interferindo indevidamente no tocante ao exercício da autonomia privada na vida familiar das pessoas.

Como visto, mesmo após reformulação, o Estado atual ainda continua muito influente na sociedade, situação as vezes não muito condizente com o atual Estado Democrático de Direito, cujas propostas giram em torno da não

existência de separação entre Estado e sociedade, sendo aquele constituído pela sociedade para promover e salvaguardar os direitos dos seus integrantes.

De acordo com Sarmento (2005, p.27), a incoerência do princípio da supremacia do interesse público no sistema jurídico brasileiro atual justifica-se no risco e entrave que este representa aos direitos fundamentais.

Em sendo assim, entender pela supremacia do referido princípio significa dar azo ao predomínio de resquícios conservadores e autoritários que remotam ao Código Civil de 1916, os quais não são mais compatíveis com o sistema jurídico brasileiro guardião dos direitos fundamentais e que convive, cada vez mais, com a complementaridade existente entre o direito público e privado em virtude da interdependência entre ambos.

Dada a importância atribuída pela CF/88 aos direitos fundamentais de interesses e direitos mais valiosos constantes em uma sociedade, cabe ressaltar que estes, na presente conjectura, não devem ser compreendidos apenas sob o viés individualista, sendo condizente tê-los como oponíveis também aos particulares.

Valendo-se novamente das lições do autor Sarmento (2005, p.73) no tocante ao papel estatal e respeito da autonomia privada, tem-se que:

Deve-se caber sempre às pessoas a eleição dos seus objetivos e planos de vida, que têm de ser respeitados, desde que não violem direitos de terceiros. O papel do Estado é o de auxiliar na criação das condições necessárias para que cada um realize livremente as suas escolhas e possa agir de acordo com elas, e não o de orientar as vidas individuais para alguma direção que se repete mais adequada aos “valores sociais”, ou mais conforme aos interesses gerais da coletividade.

Cada vez mais, fica nítido que o papel do Estado após a CF/88 deve estar adstrito as hipóteses de promoção do exercício dos direitos fundamentais aos indivíduos, franqueando-lhe assim a ingerência do uso da autonomia privada em suas vidas familiares, quando atribui a estes a capacidade de escolher seus caminhos, seus projetos de vida, enfim, buscar seu bem-estar e felicidade, e isto resta extensivo as polêmicas questões familiares.

Mas, ao passo que a Constituição Federal de 1988 situa a dignidade humana em seu centro de atenção, isto não significa, conforme Barroso (2009, p.332), atribuir valor absoluto aos direitos fundamentais, sendo estes

passíveis de restrições, ponderações e observância das particularidades do caso concreto quando oportuno.

A possibilidade de restrições aos direitos fundamentais é tema polêmico no ordenamento jurídico brasileiro, necessitando uma atenção especial dos constitucionalistas e intérpretes imbuídos dessa missão.

## NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

A Constituição de uma sociedade moderna e globalizada demanda uma nova interpretação de suas normas, devendo estas apresentarem disposições fundamentais para disciplinar de forma harmônica os diversos questionamentos que despontam a todo instante.

A concretização efetiva deste propósito requer interpretar a Constituição levando-se em consideração a realidade vigente. Neste tema, mostra-se de grande valia trazer a reflexão de alguns autores que contribuíram em fornecer subsídios teóricos que nos possibilitam compreender o modelo hermenêutico constitucional que atenda com eficiência as necessidades presentes.

Ferdinand Lassalle, em sua obra “Essência da Constituição”, defendia que a Constituição escrita para ser considerada eficaz e duradoura, deveria refletir os fatores de poder existentes na sociedade e que os problemas constitucionais não representam problemas de direito, mas de poder. (LASSALE, 2008, p.17 e 40).

Considerando o problema constitucional como problema político, a interpretação constitucional proposta por Lassalle se mostra antiquada e dificulta o rompimento de valores e o progresso no sistema jurídico em vigência.

Contrariamente a este posicionamento e com uma proposta mais condizente com a sociedade moderna, Konrad Hesse apresenta sua teoria, a qual foi denominada de “Força normativa da Constituição”. Por intermédio desta teoria, Hesse ressalta que a Constituição não deveria se engessar numa estrutura unilateral e resumida dos fatores reais de poder da sociedade, e sim acompanhar a realidade social vigente. (HESSE, 1991, p.21).

Infere-se que apesar da proposta de Hesse se mostrar mais condizente com o modelo de interpretação constitucional da atualidade, e não desmerecendo suas contribuições relevantes para o âmbito do Direito Constitucional e,

também como referencial teórico da concepção axiológica, é fato que a interpretação nestes moldes também não se dá por satisfatória, o que faz surgir novas propostas.

Dentre estas propostas de nova hermenêutica constitucional, Häberle (1997, p.24) enuncia que:

A interpretação constitucional é, todavia, uma “atividade” que, potencialmente, diz respeito a todos. [...]. A conformação da realidade da Constituição torna-se também parte da interpretação das normas constitucionais pertinentes a essa realidade.

Visando atender as exigências de uma sociedade aberta, Häberle defende uma democratização da interpretação da Constituição, no que consiste numa interpretação pluralista desta para abarcar não só juízes, mas também todos os participantes da realidade social.

Um processo hermenêutico constitucional exercido apenas pela figura estatal é afrontar as premissas do Estado Democrático de Direito, que figura a pessoa humana como foco de sua atenção.

Também partidário da necessidade de uma nova hermenêutica a ser aplicada a Constituição, o autor Tavares (2006, p.53), reaviva o caráter transdisciplinar do Direito Constitucional.

Percorrendo todas as propostas interpretativas sugeridas, vê-se que encontrar um modelo hermenêutico constitucional que satisfaça integralmente o ordenamento jurídico brasileiro é tarefa dispendiosa, mas que desde já revela por parte dos doutrinadores e juristas tentativas de concretização efetiva<sup>123</sup> do Direito constitucional pátrio em prol do benefício da sociedade.

## JURISPRUDÊNCIA E ANÁLISE CRÍTICA

Apesar da posição favorável aos defensores da nova concepção de família, será mostrado o entendimento oposto, em respeito aos defensores da referida corrente, fazendo menção a dois de seus pronunciamentos como síntese de seus posicionamentos.

O Relator e Desembargador Mazoni Ferreira, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina dispõe a respeito da união homoafetiva, Ap. Cív. n. 2006.016597-1:

O relacionamento homoafetivo entre pessoas do mesmo sexo não pode ser reconhecido como união estável, a ponto de merecer a proteção do Estado, porquanto o § 3.º do art.226 da Carta Magna e o art. 1723 do Código Civil somente reconhece como entidade familiar aquela constituída entre homem e mulher. (NEIVA, 2009)

A não admissão de novos vínculos familiares repousa em idéias conservadoras e preconceituosas, as quais não admitem como entidade familiar nenhuma outra forma familiar que destoe do relacionamento tradicional entre homem e mulher.

Reforça o Relator Emame Fidélis, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na Ap. Cív. n. 1.0702.04.182123-3/001:

A Constituição da República não considera como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo, sendo casuísticas as respectivas definições do art.226. A consagração do companheirismo como forma de dependência previdenciária atende os princípios da entidade familiar, revelada por união estável, não se admitindo pensão para pessoa da entidade familiar, revelada por união estável, não se admitindo pensão para pessoa do mesmo sexo, em consideração de união homossexual. (NEIVA, 2009, p.2).

A justificativa de falta de previsão legal das uniões homossexuais e outras formas familiares é fato inadmissível diante do recente reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo perante o STF, pois o Direito não pode escusar-se de solucionar as controvérsias que lhe são trazidas, e sim encontrar meios no ordenamento jurídico pátrio para resolvê-los em prol do respeito à dignidade humana e da mais lúdima justiça.

## CONCLUSÕES

Após todo o exposto, verifica-se que o novo perfil familiar segue em direção a uma nova interpretação, a qual objetiva através do uso da reflexão acerca dos novos valores e anseios sociais desmistificar verdades tidas como absolutas e imutáveis presentes no ordenamento jurídico atual no tocante ao Direito de Família, que tanto obstaculariza a resolução e esclarecimento destas questões polêmicas.

A realidade familiar não mais aceita ser regida sob a égide matrimonial e patrimonialista do Código Civil de 1916. O processo de constitucionalização do Direito vem a reforçar esta necessidade insustentável de mudança na seara familiar atual.

Diante disso, faz-se necessário compreender a família contemporânea a partir de uma visão pluralista, aberta e multifacetária, na qual esta instituição não pode ser compreendida como um fim em si mesmo, sendo ao contrário um instrumento que prima pelo desenvolvimento pleno de seus membros, o que implica respeito pelo exercício da autonomia privada destes na ingerência da sua vida familiar, bem como o reconhecimento do novo modelo familiar escolhido, desde que este seja pautado na afetividade, respeito e comprometimento mútuo dos conviventes.

Neste novo cenário familiar, a família é vista como ambiente propício para realização da dignidade humana, deixando de lado os antigos objetivos patrimoniais para se revelar numa comunidade que preza pelo afeto e ajuda mútua entre os conviventes.

A intervenção estatal deve ser apenas permitida para o resguardo dos direitos fundamentais dos membros da família, sob pena de se configurar indevida intromissão deste ente na vida privada das pessoas e desrespeito a dignidade da pessoa humana.

Em decorrência, compreender os benefícios da nova hermenêutica constitucional implica compreender este processo interpretativo de abertura da linguagem constitucional como sendo ensejador de nova significação para a Constituição, no que segue incorporando novos valores e dando significantes demonstrações de uma interpretação revitalizadora, e de fato, a solucionar melhor as exigências da sociedade democrática e plural.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de família mínimo**: possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ALVES, Maria Bernadete Martins; ARRUDA, Suzana Margareth. **Como fazer referências**: bibliográficas, eletrônicas e demais formas de documentos. 2003. Disponível em: <<http://www.bu.ufsc.br/home982.html>>. Acesso em 16 set. 2009.

AMARAL, Sylvia Mendonça. **O novo Direito de Família**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=333>>. Acesso em: 26 ago. 2009.

BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos Humanos e Direito de Família**. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/artigos.php?Textid=85>>. Acesso em: 01 set. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITTAR, Carlos Alberto. **O Direito de Família e a Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

BÓAS FILHO, Orlando Villas. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. **Direito contratual: temas atuais**. São Paulo: Método, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República do Brasil**. Vade Mecum Saraiva. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CÓDIGO CIVIL DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL COMENTADO. Vol.II. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1945.

DELINSKI, Julie Cristine. **O novo direito da filiação**. São Paulo: Dialética, 1997.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. **O compromisso do IBDFAM**. Disponível em: <[http://www.mariaberenicedias.com.br/site/content.php?cont\\_id=1358&isPopup=true](http://www.mariaberenicedias.com.br/site/content.php?cont_id=1358&isPopup=true)>. Acesso em: 23 abr. 2009.

\_\_\_\_\_. **União homoafetiva: o preconceito & a justiça**. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família: Elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GRECO, John; SOSA, Ernest. **Compêndio de Epistemologia**. São Paulo: Edições Loyola, 2008.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1997, p.24.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991.

KUHN, Thomas S. **O caminho desde a estrutura**. Tradução de: Cesar Mortari. São Paulo: Unesp, 2006.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. 8.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização nas relações de família. In: BITTAR, Carlos Alberto. **O Direito de Família e a Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

LUBISCO, Nídia M. L.; VIEIRA, Sônia Chagas. **Manual de Estilo Acadêmico: Monografia, Dissertações e Teses**. 2.ed. Salvador, Edufba, 2003.

MADALENO, Rolf. **Novas perspectivas no Direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

NEIVA, Gerivaldo Alves. **A união homoafetiva na jurisprudência**. Arpen Brasil. São Paulo, 2009. Disponível em: <[http://www.arpenbrasil.org.br/index.php?option=com\\_content&task=view&cid=1963&Itemid=83](http://www.arpenbrasil.org.br/index.php?option=com_content&task=view&cid=1963&Itemid=83)>. Acesso em: 09 set. 2009, p.2.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código civil comentado e legislação extravagante**. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

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

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SANTOS, Wellington Fonseca dos. **Família, Homossexualidade e a Adoção de Menores: Um Tino Epistemológico**. Disponível em: <<http://revistapensar.faculadepromove.br/revistapensar/art/a40.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2009.

SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.73.

TAVARES, André Ramos. **Fronteiras da hermenêutica constitucional**. São Paulo: Método, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

\_\_\_\_\_. **A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares**. Disponível em: <[http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/diversos/tepedino\\_3.htm](http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/diversos/tepedino_3.htm)> Acesso em: 26 ago. 2009.

UNIÃO METROPOLITANA DE EDUCAÇÃO E CULTURA. **Manual de Trabalhos Acadêmicos**. Lauro de Freitas: Bahia, 2008.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: RT, 1993.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

#### **Notas:**

##### **(Endnotes)**

[1] A definição de efetividade está bem delineada na obra de Luís Roberto Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo milênio*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.220. Luis Roberto Barroso assentou com propriedade: “Efetividade, em suma, significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social”.