

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Ana Carolina Bergamaschi Arouca

**A UNIÃO DE VIDAS EM NOME DO AFETO E O DIREITO**

DOUTORADO EM DIREITO CIVIL COMPARADO

São Paulo

2017

Ana Carolina Bergamaschi Arouca

## **A UNIÃO DE VIDAS EM NOME DO AFETO E O DIREITO**

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, como exigência parcial para obtenção do título de Doutora em Direito Civil Comparado, sob a orientação do Professor Doutor Gilberto Haddad Jabur.

São Paulo

2017

Ana Carolina Bergamaschi Arouca

## A UNIÃO DE VIDAS EM NOME DO AFETO E O DIREITO

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, como exigência parcial para obtenção do título de Doutora em Direito, na subárea Direito Civil Comparado, sob a orientação do Professor Doutor Gilberto Haddad Jabur.

Aprovada em: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_\_\_

### BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Gilberto Haddad Jabur (Orientador).

Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)

Julgamento: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

Professor (a) Doutor (a) \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

Professor (a) Doutor (a) \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

Professor (a) Doutor (a) \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

Professor (a) Doutor (a) \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus pelo dom da vida e por me permitir vir em uma família tão especial.

Aos meus pais por todas as oportunidades que me proporcionaram e pela confiança que sempre depositaram em mim.

Ao Guilherme meu amor e companheiro de todas as horas, pelo carinho e compreensão.

## RESUMO

A presente tese de doutorado está inserida na linha de pesquisa da efetividade do Direito Privado e Liberdades Civis, no núcleo de pesquisa de Direito Civil Comparado. Inicia-se percorrendo os períodos históricos, desde a Pré-Modernidade até a Pós-Modernidade, evidenciando as principais características socioeconômicas com enfoque para o pensamento filosófico presente em cada momento. As sociedades têm sua gênese na formação da estrutura familiar analisada a partir de seu surgimento espontâneo até a contemporaneidade. As revoluções sociais, políticas, econômicas, tecnológicas e biotecnológicas, influenciadas pelo pensamento racional da Modernidade, foram responsáveis por diferentes despertares da humanidade, que se depara com paradigmas inéditos, cada vez mais voltados para a centralidade do homem. A legislação procura acompanhar as rápidas evoluções experimentadas pelo instituto familiar que, após a promulgação da Carta Magna de 1988, apresentou novos contornos, com destaque para a afetividade, que doutrinadores intentam rotular como princípio jurídico. Os paradigmas racionais erigidos durante a Modernidade, estão sendo desconstruídos pela filosofia pós-moderna relativista, defensora da ausência de verdade e da natureza humana. Em meio às mudanças em curso, imprescindível a adoção de uma postura crítica, com a revisitação de conceitos, principalmente por profissionais do Direito como os magistrados e notários, para se evitar uma reengenharia jurídico social por meio da obscura ideologia de gênero.

**Palavras-chave:** Historicidade. Família. Afeto. Operadores do Direito. Ideologia de Gênero.

## **ABSTRACT**

This PhD thesis is part of the line of research on the effectiveness of Private Law and Civil Liberties, in the nucleus of Comparative Civil Law research, and begins by traversing the historical periods from Pre-Modernity to Post-Modernity, highlighting the main Socioeconomic characteristics with a focus on the philosophical thought present in each moment. Societies have their genesis in the formation of the family structure analyzed from its spontaneous emergence to contemporaneity. The social, political, economic, technological and biotechnological revolutions influenced by the rational thought of Modernity were responsible for the different awakening of humanity that faces new paradigms increasingly focused on the centrality of man. The legislation seeks to follow the rapid changes experienced by the family institute which, after the promulgation of the Constitution of 1988, presented new contours, with emphasis on the affectivity, which jurists intend to label as a legal principle. The rational paradigms erected during Modernity are being deconstructed by the postmodern relativist philosophy, defender of the absence of truth and human nature. In the midst of the changes in course, it is essential to adopt a critical stance, with the revisiting of concepts, mainly by law professionals such as judges and notaries, to avoid a social and legal reengineering through the obscure gender ideology.

**Key words:** Historicity. Family. Affection. Operator of Law. Gender Ideology.

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

APL - Apelação

CF/88 - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

DJ - Diário de Justiça

DJe - Diário de Justiça Eletrônico

DJF1 - Diário de Justiça do Tribunal Regional Federal 1

j. - Julgado em

Min. - Ministro

RE - Recurso extraordinário

Rel. - Relator

REsp - Recurso especial

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

p. - Página

PLS - Projeto de Lei do Senado Federal

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>1 DA PRÉ-MODERNIDADE À PÓS-MODERNIDADE – O DESCORTINO DO FUTURO .....</b>	<b>11</b>
<b>1 Entre as cinzas e o júbilo da Idade Média .....</b>	<b>11</b>
<b>1.1 Iluminismo – o Século das Luzes .....</b>	<b>13</b>
<b>1.3 Despedida da modernidade? .....</b>	<b>15</b>
<b>1.4 O despertar de uma nova era .....</b>	<b>19</b>
<b>2 INSTITUIÇÃO FAMILIAR NO CONTEXTO HISTÓRICO .....</b>	<b>22</b>
<b>2.1 Gênese da instituição familiar.....</b>	<b>22</b>
<b>2.2 Primeiras linhas sobre Direito de Família .....</b>	<b>26</b>
<b>2.3 Organizações familiares na Antiguidade .....</b>	<b>29</b>
<b>2.3.1 Mesopotâmica .....</b>	<b>29</b>
<b>2.3.2 Grega .....</b>	<b>32</b>
<b>2.3.3 Romana.....</b>	<b>36</b>
<b>2.3.4 Brasileira .....</b>	<b>40</b>
<b>3 DISPOSIÇÕES LEGISLATIVAS BRASILEIRAS SOBRE DIREITO DE FAMÍLIA</b>	<b>45</b>
<b>3.1 Retrospectiva histórica.....</b>	<b>45</b>
<b>3.2 Ordem constitucional contemporânea.....</b>	<b>47</b>
<b>3.3 Novos modelos de famílias .....</b>	<b>51</b>
<b>3.3.1 União estável.....</b>	<b>51</b>
<b>3.3.2 Monoparental .....</b>	<b>55</b>
<b>3.3.3 Anaparental .....</b>	<b>57</b>
<b>3.3.4 Homoafetiva .....</b>	<b>59</b>
<b>3.4 Relações concubinárias adúlteras .....</b>	<b>62</b>
<b>4 AFETO .....</b>	<b>67</b>
<b>4.1 Conceito simplificado de afeto .....</b>	<b>67</b>
<b>4.2 A complexidade do objeto denominado afeto .....</b>	<b>70</b>
<b>4.3 O afeto nas relações familiares.....</b>	<b>72</b>
<b>4.3.1 Função social da família .....</b>	<b>75</b>
<b>4.4 Natureza do afeto .....</b>	<b>77</b>
<b>4.5 Direito e afeto .....</b>	<b>81</b>
<b>5 REENGENHARIA JURÍDICO SOCIAL: UMA SILENCIOSA REVOLUÇÃO EM CURSO .....</b>	<b>87</b>
<b>5.1 Contextualização histórica das origens dos Direitos Humanos na órbita internacional.....</b>	<b>87</b>
<b>5.2 Constitucionalização dos Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro .....</b>	<b>88</b>
<b>5.3 Trajetória do feminismo para a concreção de direitos fundamentais e a ideologia de gênero como legado .....</b>	<b>91</b>
<b>5.4 Desintegração de direitos fundamentais da família com a propagação da ideologia de gênero .....</b>	<b>92</b>



<b>6 O PAPEL DO TABELIÃO DE NOTAS E DOS MAGISTRADOS NAS ATUAIS FORMATAÇÕES FAMILIARES .....</b>	<b>98</b>
<b>6.1 Breve relato sobre a atividade notarial.....</b>	<b>98</b>
<b>6.2 Contribuição social dos notários.....</b>	<b>102</b>
<b>6.3 Estudo do caso prático: escritura pública declaratória de união estável poliafetiva.....</b>	<b>105</b>
<b>6.4 A atividade do Poder Judiciário na manutenção da estrutura familiar .....</b>	<b>113</b>
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>119</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>124</b>

## INTRODUÇÃO

A presente tese, apresentada no Curso de Doutorado em Direito Civil Comparado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC – SP), tem como objetivo a análise dos fatores Pós-Modernos responsáveis pela desconstrução humana, especialmente a exaltação do afeto como valor jurídico, para a introdução da ideologia de gênero e a reengenharia jurídico social.

É apresentada como requisito para obtenção do título de Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC – SP), nos termos do programa de estudos pós-graduados em Direito estabelecidos.

O objetivo científico do trabalho é demonstrar o uso inconsequente do termo afeto por toda a sociedade, inclusive por operadores do Direito, como magistrados e tabeliães de notas, promovendo a extinção de padrões e o abandono de princípios basilares do ordenamento jurídico, para garantir *status* de família a todo tipo de agrupamento humano em que estiver presente.

Para a confecção de proposta de limitações em relação à utilização da expressão afetividade, é feita uma intersecção entre o Direito e outras ciências, como a Filosofia e a Psicologia.

Inicia-se o trabalho com a análise da evolução histórica das sociedades, desde a Pré-Modernidade até a Pós-Modernidade e o desenvolvimento do pensamento filosófico ao longo dos períodos.

Em seguida, o trabalho concentra-se no estudo da família em sua origem, suas características em algumas sociedades do mundo, sua importância para a sua formação e manutenção e do Estado, sua evolução histórica, a hodierna ampliação dos arranjos familiares e, por fim, sua responsabilidade social.

Continuando a exposição, o afeto é abordado a partir de seu conceito, analisando sua natureza, a possibilidade de ser entendido como valor jurídico, passando pela extensão de sua interpretação até sua aplicabilidade, justificada sempre pelo cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana.

É demonstrada a necessidade de imposição de limitações para o uso irrestrito do termo afeto para legalizar as novas e infinitas formas de associações humanas que carregam a bandeira do aniquilamento das diferenças biológicas e psíquicas e o surgimento de pessoas sexualmente amorfas, construídas socialmente a esmo.

São analisadas as funções dos tabeliões de notas, a atividade dos magistrados na aplicação da lei e a possibilidade de atuação destes operadores do Direito perante a sociedade, para a formação de um pensamento crítico em relação aos paradigmas da Pós-Modernidade por meio dos aconselhamentos, informações prestadas e das decisões proferidas.

São estudados casos concretos de influência da afetividade e da ideologia de gênero na lavratura de escrituras públicas reconhecendo a união estável entre mais de duas pessoas, denominada de “poliamor”, que contribuem para a decomposição da família e laceração da sociedade.

É descortinada a imposição silenciosa da ditadura da relativização, da negação da verdade, da extinção de padrões e da agenda de gênero, para o enfraquecimento da instituição familiar e manipulação do homem, induzido ao exercício de uma postura passiva diante da revolução em curso para a reconstrução social e imposição do neototalitarismo.

Por fim, demonstra-se a necessidade de adoção de uma postura questionadora diante das inúmeras possibilidades fluidas, instáveis e precárias da contemporaneidade e o engajamento social para reverter a nova realidade humana individualista, alienada, irresponsável, permeável e distante de princípios morais, tradições, costumes, frutos de sua historicidade.

Para a realização do trabalho, a técnica de investigação e tratamento dos dados escolhida é a hipotético-dedutiva, definida previamente juntamente com o Orientador, observado o Programa de Estudos de Pós-Graduação em Direito da PUC-SP.

# 1 DA PRÉ-MODERNIDADE À PÓS-MODERNIDADE – O DESCORTINO DO FUTURO

## 1. Entre as cinzas e o júbilo da Idade Média

O início da Idade Média foi marcado pela queda do Império Romano do Ocidente e a tomada de Roma pelos germânicos no ano de 476. Instaurou-se um governo composto pelas monarquias feudais descentralizadas regidas por monarcas de pouca expressividade.

A Igreja Católica apresentou grande expansão, evidenciando-se como autoridade de fato em Roma. “Talvez de forma ainda mais profunda, fez-se sentir a influência da igreja ocidental. Pelo menos desde Constantino, ela tinha assumido muitas das tarefas, sociais e morais do antigo império”.<sup>1</sup>

Os senhores feudais, proprietários de terras, concentravam em suas mãos riqueza e poder. As sociedades eram compostas por nobres, clérigos e servos que se organizaram ao redor dos feudos onde predominavam as relações de servidão, suserania e vassalagem. A população estava aglomerada nas propriedades feudais, onde contava com a proteção dos cavaleiros, imprescindível em razão da violência e alta criminalidade ocasionada pela ausência de autoridade central.

A circulação de pessoas era restrita em face da distância entre os feudos e da falta de segurança, o que determinou a adoção do modelo de castelos e fortificações. Grande parte dos produtos consumidos nos feudos era produzida no próprio local e, por este motivo o comércio ocorria de forma tímida.

Durante séculos a monarquia e os senhores feudais governaram amparados por antigos ideais da tradição religiosa e pela hierarquia de monarcas e aristocratas. Os privilégios feudais, aristocráticos e religiosos engessavam a sociedade com uma minoria abastada e uma massa de pessoas vivendo em condições desumanas.

O início da nova era ficou conhecido como Alta Idade Média, marcada pela desigualdade social e econômica, exploração do trabalho camponês, reduzida possibilidade de acesso ao conhecimento, restrição na liberdade de pensamento e na

---

<sup>1</sup> WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 17.

circulação de ideias. A função religiosa não deixava espaço para o exercício intelectual pleno, indicando a fé como o único caminho a seguir.

Ao longo dos tempos a estagnação social, o atraso intelectual, artístico e, principalmente econômico, foi se tornando intolerável, e latente a necessidade de mudanças para a melhoria da qualidade de vida das pessoas. As cruzadas iniciaram uma transformação no panorama socioeconômico, pois resultaram em maior circulação de pessoas e fomentaram o comércio, inclusive de peças saqueadas das cidades conquistadas. Neste flanco, as instituições feudais iniciam sua decadência com o surgimento das cidades, aumento do comércio e o abandono dos feudos pelos servos, em busca de uma vida melhor.

Formava-se uma classe média de comerciantes, conhecidos como burgueses, que ganharam rapidamente notoriedade e expressividade econômica e social. Despídos de terras e poder, necessitavam fazer alianças para sua fortificação. Em muitos lugares encontraram no monarca, enfraquecido pelo feudalismo, um grande aliado para sua ascensão. Era o início da gestação das monarquias absolutas.

O império romano legou àquilo que viria a ser o Ocidente, desde logo, a burocracia e a organização administrativa e financeira dessa monarquia absoluta centralizada que, pelos inícios do século IV, tinha resultado das convulsões do séc. II e cujos resíduos sobreviveriam à queda do Império Romano do Ocidente (476).<sup>2</sup>

Neste contexto, tem origem o movimento denominado Renascimento, em que artistas, pintores e pensadores davam vida novamente aos esplendores da cultura grega e romana da antiguidade e buscavam no pensamento ancião os fundamentos para a construção de um ideal humanista e naturalista.

A esta primeira erupção, seguiram-se contínuos renascimentos, que exploravam, de forma cada vez mais profunda, o conteúdo da antiga pré-cultura – tal como os indivíduos, à medida que ganham maturidade, compreendem cada vez melhor os seus pais e antepassados.<sup>3</sup>

Segundo Eduardo Bittar, houve uma soma de fatores para a construção do cenário de insatisfação social e advento do Renascimento, como a intensificação do

---

<sup>2</sup> WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 16.

<sup>3</sup> *Ibidem*. p. 24.

comércio e nascimento da burguesia, classe social ascendente; descoberta de novas terras nas Américas e contato com outras culturas. A introdução do modelo de livre reflexão pagão juntamente com a teologia cristã, como fizeram Abelardo e São Tomás de Aquino,<sup>4</sup> doutrinando sobre o pensamento de Aristóteles; a abertura das Universidades de Paris e Bolonha; o surgimento de artistas, pintores, escultores, intelectuais e escritores desligados de forças religiosas e subvencionados por mecenas; o desenvolvimento da experimentação em ciência e medicina para o conhecimento e evolução dos tratamentos.<sup>5</sup>

E diante de tantas transformações, já não existiam mais as bases de sustentação do modelo medieval que ruiu com a tomada da capital do Império Romano do Oriente, Constantinopla, pelos turcos-otomanos em 1453. Chegava ao fim a Idade Média, período que intercalou inércia e progresso, aprisionamento e libertação.

### 1.1 Iluminismo – o Século das Luzes

Após um longo período de controlado progresso, inaugura-se um período pós-Renascimento, de maturação das novas ideias, de libertação do pensamento, de teorias sobre a natureza, o homem e os objetos. A euforia dos pensadores e o desenvolvimento do conhecimento, traz a sensação de superioridade e avanço da nova era, denominada, Modernidade.

O Iluminismo configurou um movimento do século XVIII, capitaneado pela elite intelectual europeia, para a transformação do pensamento medieval e reforma da sociedade por meio da razão. Abarcou inúmeras tendências de progresso nas áreas do conhecimento humano.

A chegada da Modernidade anunciava muito mais do que um avanço científico, era a incorporação de um novo estilo de vida, uma nova forma de organização social no tempo e no espaço. Eduardo Bittar define o tenro momento como um conjunto de

---

<sup>4</sup> A transição para o século XII assiste ao encontro, sempre aberto e provisório, com a grande jurisprudência romana na versão do classicismo justinianeu, encontro acompanhado pela recepção da teoria jurídica e política de Aristóteles que produziu, na *Suma* de S. Tomás de Aquino, o primeiro sistema europeu de direito natural.

<sup>5</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 37-38.

transformações culturais, sociais, econômicas e políticas, ditadas por novos ideais filosóficos com vistas à consolidação de determinadas características para a reconfiguração das relações humanas e sociais na Europa ocidental.<sup>6</sup>

O movimento iluminista rompeu fronteiras e se universalizou, influenciando inúmeras sociedades, mesmo fora da Europa ocidental. O panorama sócio-financeiro-religioso foi drasticamente alterado com a emancipação do indivíduo por meio da razão. Foram extirpados os vínculos com os senhores feudais e extintos os impraticáveis impostos que restringiam a circulação de mercadorias e a vida digna. Houve uma ruptura com a doutrina religiosa, que ditava os dogmas a serem seguidos sem qualquer tipo de questionamento, resultando em uma laicização.

Paulatinamente, a crença religiosa foi substituída pelo culto da razão. Iniciou-se uma busca incessante por respostas em todas as áreas do conhecimento. A cosmovisão tornou-se antropocêntrica e, cada vez mais, o homem desejava dominar as ciências, os meios de produção, a natureza e a si próprio.

A natureza passou a ser encarada como um objeto e explorada de maneira insustentável, resultando em esgotamento de recursos naturais, o progresso da tecnologia com novas descobertas. A industrialização tornou os meios de produção ainda mais eficientes e a exploração do homem pelo homem, avalizada pelo liberalismo econômico, foram fatores determinantes para o surgimento do novo sistema econômico - o capitalismo - responsável pelo crescimento, mas também pela amplificação das desigualdades socioeconômicas.

A relação tempo e espaço ganhou novos contornos e perdeu o vínculo indissolúvel existente na Pré-Modernidade. As distâncias percorridas não dependiam apenas de esforço físico ou de tempo. A noção de velocidade abandonou os limites encontrados na relação tempo-espaço. O progresso da tecnologia e os meios artificiais de transporte transformaram-se em instrumentos para uma nova colonização em nível mundial.

A modernidade começa quando o espaço e o tempo são separados da prática da vida e entre si, assim podem ser teorizados como categorias distintas e mutuamente independentes da estratégia e da ação; quando deixam de ser, como eram ao longo dos séculos pré-modernos, aspectos entrelaçados e dificilmente distinguíveis da experiência vivida, presos numa estável e aparentemente invulnerável correspondência biunívoca.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 35.

<sup>7</sup> BAUMAM, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 200. p. 15.

Outra consequência inexorável da Modernidade, foi a imposição de um novo modo de vida orientado por uma crescente propensão ao consumo de bens e serviços, em grande parte supérfluos, indispensável para a manutenção do capitalismo. Fenômeno conhecido como consumismo.

A Modernidade apresentou grande evolução humana, marcada pelo individualismo e positivismo, voltado para a busca de certezas científicas transformadas em verdades quase absolutas. No entanto, inegável que os fundamentos desta era, que posicionou o homem como ser pensante e questionador dos dogmas religiosos imperiosos na Idade Média, já não eram suficientes para acompanhar a estonteante rapidez de informações proporcionada pelo avanço da tecnologia.

Observa-se uma grande mudança nos padrões de comportamentos e dependências no panorama mundial. O convívio humano sofreu uma reprogramação com o aumento da velocidade das relações, onde se constata a substituição do sólido pelo líquido, do durável pelo descartável, a latente falta de comprometimento entre os indivíduos, a dissolução de barreiras de subordinações e uma migração do poder determinada pelos novos conhecimentos tecnológicos. Esta troca de modelos anunciava a vinda de novos tempos.

### **1.3 Despedida da modernidade?**

A expressão “final dos tempos modernos” parece paradoxal, pois o termo moderno remete o pensamento a algo recente, inovador, progressista e contemporâneo e, no panorama atual, gradualmente, vem se transformando em ultrapassado.

Eduardo Bittar explica que o termo moderno foi criado para significar o novo, o cristão, em oposição ao velho, ao pagão e, desde então, tem sido invocado para expressar a consciência de uma nova época.<sup>8</sup>

Friedrich Wilhelm Nietzsche (1844-1900), filósofo que despertou as atenções para as fragilidades do racionalismo da Modernidade e da tendência do homem em

---

<sup>8</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 33-34.



analisar a vida sempre em seu aspecto lógico-racional, abandonando qualquer resquício de sabedoria instintiva, anunciava a depressão da era Moderna.

Se o positivismo científico, pela sua recusa a uma legitimação ético-jurídica e pelo seu formalismo, já não correspondia de todo às exigências técnicas e morais do mundo da revolução industrial, o positivismo legal capitulou inteiramente perante a crise política que socavou o Estado de direito burguês e o acabou por destruir.<sup>9</sup>

O entusiasmo presente na busca incessante por verdades científicas e a construção de dogmas racionais, foram substituídos por uma profunda frustração com a descoberta da insuficiência da ciência e da razão para a solução de todas as situações da vida. A teoria socrática de identificação entre o conhecimento e o bem, foi considerada racionalista demais e não impediu os possíveis usos e abusos das invenções modernas.<sup>10</sup>

A inauguração da Modernidade se verificou com a substituição da crença em Deus para a crença na razão. Os dogmas religiosos foram substituídos por ideias iluministas, progressistas, emancipadoras, individualistas e puramente racionais, sem qualquer interferência de sentimentos. E a passagem para a Pós-Modernidade, que sequer é um consenso,<sup>11</sup> ocorre com a aceitação de que o racionalismo, o individualismo, o mecanicismo e o utilitarismo já não atenderiam os anseios sociais urgindo a quebra de paradigmas e a instituição de um modelo mais flexível.

Ressalta Boaventura de Souza Santos que “há um desassossego no ar. Temos a sensação de estar na orla do tempo, entre um presente quase a terminar e um futuro que ainda não nasceu”.<sup>12</sup>

O racionalismo exacerbado dos tempos modernos encontrava questionadores de sua eficiência prática, como Friedrich Heinrich Jacobi<sup>13</sup> (1743-1819), filósofo alemão que defendia a primazia da crença e do sentimento como elementos

<sup>9</sup> WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 14.

<sup>10</sup> RUSSEL, Bertrand. **História do pensamento ocidental: a aventura do pré-socráticos a Wittgeinstein**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002. p. 455.

<sup>11</sup> Zygmunt Bauman indica a vivência de um desdobramento da era moderna. In: **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. Boaventura de Souza Santos defende a inauguração da contemporaneidade in: **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

<sup>12</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2007. p. 41.

<sup>13</sup> JACOBI, Friedrich Heinrich. **The Main Philosophical Writings and the Novel Allwill**. Quebec: McGill-Queens University, 1994, p. 22-23.

formadores da vontade humana e a afetividade como parte do processo de conhecimento humano. Sustentava que somente com o sentir seria possível uma apreensão da realidade concreta, inalcançável pela razão.

Assiste-se ao declínio do racionalismo, com o desaparecimento das certezas filosóficas e científicas autoevidentes e rígidas sem, contudo, ter nítidos paradigmas contemporâneos a seguir. Os discursos de inúmeros doutrinadores e operadores do Direito, como o de Luiz Edson Fachin, convergem no sentido de que a Pós-Modernidade será edificada sobre a base dos sentimentos humanos, o que pode causar grande inquietação pelas incertezas do porvir.<sup>14</sup>

O racionalismo moderno carrega a responsabilidade pela massificação da cultura, pela instituição do consumismo praticado nos grandes centros urbanos, que impôs um ritmo acelerado de vida àqueles que sentem necessidade inserção no modelo universalizado de conduta, constantemente alterado.

A proximidade involuntária entre os indivíduos foi uma consequência irreversível dos acontecimentos da era Moderna entre eles: a migração desordenada para as grandes cidades iniciada com a Revolução Industrial; o grande aumento populacional, em parte resultante do avanço da medicina, com a prevenção e realização de tratamentos de doenças e, por último, a globalização possível pelo progresso tecnológico e consequente troca de informações.

A imediatidade e a vulnerabilidade dos atuais laços sociais, resultam na construção e desconstrução de inúmeras relações de afeto com uma frequência até pouco tempo imaginável, o que despertou nos estudiosos a possibilidade de inauguração de uma nova era instável, livre de padrões, limites, prazos, compromissos e, também, marcada por dissensos e incertezas em todos os campos da existência humana. “São esses padrões, códigos e regras que podíamos nos conformar, que podíamos selecionar como pontos estáveis de orientação e pelos quais podíamos nos deixar depois guiar, vez mais que estão cada em”.<sup>15</sup>

Os paradigmas da modernidade foram construídos sob uma plataforma universal oriunda de textos idealistas, que pregavam a igualdade, ignorando as desigualdades culturais e a universalidade dos direitos, impessoais e de eficácia reduzida, pela dificuldade de aplicação regional.

---

<sup>14</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 38-39, Vol. 1.

<sup>15</sup> BAUMAM, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 14.

Os padrões universais de desenvolvimento, ao invés de garantir maior número de direitos, resultaram em exclusões de direitos de classes. A tendência pós-moderna caminha para uma especificação dos modelos universais.

Gradativamente, o pensamento racional da modernidade e a construção de verdadeiros dogmas da razão, amplamente utilizados como forma de dominação política e social, vêm perdendo espaço para uma nova forma de domínio: a ação comunicativa, os jogos de linguagem embasados na teoria de Ludwig Wittgenstein (1889-1951), utilizados como instrumentos para a manipulação e controle social em massa.<sup>16</sup>

Neste sentido, as ferramentas de linguagem ganham destaque na função de desconstrução de modelos para a instauração de uma nova ideologia, onde os limites parecem ditados pelos instantâneos e precários sentimentos humanos.

A realidade dos dias correntes indica a passagem da modernidade, adentrada no momento do coroamento do pensamento racional combatido outrora pela Igreja Católica, para tempos pós-modernos, marcado pela velocidade, fugacidade e passividade. Todavia, não se pode afirmar que exista uma consonância entre os estudiosos sobre esta transição dos referidos períodos históricos, sustentando alguns que se trata apenas de uma nova fase da modernidade.

Ainda não há elementos suficientes para se afirmar o início de um novo tempo. Paradigmas têm sido questionados, algumas vezes abandonados, mas não se criou um novo modelo, não se firmou a ideia central da nova era. Muito se fala sobre afetividade, mas não há um cálculo sobre o peso de seus efeitos, inclusive na esfera jurídica.

E, em meio a todos esses acontecimentos e teorias, há doutrinadores que sustentam que o afeto foi tomado apenas como bode expiatório para a consecução de outros fins, em especial, a imposição de um novo totalitarismo político a uma sociedade degradada e incapacitada de oposição de resistência.

---

<sup>16</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**. 3. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008.p. 15-17.

#### 1.4 O despertar de uma nova era

O que se vê é uma revolução em curso, sem denominação e sem uma bandeira definida. Luta-se para derrubar um modelo de conceitos universais, mas o que exatamente ficará em seu lugar ainda é desconhecido.

Alguns doutrinadores, como Luiz Edson Fachin, defendem a ausência de modelos a serem seguidos “abandonando a postura segura dos conceitos”<sup>17</sup> propondo a ruptura com o sistema atual, com a forma de interação entre o sujeito e o direito, sem colocar outro modelo em seu lugar.<sup>18</sup>

A pós-modernidade traz consigo a ideia de extinção de padrões de referência e adoção de tendências gerais, inconstantes e mutáveis, da forma sistêmica para adoção do formato em rede e de um tempo de pós-verdade, de relativização da verdade encarada como algo subjetivo e moldável. Contudo, “o respeito pela verdade objetiva pode funcionar como freio com relação às ilusões do poder ilimitado que brotam da tendência subjetivista”.<sup>19</sup>

A atuação social do homem esbarra em limites naturais desenhados por exigências éticas da vida civilizada, comuns às pessoas moldadas sob a influência dos mesmos fatores históricos. E a ideologia dos tempos contemporâneos quer romper até as últimas barreiras, que permitem a determinação do homem perante si e perante a sociedade.

A retórica pós-moderna trabalha para que a sociedade associe o tempo vindouro com a conquista da liberdade irrestrita, absoluta autonomia da vontade, garantia da afetividade como valor jurídico e felicidade plena, termos relacionados ao campo emocional, irracional, suscetível às mudanças.

O homem é feito de corpo e mente, representantes da razão e da emoção. Caminha-se de um tempo onde as respostas eram alcançadas por meio da razão, insuficientes, mas geradoras de certezas e segurança por sua própria lógica, para um período de exaltação da emoção, dos afetos, da leveza proveniente da precariedade dos relacionamentos responsáveis por felicidade, mas também causadores de medos,

---

<sup>17</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**: à luz do novo código civil brasileiro. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.190.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 230.

<sup>19</sup> RUSSEL, Bertrand. **História do pensamento ocidental**: a aventura do pré-socráticos a Wittgenstein. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002. p.452-453.

angústias, ansiedades, depressões, inseguranças e incertezas, que atuam como uma poderosa força individualizadora.<sup>20</sup>

O fenômeno que todos esses conceitos tentam captar e articular é a experiência combinada da *falta de garantias* (de posição, títulos e sobrevivência), da *incerteza* (em relação à sua continuação e estabilidade futura) e de *insegurança* (do corpo, do eu e de suas extensões: posses, vizinhança, comunidade).<sup>21</sup>

A fragilidade das relações e sua efemeridade refletem a falta de compromisso, responsabilidade, lealdade, perenidade e solidariedade entre as pessoas e, ao mesmo tempo, as tornam mais independentes, individualistas, egoístas e solitárias. Não há garantia de que os direitos do outro serão respeitados, levando em consideração apenas uma base afetiva volátil. É necessária a atuação psicológica de princípios éticos, costumes, tradições e as normas, que garantem direitos, mas sobretudo, atribuem deveres e responsabilidades.

A nova era, marcada pela atuação cibernética, transformou consideravelmente a vida pós-moderna, impôs novas características à rotina das pessoas, que se julgam mais livres para se relacionar, trabalhar, emitir opiniões e têm a falsa sensação de estarem protegidas pelo anonimato e pela distância do ambiente virtual. Na verdade, estão mais vigiadas, presas e identificadas do que nunca.

A transitoriedade que contamina as relações pessoais e profissionais impede a criação de perspectivas firmes que incentivariam a cultivar vínculos de cumplicidade e mútua assistência, salutares para o desenvolvimento humano. Observa-se uma nova geração pronta a abandonar aquilo que, mesmo por um instante, se desvende como insatisfatório.

Tarefa árdua é a confirmação do início do novo período. O panorama atual desvenda uma ambivalência, entre o moderno e o ultramoderno, sob outra ótica, entre o antigo e o novo. Insurreições pontuais foram vivenciadas, tecnológicas, sociais, feministas, filosóficas, jurídicas. Resquícios da Modernidade e do racionalismo conflitam com a fluidez da realidade atual. Identifica-se um grande esforço das políticas sociais e do Direito para a construção de uma interface entre os dois momentos.

---

<sup>20</sup> BAUMAM, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 170.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 184.

A experiência prática parece afirmar a instauração da nova era. Paradigmas do eixo de sustentação da sociedade moderna foram superados por novos modelos. Inovações importantes na seara jurídica e das políticas públicas corroboram a ideia do novo tempo que continuará exigindo grandes esforços de toda a sociedade, para a sedimentação dos novos conceitos já avalizados, e análise dos recentes valores sócio jurídicos.

## 2 INSTITUIÇÃO FAMILIAR NO CONTEXTO HISTÓRICO

### 2.1 Gênese da instituição familiar

Quando se fala em origem da família, não existe a pretensão de se determinar data ou local para o seu nascimento, apenas se faz um esboço sobre as fases da evolução humana até seu surgimento.

Há incontáveis teorias sobre o aparecimento da instituição familiar, com consonâncias e dissonâncias, sem, contudo, existir uma versão oficial, que se sobreponha às outras. Relata Friedrich Engels (1820-1895), no prefácio à quarta edição da obra **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**:

Até o início da década de sessenta, não se poderia sequer pensar em uma história da família. As ciências históricas ainda se achavam, nesse domínio, sob a influência dos Cinco Livros de Moisés. A forma patriarcal da família, pintada nesses cinco livros com maior riqueza do que em qualquer outro lugar, não somente admitida, sem reservas, como a mais antiga, como também se identificava – descontando a poligamia – com a família burguesa de hoje, de modo que era como se a família não tivesse tido evolução alguma através da história. No máximo admitia-se que nos tempos primitivos pudesse ter havido um período de promiscuidade sexual.<sup>22</sup>

Incontrastável que a vida independente, ou de forma segregada, é tarefa árdua para o homem que é, indiscutivelmente, um ser social. Precisa relacionar-se com seus semelhantes, compartilhar, fazer trocas por instinto de sobrevivência e, também, para satisfazer seus interesses e necessidades materiais, sentimentais e sexuais. Neste sentido inicia-se a cronologia da instituição familiar.

Na natureza, o homem é uma espécie frágil e, por esta razão, houve a necessidade de viver próximo a seus pares como meio de sobrevivência. Nos primórdios, vivia em grupos nômades, momento em que imperava o extrativismo. Neste período, as relações pessoais eram promiscuas e efêmeras, pois o instinto natural era de satisfação sexual e procriação.

Quanto maior o número de relações sexuais que o macho mantivesse, maior seria o sucesso de perpetuação genética da espécie, informação corroborada pela

---

<sup>22</sup> ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 4. ed. São Paulo: Centauro, 2002. p. 12.

teoria de seleção natural do inglês Charles Robert Darwin (1809-1882), que defende a gestação de filhos capazes de ter filhos saudáveis para assegurar a continuação da espécie e garantir o sucesso da passagem de genes para as próximas gerações.<sup>23</sup>

O esboço de uma estrutura familiar começou a emergir no momento em que as fêmeas deixaram de usar os membros superiores para coletar alimentos ou caçar, pois precisavam segurar seus descendentes nos braços. Já na forma física ereta e, por esta razão, é abandonado o modelo de transporte de suas crias agarradas ao seu corpo, como faziam seus ancestrais primatas. Diante da nova condição humana da fêmea, necessitavam da presença do macho ao seu lado desde o nascimento da prole, para garantir sua alimentação e sobrevivência.

Com o novo modelo vigente o macho, após o acasalamento, passa a ficar ao lado da fêmea com quem copulou, até que seu descendente fosse suficientemente independente para garantir sua própria sobrevivência. Neste panorama, talvez se possam observar os primeiros sinais de uma paternidade identificada em um ambiente onde reinava soberana a matrilinearidade.

Gradativamente, o sistema de promiscuidade e também poligamia, é substituído pela monogamia, já que o progenitor permanecia durante certo período ao lado da fêmea, antes de procurar novas companheiras para procriação. Identifica-se, ainda que temporariamente, a formação de famílias com a presença do pai, da mãe e sua prole.

Excetuando a ordem cronológica, relevante ressaltar que monogamia é uma palavra que teve origem apenas na civilização grega onde *mono* significa um e *gyny* é traduzido como fêmea. Em outras palavras, deve ser entendida como o estado ou costume de ter uma esposa de cada vez. Em contraponto, temos a poliginia, que é percebida como a manutenção de várias esposas ao mesmo tempo. Completando a explanação, monandria é a condição de manter um marido de cada vez e, poliandria, a presença de vários maridos ao mesmo tempo.

Os zoólogos James F. Wittenberger e Ronald L. Tilson acreditam que a monogamia pode ser entendida como “um relacionamento prolongado e essencialmente exclusivo entre um macho e uma fêmea.”<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> DARWIN, Charles Robert; **A origem das espécies**. Tradução de John Green. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 25-29.

<sup>24</sup> WITTENBERG, James F.; TILSON, Ronald L. The evolution of monogamy: hypotheses and evidence. **Annual Review of Ecology and Systematics**, Palo Alto, v. 11, p.197-232, nov. 1980. p. 198.



Apenas com a formação das famílias e a organização das sociedades, ainda primitivas e com o apoio de seus semelhantes, o homem poderia garantir segurança e saciar suas necessidades básicas, desenvolver uma caça mais efetiva, melhorar a proteção de seus membros contra os ataques de outros e de animais, e otimizar a produção de alimentos. A aproximação de pessoas não era uma escolha, mas uma garantia de sobrevivência neste período.

A formação das famílias é um fenômeno natural, informal e espontâneo, resultante da necessidade de sobrevivência, mas também em se estabelecer relações afetivas estáveis repudiando, assim, a solidão e perpetuando a espécie, conforme Helen Fisher:

Eu poderia acrescentar que ‘Deus’ gosta do jogo do acasalamento humano, pois nenhum outro aspecto de nosso comportamento é tão complexo, sutil e universal. E, embora as estratégias sexuais difiram de um indivíduo para outro, a coreografia essencial do namoro, do amor e do casamento entre os seres humanos tem milhares de esquemas que parecem incorporados na psiquê humana, e que são produtos do tempo, da seleção e da evolução.<sup>25</sup>

Johann Jakob Bachofen (1815-1877), pioneiro no estudo da história da família, afirma que foram percorridas as seguintes fases para a formação das entidades familiares: promiscuidade sexual; matrilinearidade; ginecocracia; passagem para a monogamia. “O estudo da história da família começa, de fato, em 1861, com o *Direito Materno* de Bachofen.”<sup>26</sup>

Segundo o mesmo historiador, as primeiras civilizações foram organizadas sob a forma de matriarcado, uma espécie de sociedade em que o poder é exercido pelas mulheres, especialmente pelas mães da comunidade.

Todavia, não existem provas robustas da existência desta forma gineocrática de sociedade. De fato, as mulheres eram exaltadas e até consideradas divindades, conforme comprova a produção artística de muitos povos da antiguidade, mas não se deve confundir esta adoração com o monopólio e exercício do poder por elas.

Irrefutável que a mulher possui o precioso dom da maternidade, responsável pela perpetuação da espécie e, por isso, fonte de todas as sociedades humanas,

---

<sup>25</sup> FISHER, Helen E. **Anatomia do amor: a história natural da monogamia, do adultério e do divórcio**. Rio de Janeiro: Eureka, 1995. p. 17.

<sup>26</sup> ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. São Paulo: Centauro, 2002. p. 13.

religião, moral e decoro, como afirma Bachofen, em sua obra **Mother Right: an investigation of the religious and juridical character of matriarchy in the Ancient World**, publicada em 1861,<sup>27</sup> mas este fato não é suficiente para concluir que as mulheres na antiguidade foram governantes de sociedades e detentoras de poderes políticos.

Na última fase, apresentada pelo historiador suíço, há a consolidação da monogamia e da instituição familiar patriarcal. Friedrich Engels, embasado nos estudos de Bachofen, reflete sobre o momento da passagem para o modelo patriarcal:

A passagem do “heterismo” à monogamia e do direito materno ao paterno, segundo Bachofen, processa-se – particularmente entre os gregos – em consequência do desenvolvimento das concepções religiosas, da introdução de novas divindades, representativas de ideias novas no grupo dos deuses tradicionais, que eram a encarnação das velhas ideias; pouco a pouco os velhos deuses vão sendo relegados ao segundo plano pelos novos. Dessa maneira, pois, para Bachofen, não foi o desenvolvimento das condições reais de existência dos homens, mas o reflexo religioso dessas condições no cérebro deles, o que determinou as transformações históricas na situação social recíproca do homem e da mulher.<sup>28</sup>

Sobre a consolidação do patriarcado que vigorou na maioria das famílias e sociedades ao redor do mundo durante séculos, e ainda subsiste em muitos povos, existem muitas teorias como a de Bachofen.

Contudo, bem como a origem da família, também não é possível fixar com exatidão o momento de seu surgimento, pois em seu princípio não foi algo imposto por um Estado ou religião, mas talvez oriundo da própria natureza humana e biológica e da evolução da nossa espécie, em razão das condições físicas mais favoráveis dos homens e da maternidade possibilitada apenas às mulheres.

É natural que ao passo em que as mulheres ficam limitadas em suas atividades para garantir os cuidados necessários aos seus descendentes os homens devem cuidar das atividades externas para o sustento e proteção da família e por este motivo detém maior independência e maior controle sobre os rumos que a instituição familiar deve seguir.

---

<sup>27</sup> BACHOFEN, Johann Jakob. **Mother Right: Myth, Religion, and Mother Right**. Princeton: Princeton University, 1992. Disponível em: <[https://books.google.ae/books/about/Myth\\_Religion\\_and\\_Mother\\_Right.html?id=3qhQuWPNUckC&printsec=frontcover&source=kp\\_read\\_button&redir\\_esc=y#v=onepage&q&f=false](https://books.google.ae/books/about/Myth_Religion_and_Mother_Right.html?id=3qhQuWPNUckC&printsec=frontcover&source=kp_read_button&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false)>. Acesso em: 17 de setembro de 2017.

<sup>28</sup> ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. São Paulo: Centauro, 2002. p. 13.

Muito antes da existência do Estado, da Igreja ou do Direito começaram a surgir as famílias com as peculiaridades de cada período da evolução humana. Remontar a origem e a história da instituição familiar traduz-se em intrincada tarefa em decorrência da inexistência de provas cabais, seja por se tratar de período em que não havia a escrita ou por ter se perdido no decorrer do tempo.

Não obstante às incertezas históricas, pode-se concluir que a instituição familiar é fruto da interface social do homem, de sua necessidade de convivência em grupos para garantia da proteção, alimentação e satisfação pessoal. O seu surgimento foi propulsão indispensável para a evolução humana.

## 2.2 Primeiras linhas sobre Direito de Família

Ainda na era primitiva, os agrupamentos de pessoas originaram os clãs formados por indivíduos com vínculos de parentesco sanguíneos ou não, com suas regras básicas e estruturadoras, que deveriam ser observadas para a boa convivência.

Estas normas eram representadas por um totem, uma instituição social-religiosa, representada por um antepassado comum do clã e espírito guardião e auxiliar, e um tabu (representado por um animal, vegetal, objeto que mantém uma relação com o clã ou ainda um fenômeno da natureza).

Os totens e tabus tinham características intrínsecas a cada clã. Havia uma relação de subordinação a estes e respeito às regras sociais e morais, bem como as obrigações impostas pelos indivíduos que estivessem a eles vinculados.

Os tabus eram proibições e interdições impostas por cada clã, sem qualquer explicação consciente, denominados “imperativos categóricos”, por Immanuel Kant (1724-1804)<sup>29</sup>. Proibia-se a prática de determinados atos que se supunha habitar a mente humana. A interdição era necessária sempre que houvesse uma vontade humana para a prática de determinado ato, como explica Sigmund Freud (1856-1939): “uma coisa que é proibida com a maior ênfase deve ser algo que é desejado, onde existe uma proibição tem de haver um desejo subjacente”.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> Kant, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Abril Cultural, 1990.

<sup>30</sup> FREUD, Sigmund. **Totem e tabu**. Rio de Janeiro: Imago, 1974, p. 91-92. (Obras psicológicas completas: v. XIII).

Em quase todos os lugares em que houvesse totens e tabus, imperava a Lei do Incesto, que se acredita ser a primeira lei a regular um fato do âmbito familiar, pois proibia relações sexuais entre pessoas do mesmo clã (com parentesco sanguíneo ou por afinidade), permitindo apenas a exogamia (relação sexual entre pessoas de clãs distintos). As relações sexuais entre as pessoas, por se tratar de um dos primeiros instintos e, provavelmente, o mais importante do ser humano, foi alvo da primeira regulamentação que se tem conhecimento. A partir da existência dos totens e tabus, tem origem a moralidade e a religião.

Com o desenvolvimento da linguagem e a criação da Lei do Incesto, impondo regras às trocas matrimoniais, há a transição do estado de natureza para o de cultura dos povos primitivos, originando as civilizações com os seus regramentos e noções de moralidade.

A proibição do incesto não é nem puramente de origem cultural nem puramente de origem natural, e também não é uma dosagem de elementos variados tomados de empréstimo parcialmente à natureza e parcialmente à cultura. Constitui o passo fundamental graças ao qual, pelo qual, mas, sobretudo no qual se realiza a passagem da natureza para a cultura.<sup>31</sup>

O psicanalista francês Jacques-Marie Émile Lacan (1901-1981) adentrou o campo da linguística e da lógica para estruturar sua teoria do inconsciente e, apoiado nos trabalhos de Freud, em especial na metáfora do Complexo de Édipo, sustentou que a linguagem é essencial para a determinação do sujeito e a forma como se relaciona com a cultura, pois a linguagem atua de forma direta sobre o inconsciente. E a Lei do Incesto, seria necessária para a criança transpor o Complexo de Édipo e, somente assim, passar do mundo imaginário para o mundo da cultura determinado pela lei simbolizada pelo pai.<sup>32</sup>

Sigmund Freud, criador da Psicanálise, esclarece que toda criança tende a desenvolver o primeiro sentimento de desejo pelo progenitor do sexo oposto. A doutrinação sobre a proibição do incesto não permite que esse sentimento ganhe maiores proporções, de modo que o ser humano tenha desejos incestuosos, garantindo, assim, uma estruturação psíquica da família. A figura do pai e seu papel de doutrinar sobre os primeiros conceitos morais, tem como efeito castrador a

---

<sup>31</sup> STRAUSS, Claude Levi. **Estruturas elementares do parentesco**. Petrópolis: Vozes, 1982. p. 536.

<sup>32</sup> LACAN, Jacques-Marie Émile. **Função e campo da fala e da linguagem em psicanálise**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 278.

aceitação do relacionamento do pai com a mãe pela criança e, por fim, sua introdução no mundo social existente.<sup>33</sup>

Segundo Lacan, a linguagem nos povos civilizados é responsável pela estruturação do inconsciente das pessoas. Ela antecede à chegada dos filhos, que possuem um nome antes de nascer. Assim, são determinados pela linguagem. O pai, ensina os valores morais, fundados na Lei do Incesto e determina o seu lugar na família, constituindo aquela, peça fundamental para a formação mental da prole e, a partir da qual, o ser humano se constitui como sujeito, renunciando a seu objeto inaugural de desejo: a mãe.<sup>34</sup>

A linguagem começa quando, no curso das suas atividades comuns, os homens precisam transmitir informações uns aos outros. Na sua forma primitiva, a linguagem se torna articulada, seus sinais sofrem uma mudança gradual, passando de uma conexão direta, e neste sentido, natural, com os objetos simples, a padrões convencionais. Na verdade, a princípio a linguagem é poética e só aos poucos se torna científica.<sup>35</sup>

Após a primeira lei que se tem notícia, somada à passagem do homem do estado de natureza para o de cultura, ao início da comunicação, à organização psíquica da família e seu agrupamento social, é latente a necessidade da regulamentação das relações humanas para a garantia do bem-estar da vida em sociedade.

A organização do homem em sociedade pode ser entendida sob o enfoque de dois grandes filósofos Giambattista Vico (1668-1744) e Jean-Jacques Rousseau (1712-1778). “A teoria de Vico lhe permite ver a organização social como um crescimento natural e gradual que envolve os seres humanos os quais, através das suas tradições acumuladas, aos poucos desenvolvem formas de vida comunal.”<sup>36</sup>

Para Rousseau, o homem abre mão de suas liberdades individuais para aderir a um contrato social, conforme descrito em sua obra intitulada “*Do Contrato Social*”. “O contrato social, por outro lado, pressupõe a existência de homens que de repente

---

<sup>33</sup> FREUD, Sigmund. **Três ensaios sobre a teoria da sexualidade**. In: Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro, Imago, 1974, p. 37.

<sup>34</sup> LACAN, Jacques-Marie Émile. **Função e campo da fala e da linguagem em psicanálise**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 275-277.

<sup>35</sup> RUSSEL, Bertrand. **História do pensamento ocidental: a aventura dos pré-socráticos a Wittgenstein**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002. p. 301.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 300.

se dão conta de que são seres perfeitamente razoáveis e providentes e que, através de um ato de decisão racional, criam uma nova sociedade.”<sup>37</sup>

O homem, para viver em sociedade, deve sacrificar em parte sua liberdade de escolha, renunciando a possibilidade de vida incestuosa e promíscua, para garantir a sexualidade exogâmica e a monogamia.

Após a Lei do Incesto, as primeiras legislações que se tem notícia são os Códigos de Urukagina de Lagash e de Ur-Nammu, surgidos na Suméria. Eram a compilação de costumes e tradições adotadas há muito tempo pelos povos antigos da região da mesopotâmia e já admitiam muitos institutos considerados avançados atualmente, como o divórcio, e buscavam a liberdade e a igualdade dos cidadãos, ideais tão almejados desde os primórdios da humanidade.

Na antiga Babilônia, por volta do ano 1772 a.C., tem origem o Código de Hammurabi, um compilado composto de 282 artigos, muitas advindos de leis antigas, onde a família teve espaço nas escritas (parágrafos 127 a 195). Era adotado o sistema patriarcal, tendencialmente monogâmico, pois havia exceções onde era permitida a segunda esposa. Previa um núcleo familiar alargado, conhecido por macrofamília e acima desta havia uma estrutura mais complexa, o clã.

Em razão das penas excessivas e brutais, o Código de Hammurabi representou um retrocesso civilizacional se comparado às antigas leis, todavia, na seara do direito de família e sucessões constituiu um importante avanço para a sociedade, já que tratou de forma detalhada das situações cotidianas destes institutos.

Importante destacar, que o surgimento da família monogâmica foi de suma importância para o desenvolvimento das civilizações, pois havia a certeza da paternidade o que gerou estabilidade social e o aumento da produção, pois os filhos que gozavam da proteção e assistência dos pais trabalhavam em conjunto com eles para a subsistência do grupo. A união da família para a produção de alimentos foi um dos fatores determinantes para o surgimento da propriedade individual.

## **2.3 Organizações familiares na Antiguidade**

### **2.3.1 Mesopotâmica**

---

<sup>37</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social**. São Paulo: Martins Fontes, 1989, p. 57.

A palavra mesopotâmia tem origem grega e significa “entre rios”, fazendo referência às terras compreendidas entre os rios Tigre e Eufrates. Planície fértil de origem vulcânica, cercada por montanhas ao norte e deserto ao sul onde habitaram povos como os sumérios, acádios, amoritas, assírios e caldeus. Região muito disputada, em razão da fertilidade proporcionada pelas águas dos rios, situada na Ásia Menor, ao Sul da Anatólia, onde atualmente se encontra o Iraque.

A referida região formou civilizações organizadas, submetidas a uma legislação severa, prevista no compilado de leis do Código de Hammurabi, que reproduziu algumas leis antigas, como as do Código de Ur-Nammu, Urukagina de Lagash e, do Código de Lipitishar. Inovou com a criação de novas regras que disciplinavam condutas no âmbito penal, comercial, trabalhista, de família e sucessões.

O Código de Hammurabi destoava das antigas legislações, por ter abandonado as punições com penas pecuniárias. No âmbito do direito de família e sucessões, tratou de diversos institutos, inclusive com a previsão do casamento em vários artigos.

A sociedade mesopotâmica era hierarquizada e composta de três classes: os homens livres (pessoas com plena capacidade); a classe subalterna (antigos servos) e por fim, os escravos (sem personalidade jurídica).

No princípio, as famílias da região da Mesopotâmia eram compostas por um núcleo estendido, que abrangia parentes consanguíneos ou afins, além dos pais e filhos. Acima destas, havia outra organização conhecida como clã com seu totem, suas regras e suas proibições, que era considerada uma grande família. O seu comando era feito pelo patriarca e nos clãs havia o conselho de anciãos, que fazia valer em seu território o Direito Consuetudinário, os costumes e as regras oriundas da tradição dos povos antigos.

Com a organização das cidades, o conceito de família passa a abranger apenas o marido, a mulher, os filhos naturais ou adotados e, eventualmente, a segunda mulher, que era aceita somente em casos específicos. Neste formato, o patriarca não dita as leis próprias e não é responsável por aplicar as penas, perdendo parte de sua autoridade com a nova legislação vigente.

Para o Estado é mais interessante este formato de família reduzida com a autoridade limitada do pai já que, nestes moldes, consegue ter maior controle das situações e exercer maior influência sobre o indivíduo, que está sob a égide de uma legislação severa e uniforme.

Uma das bases da sociedade mesopotâmica era o casamento, em regra monogâmico, com exceções previstas em lei. Somente era considerado válido com a realização de um contrato formal e era reconhecido entre diferentes camadas sociais.

Há registros de que, na Babilônia, a família gozava de proteção. Contudo, admitia-se o concubinato, pois a concubina jamais ocuparia o mesmo nível da esposa. Também já havia a previsão do divórcio naquela época.

A mulher nesta antiga civilização não tinha sequer autonomia para escolher seu esposo, cuja eleição cabia à sua família. O homem, por sua vez, poderia escolher sua esposa. Entretanto, na maioria das vezes, seguia a indicação familiar.

Destaca-se uma possibilidade de monoandria nesta sociedade, configurada quando o marido estivesse impossibilitado de prover o sustento de seus filhos e de sua esposa. Esta poderia contrair um segundo casamento temporário ou a termo, apenas até que o primeiro esposo estivesse apto a garantir o sustento de todos novamente.

Os casamentos tinham natureza contratual. O pai da noiva lhe entregava um dote, que continuava lhe pertencendo após o casamento tendo, como característica, a inalienabilidade. O pai do noivo oferecia ao pai daquela o *biblum*, uma doação pecuniária que tinha a função de indenizá-lo pela perda de sua filha. Se este se arrependesse do “negócio” realizado, deveria devolver a doação de *esponsais* em dobro, caso o casamento não ocorresse.

Anteriormente à organização das cidades e da vigência do Código de Hammurabi, o patriarca era a única pessoa da família possuidora de personalidade jurídica plena que detinha o poder de decidir sobre a vida e morte de seus integrantes. Entretanto, com a vigência do compilado de leis, restringiu-se a ele este poder, possibilitando apenas decidir pela pena de morte em casos restritos, como adultério comprovado pelo flagrante de sua esposa.

A mulher, desde as primeiras civilizações, gozava de participação social restrita, privada em sua autonomia e liberdade. Era vista como um objeto que, primeiramente era de propriedade do pai e, após o casamento, do marido. Este conceito é observado desde as civilizações mais remotas, como a semita, transmitido às novas sociedades com poucas modificações e evoluções.

As características da família mesopotâmica estão intimamente ligadas à forma nômade de vida, necessária para garantir a sobrevivência. O homem, mais habilitado fisicamente e livre da obrigação da maternidade estava, constantemente, se



aperfeiçoando com as experiências vividas fora do lar, fazendo alianças e, assim, se tornando cada vez mais apto a uma posição de comando. A vigência do Código de Hammurabi procurou inibir esta forma de poder patriarcal ilimitado das famílias nômades e rurais para ser adotado um novo modelo de família urbana reduzida, formada predominantemente pelos vínculos sanguíneos, para, deste modo, concentrar os poderes nas mãos do Estado para uma melhor governabilidade.

### 2.3.2 Grega

A antiga Grécia vivenciou quatro períodos: i) Homérico (dos poemas *Iliada* e *Odisseia*); ii) Arcaico (formação das Cidades-Estado); iii) Clássico (consolidação das Cidades-estados de Atenas e Esparta) e iv) Helenístico (intervalo de tempo compreendido entre o domínio da cultura grega e o advento da civilização romana). Pode-se afirmar que o mais importante para o Direito de Família é o Clássico, com o apogeu das Cidades-estados e da civilização grega.

As cidades gregas possuíam legislações, que muitas vezes eram distintas entre si, em razão da distância entre as *polis* e as condições geográficas que dificultavam a comunicação entre elas. Atenas sempre se desenhou mais política, onde imperava a democracia. Em Esparta, não havia espaço para a democracia e a educação dos jovens era rigorosamente voltada para fins militares.

Os gregos apresentaram intensa evolução em diversas áreas do saber humano, como ciências exatas, biológicas, humanas, filosofia, no campo da arte. Se orgulhavam de toda sua cultura incentivada nas *polis*, devidamente estruturadas sob a égide de uma legislação respeitada espontaneamente por todos.

A política em Atenas era exercida sob o manto dos princípios da igualdade e da liberdade. Cada indivíduo ocupava o lugar que lhe cabia, governantes e governados. Esta era a filosofia defendida por grandes pensadores, como Sócrates (469-399 a.C.), um dos fundadores da filosofia ocidental. Não obstante esta aparência de tranquilidade, as disputas oligárquicas nunca cessaram e as constantes guerras, que faziam muitos escravos, foram minando toda a força conquistada pelas *polis*.

Em que pese a doutrinação ateniense pela igualdade, esta não esteve sempre presente, já que os escravos, bem como as mulheres, eram considerados menos racionais na sociedade. Aristóteles (384-322 a.C.) defendia que as mulheres deveriam

permanecer reclusas no gineceu,<sup>38</sup> capacitadas apenas para as tarefas domésticas. Permaneciam sempre subordinadas aos homens, bem como os filhos estavam ao pai. Eram consideradas propriedade privada dos homens.

Os homens gregos eram mantidos no convívio de sua família até completar sete anos de idade e, a partir desta idade, eram submetidos a uma intensa formação político-cultural para atuar na vida política em Atenas e em Esparta. Somavam a este conhecimento uma importante formação militar com rigorosos treinos físicos.

Em Atenas, os homens tornavam-se pessoas cultas e preparadas para atuar publicamente, ao contrário das mulheres, que eram mantidas alienadas, com exceção das cortesãs gregas, conhecidas como *hetaerae*,<sup>39</sup> mulheres de famílias abastadas que tinham acesso à educação, eram formadas em diversas ciências, filosofia, retórica, artes fluentes em línguas estrangeiras e exímias em artes marciais.

A prostituição sagrada era um instituto não só incentivado, como também regulamentado e tributado pelo Arcontado de Athenas.<sup>40</sup> Entendia-se que era indispensável para a sociedade, pois o ateniense recém-casado necessitava de uma companhia plenamente capaz e completa.

Estas cortesãs recebiam o mesmo tratamento despendido aos homens e estavam, teoricamente, no mesmo patamar de igualdade. Tinham acesso a todo tipo de cultura e educação, possuíam propriedades, tinham liberdade e autonomia para locomoção. Apenas estavam proibidas de ocupar cargos políticos.

Diferentemente das mulheres atenienses, que viviam completamente alienadas e reclusas no gineceu, sendo-lhes permitido apenas a prática de afazeres domésticos, as espartanas eram incentivadas a praticar esportes com afinco, para facilitar o desempenho da maternidade. Podiam ser proprietárias de terras, herdar bens na sucessão, bem como caminhar com o marido pelas vias públicas, o que foi muito criticado por Aristóteles.

Relevante destacar, que na antiga Grécia eram comuns os relacionamentos amorosos entre homens, assim como entre as mulheres, em razão da proximidade que havia entre esses grupos. Naquele tempo, havia a admiração pelo belo e pelo

---

<sup>38</sup> Parte da habitação da antiga Grécia que era reservada apenas às mulheres.

<sup>39</sup> Também conhecidas como Hetraíras ou amigas íntimas. Recebiam as bênçãos de todos os deuses do *Olympus* e buscavam sua inspiração em Afrodite (deusa do amor).

<sup>40</sup> Assembleia de Nobres que exerciam funções de magistrados.

perfeito, não importando o sexo. Os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo faziam parte do cotidiano.

Os relacionamentos entre homens eram sempre entre um adolescente de doze a dezesseis anos e outro com mais de trinta anos. O experiente deveria ensinar ao jovem as práticas sexuais, complementando sua formação, frisando que o aprendiz deveria assumir sempre a posição passiva. Normalmente ocorriam entre os jovens e seus orientadores, pois a sabedoria funcionava como elemento afrodisíaco e propulsor para o surgimento do amor.

As mulheres também se relacionavam entre si, seja na reclusão do gineceu, para suprirem a carência deixada pelo tratamento distante dos maridos, ou nos sítios de aprendizado, como na cidade de Lesbo. Lá, as meninas eram educadas e tinham um acompanhamento sexual por suas tutoras que, normalmente, mantinham convívios amorosos com suas pupilas.

O homossexualismo e o lesbianismo não eram vistos com maus olhos pela sociedade grega, bem como a prostituição, que fora regulamentada por Sólon (638 – 558 a.C.), estadista, legislador e poeta grego. Acreditavam serem necessárias estas relações pederastas para a formação e amadurecimento dos jovens e, a prostituição, ser benéfica para a manutenção dos casamentos.

O casamento grego era inicialmente um ato privado entre duas famílias que almejavam *status* social, continuação da linhagem paterna, vantagens econômicas, perpetuação dos cultos, festejos familiares e a manutenção do *oikos*, traduzido como o lugar que se habita: a casa e as terras da família. “Entre os gregos, a cerimônia do casamento compunha-se, por assim dizer, de três atos. O primeiro realizava-se diante do lar paterno, *enghyesis*, o terceiro no lar do marido, *télos*, e o segundo era a passagem de um para outro, *pompé*.”<sup>41</sup>

A mulher era vista como propriedade do pai que a transferia para o futuro marido, mediante a assinatura de um contrato privado e o pagamento pelo noivo do dote, que teria que ser pelo menos um décimo dos bens do pai da noiva. Este “negócio” se seguia de uma celebração, na qual o pai da noiva servia de sacerdote matrimonial, reforçando o caráter privado do casamento.

---

<sup>41</sup> COULANGES, Numa-Denys Fustel de. **A Cidade Antiga**. São Paulo: EDAMERIS, 2006. p. 62.

Todavia, o casamento na antiga Grécia, principalmente com as leis de Sólon, vai gradativamente perdendo seu caráter inteiramente privado para ganhar contornos públicos, como afirma Michel Foucault (1926 – 1984):

Progressivamente o casamento, no mundo helenístico, toma lugar no interior da esfera pública. Ele ultrapassa, assim, o quadro da família, com esse efeito paradoxal que a autoridade desta última fica 'publicamente' sancionada, mas também relativamente limitada.<sup>42</sup>

Nem sempre era algo desejado, mas imposto pela família e determinado pelas normas jurídicas e, assim passa, a ser uma instituição cívica, pelo fato de sempre estar acompanhado de uma celebração orquestrada por um funcionário ou um padre. Este instituto já não repousa somente no seio da família, ultrapassando a barreira do privado e migrando para a esfera pública.

Tanto na Grécia como na antiga Roma, a família era um ente social de suma importância e o maior propósito para a formação das famílias era o culto aos antepassados mortos, com rituais e banquetes fúnebres proporcionados pelo descendente varão, responsável por garantir o bem-estar e a felicidade do falecido. “Em Atenas, a lei encarregava o primeiro magistrado da cidade de velar para que nenhuma família viesse a se extinguir.”<sup>43</sup>

A extinção da família, pela falta de descendentes, ocasionava o fim da religião pertencente àquele núcleo familiar, situação inaceitável por cessarem os cultos aos antepassados mortos que passariam a sofrer e a vagar pelo mundo.

“Não há homem que, sabendo que deve morrer, cuide tão pouco de si mesmo, a ponto de deixar a família sem descendentes, porque então não haveria ninguém para prestar-lhe o culto devido aos mortos.”<sup>44</sup>

A família grega era formada a partir do casamento e, como outras dos povos antigos, continuou monogâmica, sendo a bigamia proibida. Permitido o pedido de divórcio pela esposa ou pelo marido, caso o segundo casamento se verificasse ou, ainda, se algum deles fosse estéril.

---

<sup>42</sup> FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade 3**: o cuidado de si. 8 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1985. p. 80.

<sup>43</sup> COULANGES, Numa-Denys Fustel de. **A Cidade Antiga**. São Paulo: EDAMERIS, 2006. p. 70.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 70.

Era patriarcal, onde as mulheres tinham seu papel predominantemente restrito ao lar, com uma latente supremacia do homem, que já não concentrava a autonomia do pátrio poder de outrora. Todavia, o filho mais velho continuava a ser o elemento central da família, responsável pelos cultos e por sua continuidade.

Cada um, portanto, tinha grande interesse em deixar um filho, convencido de que disso dependia a felicidade de sua vida futura. Era até um dever para com os antepassados, porque sua felicidade durava somente enquanto existisse a família.<sup>45</sup>

Os gregos assimilaram e perpetuaram crenças e cultos dos povos antigos, contudo foram vanguardistas no Direito e na implantação da democracia. Criaram e aperfeiçoaram muitos institutos jurídicos com uma visão interdisciplinar e, na seara do direito de família, disciplinaram sobre tutoria para órfãos, adoção, adultério, entre outros institutos. Apesar da formação sociocultural dos homens, de responsabilidade do Estado, a família nunca deixou de ser a sustentação da sociedade, essencial para formação moral do indivíduo.

### 2.3.3 Romana

Os romanos atribuíam à família papel de suma importância em sua sociedade, por considerá-la a base de sua organização social. O termo abrangia o conjunto de pessoas e coisas, como a casa, as plantações, os escravos, os animais, comandadas por um chefe denominado *pater familias*, razão pela qual era chamada de patriarcal.

O *pater* era o homem responsável pelo culto às divindades dos seus antepassados, além de distribuir justiça nas relações familiares e para toda a sociedade, pois fazia parte do Senado. Desempenhava funções religiosas, econômicas e morais. Todos os membros da família estavam sujeitos à sua autoridade e os bens materiais pertenciam a ele. Todo poder e autoridade que detinha eram extintos apenas com sua morte.

Cada família tinha suas cerimônias, que lhes eram próprias, suas festas particulares, suas fórmulas de oração e seus hinos. O pai, único intérprete e

---

<sup>45</sup> COULANGES, Numa-Denys Fustel de. **A Cidade Antiga**. São Paulo: EDAMERIS, 2006. p. 70.

pontífice dessa religião, era o único que tinha o poder de ensiná-la, e não o podia fazer senão a seu filho.<sup>46</sup>

O pai decidia o destino dos filhos recém-nascidos, podendo matá-los, abandoná-los, vendê-los como escravos, se apresentassem alguma deficiência ou aceitá-los no seio da família, pois eram considerados objetos de sua propriedade. A educação da criança desde o seu nascimento era muito severa. Doutrinava sobre questões legais, morais, rituais, tradições, costumes e religião.

O que une os membros da família antiga é algo mais poderoso que o nascimento, que o sentimento, que a força física: é a religião do fogo sagrado e dos antepassados. Essa religião faz com que a família forme um só corpo nesta e na outra vida.<sup>47</sup>

Na antiga Roma a família se originava pelos laços de parentesco que poderiam ser somente jurídicos, unindo as pessoas que viviam sob o poder do *pater familias*, mesmo sem qualquer laço sanguíneo. Este parentesco era conhecido como *agnatio*, que somente poderia ser transmitido pela linha paterna. E o outro tipo admitido pelo Direito Romano era o sanguíneo, chamado também de *cognatio*, unindo pessoas que se originavam umas das outras. Na maioria das vezes, havia uma prevalência da cognição sobre a agnação.

Outra peculiaridade do Direito Romano eram os tipos de casamento existentes. Havia o *cum manu*, em que a esposa, ao se casar, saía da dependência de seu *pater familias* e passava para a dependência do seu esposo e do *pater familias* do seu cônjuge. E o *sine manu*, em que não havia sujeição da esposa ao marido, pois continuava sob o poder de seu *pater familias*, inclusive mantendo os direitos sucessórios originários. “O efeito do casamento, aos olhos da religião e das leis, era, unindo dois seres no mesmo culto doméstico, dar origem a um terceiro, apto a perpetuar esse culto.”<sup>48</sup>

O matrimônio era composto pela cerimônia religiosa denominada *confarreatio*, pela *coemptio*, que simbolizava o ato de compra da esposa pelo marido mediante o pagamento de um valor e, por fim, o *usus*, traduzido como a posse definitiva da esposa pelo marido após um ano da garantia de sua consumação. Deste modo, o casamento

<sup>46</sup> COULANGES, Numa-Denys Fustel de. **A Cidade Antiga**. São Paulo: EDAMERIS, 2006. p. 52.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 58.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 73.

era considerado um contrato e um sacramento, pois cumpria os requisitos do direito divino e do direito humano (*nuptiae sunt divini juris et humani communicatio*).<sup>49</sup>

Os rituais romanos de matrimônio compostos pelos esponsais, núpcias e estado de casado eram constituídos pelos elementos essenciais, subjetivo e objetivo, da *affectio maritalis* e o *honor matrimonii*. Os responsáveis legais realizavam os esponsais ainda na infância dos nubentes e, a partir dos 12 (doze) anos, para as meninas e, 14 (catorze) anos, para os meninos, poderiam ser realizadas as núpcias, pois já teriam atingido a puberdade. Tanto nos esponsais, como nas núpcias, havia uma cerimônia e um ritual a ser cumprido para a concretização do matrimônio, que assegurava ao marido a posse da esposa e garantia o estado de casado para ambos.

O antigo casamento romano, em regra, não trazia qualquer elemento de afeto entre os nubentes, que apenas eram elementos de um contrato entre famílias. O consentimento dos pretendentes tinha uma importância muito pequena e, por vezes, inexistente.

O princípio da família não é mais o afeto natural, porque o direito grego e o direito romano não dão importância alguma a esse sentimento. Ele pode existir no fundo dos corações, mas nada representa em direito.<sup>50</sup>

No princípio, o casamento romano, assim como o grego, se sustentava como um ato privado, com características contratuais, realizado somente entre as famílias dos noivos, que visava à continuidade dos cultos aos antepassados, alianças e união de fortunas. “A primeira instituição que a religião doméstica estabeleceu foi, na verdade, o casamento.”<sup>51</sup> A união conjugal e sua cerimônia sagrada tinham grande importância, pois introduziam a esposa em uma nova religião de culto a um novo antepassado, a um novo fogo.

Não obstante os interesses particulares envolvidos na realização do casamento, também acarretava efeitos de direito, como a transmissão do nome e a constituição de herdeiros e, paulatinamente, ganhou contornos públicos por meio da edição de diversas leis. Foucault corrobora estas afirmações:

---

<sup>49</sup> GAUDEMET, Brigitte Basdevant. Um contrat entre l’homme et femme Quelques points à travers l’histoire em Occident. In: FENOUILLET, Dominique; SOMMIÈRES, Pascal de Vareilles (Direction). **La contractualisation de la famille**. Paris: Econômica, 2001. p. 27.

<sup>50</sup> COULANGES, Numa-Denys Fustel de. **A Cidade Antiga**. São Paulo: EDAMERIS, 2006. p. 57.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 59.

Um conjunto de medidas legislativas marca progressivamente o domínio da autoridade pública sobre a instituição matrimonial. A famosa lei de *adulteriis* é uma das manifestações desse fenômeno. Manifestação tanto mais interessante porquanto, ao condenar por adultério a mulher casada que mantém relações com um outro homem, e o homem que mantém relações com uma mulher casada (e não o homem casado que tivesse relação com uma mulher não casada), essa lei nada propõe de novo sobre a qualificação dos fatos. Ela retoma exatamente os esquemas tradicionais da apreciação ética; ela se limita a transferir para o poder público uma sanção que até então incumbia à autoridade familiar.<sup>52</sup>

O divórcio era admitido desde a origem do Direito Arcaico Romano. No início, apenas aceito quando houvesse pedido do marido e, mais tarde, estendido também a pedido da esposa. Nota-se um número considerável de divórcios e novos casamentos.

Antes do cristianismo, a família romana era um agrupamento de pessoas que se uniam para cultuar os mesmos deuses comandados pelo *pater famílias*, que ditava as regras e direcionava os cultos.

Sem dúvida, não foi a religião que criou a família, mas foi certamente a religião que lhe deu regras, resultando daí que a família antiga recebeu uma constituição muito diferente da que teria tido se houvesse sido constituída baseando-se apenas nos sentimentos naturais.<sup>53</sup>

Com o seu advento, a família romana tem sua configuração alterada, pois passou a ser constituída para atender os anseios da Igreja Católica, que reunia seus membros para o culto com interesse de formação religiosa, moral, além de fins econômicos, políticos e jurídicos.

O cristianismo instituiu que a família legítima seria apenas aquela oriunda do casamento realizado de forma pública e solene pela Igreja Católica, mediante a concordância expressa dos noivos, após a realização dos proclamas, constituindo um de seus sacramentos.<sup>54</sup> Conferiu ao casamento a característica de indissolubilidade e a finalidade preponderante de reprodução e educação da prole. E, neste momento, o Direito Canônico assumiu a importante tarefa de regrá-lo, transformando-o na única forma de origem da família.

---

<sup>52</sup> FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade 3**: o cuidado de si. 8 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1985. p. 80.

<sup>53</sup> COULANGES, Numa-Denys Fustel de. **A Cidade Antiga**. São Paulo: EDAMERIS, 2006. p. 59.

<sup>54</sup> CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. **Casamento e união estável**: requisitos e efeitos pessoais. Barueri: Manole, 2004. p. 31.



Com a implantação do cristianismo não houve apenas uma institucionalização deste fenômeno social, que se tornou importante instrumento de controle da Igreja Católica, mas também uma valorização do afeto e da vontade das partes.

O antigo casamento romano, em regra, não trazia qualquer elemento de afetividade entre os nubentes, que apenas eram partes de um contrato entre famílias. O consentimento dos pretendentes tinha uma importância muito pequena e, por vezes, inexistente. A Igreja Católica iniciou uma mudança nesta seara.

A Igreja fez o que pôde para acabar com a prática do casamento forçado. Desde Santo Ambrósio (340-397) a Igreja tem afirmado o consentimento livre como essencial para o matrimônio. Todavia, vivendo num mundo em que as pessoas eram casadas (fase esponsal) desde crianças (e, nesses casos, em razão da vontade dos pais), o Papa Nicolau I (858-867), não tendo como declarar nulo tais casamentos, sob pena de todos casamentos serem nulos, criou uma saída criativa. Ele reconheceu como válidos os casamentos celebrados pelas famílias dos cônjuges sem o consentimento destes, mas, por outro lado, estabeleceu como fundamental que houvesse o consentimento de ambos os esposos para as núpcias. E tal consentimento era expressado pelo ato conjugal, feito após a celebração em comunidade das núpcias e a procissão levando a esposa à casa do marido.<sup>55</sup>

Com o passar do tempo, e com os inúmeros casos de jovens que se recusavam a casar por vontade dos pais, a corrente de valorização da vontade dos noivos ganhou força e, assim, se introduziu no mundo ocidental a união baseada no consentimento e no afeto. Um dos principais instrumentos de alianças e poder da nobreza e da burguesia na Idade Média, perdeu consideravelmente sua força.

#### 2.3.4 Brasileira

Pode-se afirmar que a família brasileira, em sua origem, teve como paradigma legal o modelo romano, fundamentado no Direito Canônico.<sup>56</sup> Nesta esteira, apresentava como traços principais o patriarcalismo, a monogamia, o heterossexualismo, a hierarquia e um predominante caráter patrimonial. Estava umbilicalmente ligada ao casamento religioso.

<sup>55</sup> CABELEIRA, Caio Martins. **A ditadura do Afeto**: uma crítica à introdução do sentimento como valor jurídico. 03 nov. 2015. Disponível em: <<http://ifecampinas.org.br/a-ditadura-do-afeto-uma-critica-caio-martins/>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

<sup>56</sup> WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 9.

No Brasil Império, o Estado era confessional e a religião oficial era a católica, motivo pelo qual, o padrão romano pode ser perfeitamente empregado, obedecendo às regras dispostas pelo Concílio de Trento do ano de 1563 e pelas Constituições do Arcebispo da Bahia. As Ordenações importadas de Portugal, reforçavam a influência moral e religiosa e vigoraram até a entrada em vigor do Código Civil de 1916.

Com a imigração e a conseqüente entrada no Brasil de pessoas de diferentes crenças religiosas, a estrutura romana de reconhecimento de família oriunda do casamento entre católicos, nos moldes impostos pelo Direito Canônico, passou a não atender mais aos interesses da nova população. Para acompanhar esta tendência, o Estado interveio, reconhecendo e disciplinando o casamento misto, entre católicos e acatólicos e o acatólico, entre pessoas de diferentes crenças, obedecidas as regras das respectivas religiões.

A partir deste momento, inicia-se um processo de afastamento do Estado e da Igreja Católica. O Poder Legislativo, bem como o Judiciário, ganhou a importante tarefa de disciplinar e acompanhar as novas relações sociais que se desenhavam com a evolução sociocultural observada a cada nova geração.

Após a Revolução Industrial, ocorrida no século XVIII, inicia-se em muitos países ocidentais uma tendência de migração das famílias do campo para a cidade. Com o custo de vida mais alto, houve uma considerável redução na sua composição para suportar os gastos urbanos. No Brasil, com a crise de 1929 e a quebra da bolsa de valores de Nova York, há o declínio das exportações de café e, conseqüentemente, o agrupamento familiar é obrigado a procurar os centros urbanos para sua sobrevivência.

Outros fatores que contribuíram para a sua diminuição: o ingresso da mulher no mercado de trabalho para ajudar com as despesas do lar, extirpando qualquer ranço de incapacidade que lhe era atribuída no passado e a sua independência sexual, com a descoberta dos métodos contraceptivos. A soma de todos estes, ocasionou uma mudança drástica na fotografia da família brasileira, que passou de rural e numerosa, já que os filhos eram considerados força de trabalho, para urbana e reduzida.

Inicialmente, assim como em outras civilizações, a instituição familiar no Brasil era vista pelo Direito sob o prisma patrimonial. A Igreja Católica se preocupava com a formação de famílias estruturadas e perenes, característica alcançada com a

proibição da dissolubilidade do casamento, único meio de constituição legítima de família.

Inegável o esforço da classe jurídica para a formulação de um conceito de família mais próximo à realidade vivida pela sociedade brasileira, em constante transmutação. Verificam-se reformas, supressões e acréscimo na tentativa, quase impossível, de estar em sintonia com a ordem social. Silvio Venosa reforça esta dificuldade, em seus dizeres:

A conceituação de família oferece, de plano, um paradoxo para sua compreensão. O Código Civil não a define. Por outro lado, não existe identidade de conceitos para o Direito, para a Sociologia e para a Antropologia. Não bastasse ainda a flutuação de seu conceito, como todo fenômeno social, no tempo e no espaço, a extensão dessa compreensão difere nos diversos ramos do direito.<sup>57</sup>

Desde a primeira legislação sobre direito de família até os dias atuais, muitas definições foram elaboradas por ilustres juristas, sempre em consonância com o momento histórico vivido. Orlando Gomes, citando Mazeaud e Mazeaud, define família da seguinte forma:

Somente o grupo oriundo do casamento deve ser denominado família, por ser o único que apresenta os caracteres de moralidade e estabilidade necessários ao preenchimento de sua função social.<sup>58</sup>

Mesmo após a laicização do Estado e até o advento da Carta Magna de 1988, a noção jurídica de família continuou intimamente ligada ao pressuposto da realização do matrimônio. Segundo Maria Berenice Dias, “o intervencionismo estatal levou à instituição do casamento: convenção social para organizar os vínculos interpessoais.”<sup>59</sup> Na legislação pátria, o casamento sempre foi visto como a união permanente e estável de duas pessoas de sexos diferentes, estabelecida de acordo com normas de ordem pública e privada, com o objetivo de constituição da família legítima.

Todavia, a existência oriunda apenas do casamento civil foi gradativamente sendo modificada face à avidez da sociedade, em ver reconhecidos os direitos

---

<sup>57</sup> VENOSA, Silva de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016. v. 6. p. 1.

<sup>58</sup> GOMES, Orlando. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 31.

<sup>59</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 27.

originados em relações informais, até então marginalizadas. Agrupamentos de pessoas unidas por *affectio*, sem o manto legal do casamento, foram reconhecidos como instituições familiares e receberam proteção especial do legislador. Para alguns doutrinadores, passou a ser analisada a partir do vínculo afetivo que lhe deu origem. Nos dizeres de Maria Berenice Dias:

Faz-se necessário ter uma visão pluralista da família, abrigando os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar a identificação do elemento que permita enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação.<sup>60</sup>

Gradativamente, o casamento civil deixa de ter um caráter predominantemente contratual, onde eram aclamados os interesses econômicos ou de realização de alianças entre as famílias, ganhando forças as uniões impulsionadas pelo afeto, surgindo novas formas de representação social da família.

Operadores do direito e doutrinadores buscam entender e acolher as diversas pretensões originadas nas novas uniões de vidas, pautadas pela liberdade e subjetividade. Discorre a Professora Rosa Maria de Andrade Nery sobre o novo panorama:

Com a substituição do termo *família* por *entidade familiar*, parece que se busca a ruptura da história, e a celebração de um recomeço, livre das amarras das tradições para atingir-se a pureza originária de um pensamento mais abrangente e muito mais emocional que o outro: o renascimento da comunidade familiar.<sup>61</sup>

Ainda que o conceito de família tenha sofrido uma considerável ampliação, conservou, ao longo dos séculos, sua essência como base da sociedade e elemento estruturador para a formação psíquica e moral do indivíduo. Nas palavras de Sigmund Freud, atua como fator civilizador. “A família atual, contudo, difere das formas antigas no que concerne a suas finalidades, composição e papel de pais e mães.”<sup>62</sup>

A Declaração Universal dos Direitos do Homem estabelece em seu artigo XVI, 3 que: “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à

<sup>60</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 43.

<sup>61</sup> NERY, Rosa Maria de Andrade. **Instituições de direito civil: família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 5. p. 55.

<sup>62</sup> VENOSA, Silva de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016. v. 6. p. 5.

proteção da sociedade e do Estado.” No mesmo sentido é a definição contida no artigo 17 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica).

Hodiernamente, pode-se afirmar que existem diversos arranjos pessoais reconhecidos pelo Estado como família, bem como os direitos oriundos destas relações são assegurados, principalmente depois da vigência da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. As suas diversas formas convivem simultaneamente, como a originária do casamento, a formada pela união estável, a monoparental e, atualmente, a homoafetiva.

Não é possível enquadrar todos os tipos de famílias criadas ou reinventadas pela nova antropologia, sustentada em princípios de total liberdade e autonomia da vontade, sem qualquer freio moral, ainda que defendida por uma minoria atuante, pois o motivo da existência da instituição familiar é a criação de um ambiente saudável, dotado de estabilidade suficiente para promover o desenvolvimento, aperfeiçoamento e felicidade de seus integrantes, por meio do amor. Entretanto, nem todo agrupamento de pessoas unidas pelo afeto garante estes benefícios que são, não apenas o desejo dos participantes de uma relação, mas o seu fim.

A família deve fornecer todos os subsídios para a criação dos filhos dentro dos padrões morais, ditados pelos costumes e tradições de cada sociedade em determinado momento histórico.

Desde o período imperial, venceu inúmeros preconceitos, por vezes infundados, traduzidos como verdadeiros tabus, para garantir o cumprimento dos direitos de seus componentes. As mulheres tiveram que ser alçadas da condição de extrema inferioridade, para a configuração de uma estrutura psicológica favorável a todos os integrantes da família. As etapas de transformações foram percorridas na velocidade ditada pela realidade econômica, política e social vivida pela sociedade brasileira influenciada pelas experiências estrangeiras, trazidas pela inevitável globalização.

A legislação sempre deve assegurar a proteção da instituição familiar e, principalmente, dos seus integrantes. Para que não haja uma desfiguração deste instituto, deve se furta do reconhecimento jurídico de família a todo e qualquer agrupamento de pessoas, em prol do afeto e da felicidade já que, por vezes, se estará diante da criação de ambientes confusos, sem qualquer estabilidade emocional e perenidade.

### 3 DISPOSIÇÕES LEGISLATIVAS BRASILEIRAS SOBRE DIREITO DE FAMÍLIA

#### 3.1 Retrospectiva histórica

Para melhor se entender as disposições legais atuais, é necessária uma passagem pelas diversas normas que existiram no Brasil sobre Direito de Família. Foram anos de observação e aprendizado para o aprimoramento das leis e formatação de um modelo satisfatório, com a devida garantia dos direitos essenciais para uma vida digna.

Em 1824, ano da primeira Constituição Brasileira, outorgada pelo Imperador Dom Pedro I, o país confessava a religião católica e, por isso, esta era considerada oficial e obrigatória em todo seu território. A Carta Magna fazia menção em 11 (onze) artigos apenas à família real, já que a instituição familiar era originária somente do casamento religioso e suas normas eram ditadas pela comunidade eclesiástica. Em hipótese alguma era reconhecida outra espécie de união que não fosse o casamento católico, pois os atos nupciais eram regidos pelos princípios canônicos.

Em 1861 houve a edição da Lei nº 1.144, regulamentada pelo Decreto de 17 de abril de 1863, reconhecendo casamentos entre não católicos realizados nos termos da religião adotada pelos nubentes. Assim, passaram a existir uniões católicas, mistas (entre católicos e acatólicos) e acatólicas.

Com a proclamação da República, é promulgada a Constituição de 1891, que trouxe a grande inovação do casamento civil indissolúvel em somente um artigo. O Estado é transformado em laico, garantido o respeito a todos os tipos de cultos e, identificada assim, uma ruptura com a Igreja Católica. Apesar da sua previsão, não delineou os contornos da importante instituição familiar.

Maria Helena Diniz discorre sobre a ruptura do Estado e Igreja Católica:

Com o advento da República, o poder temporal foi separado do poder espiritual, e o casamento veio a perder seu caráter confessional; com o Decreto n. 181 de 24 de janeiro de 1890, que instituiu o casamento civil em nosso país, no seu artigo 108 não mais era atribuído qualquer valor jurídico ao matrimônio religioso.<sup>63</sup>

---

<sup>63</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de Família. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5. p. 52.

Influenciado pelas disposições constitucionais da época e pelo Direito Francês, é publicado o Código Civil Brasileiro de 1916, que disciplinava o Direito de Família organizado em grandes temas como o casamento, o parentesco e os institutos de direito protetivo (tutela, curatela e ausência). Nas palavras de Gustavo Tepedino:

O Código Civil de 1916 é fruto de uma doutrina individualista e voluntarista que, consagrada pelo Código de Napoleão e incorporada pelas codificações posteriores, inspiraram o legislador brasileiro, quando na virada do século redigiu nosso primeiro Código Civil.<sup>64</sup>

O projeto do referido Código foi discutido e elaborado muito antes de sua publicação e, por isto, não poderia ter trazido disposições muito diferentes da legislação constitucional vigente e do seu contexto histórico, político e social. Entretanto, já no início do século, havia discussões sobre o reconhecimento da situação de fato, que era a união estável, ainda denominada concubinato. A jurisprudência trabalhava no sentido de sua admissão e garantia dos direitos dela provenientes, em razão da grande quantidade de demandas que ingressavam nos Tribunais de Justiça.

Inegável que a edição do Código Civil Brasileiro de 1916 foi um marco relevante para o direito de família, que passou a ter uma disciplina própria de seus institutos jurídicos, afastando-se das regras das Ordenações Portuguesas do período colonial, mas sempre condizente com as tradições e costumes conservadores adotados, que estavam intimamente ligados ao modelo romano de família.

A Constituição de 1934 discorreu de forma mais satisfatória sobre a família. Ainda que em apenas 4 (quatro) artigos, apresentou um grande avanço, garantindo-lhe proteção especial do Estado, admitindo a dissolução do casamento em dois casos: anulação e desquite. Trouxe novamente o casamento religioso ao cenário brasileiro, lhe possibilitando efeitos civis, o que era consentâneo com a realidade da época de maioria da população composta por católicos.

Além de seu auxílio à instituição familiar, contribuiu sobremaneira para a garantia da igualdade entre homens e mulheres, trazendo importantes inovações, como o direito feminino ao voto.

Com a Carta Política de 1937, garantiu-se a almejada igualdade de direitos entre filhos legítimos e ilegítimos no campo do direito de família e sucessões.

---

<sup>64</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 2.

Posteriormente, é experimentado um período sem qualquer inovação com as Constituições de 1946 e 1967, que apenas repisaram a ideia de formação de família legítima somente por meio do casamento.

Frente aos movimentos feministas internacionais verificados na segunda metade do século XX, é aprovada no Brasil a Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, denominada Estatuto da Mulher Casada, assegurando direitos às mulheres com o exercício de sua cidadania e maior independência na vida política e social, bem como no âmbito trabalhista. Disciplinou o direito feminino de trabalhar sem a necessidade de autorização do marido, de ser herdeira de sucessões, de requerer a guarda dos filhos em caso de separação do casal, dentre outros que baniram do ordenamento jurídico brasileiro a incapacidade feminina.

Outra legislação importante no cenário brasileiro, que contribuiu para a quebra de paradigmas e teve papel fundamental na configuração das entidades familiares hoje existentes, foi a Lei do Divórcio nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que permitiu extinguir totalmente os vínculos do casamento civil e assegurou a realização de um novo vínculo com todos os predicados legais.

Não obstante as mudanças legislativas experimentadas pela sociedade brasileira no decorrer dos anos, indispensável afirmar que a verdadeira adequação da base legislativa às situações de fato existentes na sociedade com a necessária fundamentação, aconteceu apenas com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Houve uma verdadeira mudança de diretriz sustentada, principalmente, pelo supra princípio da dignidade da pessoa humana, para a concreção de festejados direitos fundamentais e supressão de qualquer tipo de preconceito ou discriminação.

### **3.2 Ordem constitucional contemporânea**

A Constituição da República Federativa do Brasil em 1988 trouxe mudanças estruturais nos paradigmas utilizados para definição de família. O supra princípio da dignidade da pessoa humana lançou o ser humano para o centro do ordenamento jurídico, e traduz-se no fundamento para o reconhecimento e proteção de diferentes arranjos familiares, criando uma nova diretiva e ampliando consideravelmente o conceito de família.



A atual Constituição explicita que a família é a base da sociedade e goza de proteção especial do Estado, e para efeito dessa proteção reconhece, além do casamento, a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, abarcando também como parte dessa entidade, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, §§3º e 4º, da CF/88).

Houve a constitucionalização do Direito de Família, com importantes modificações que atribuíram maior valor aos seus integrantes e não à instituição do casamento em seu aspecto legal como, por exemplo: a eliminação da taxatividade da prole como legítima ou ilegítima; a previsão de extinção de todos os vínculos matrimoniais pelo divórcio e a igualdade de direitos entre homens e mulheres, rechaçando a ideia de inferioridade feminina.

A antiga concepção do homem como *pater familias* comandando os integrantes da família, cedeu lugar ao poder familiar, que pode ser exercido conjuntamente pelo casal no momento da formação da família, assumindo a responsabilidade de prover as necessidades de seus integrantes, detentores de total poder de decisão em igualdade de direitos.

O constitucionalismo aberto da pós-modernidade foi inovador ao tratar de forma ampla sobre o Direito de Família, abarcando outras espécies de entidades familiares, além da originada pelo casamento civil, transparecendo seu viés antropocêntrico e anunciando profundas transformações na sociedade e na organização do próprio Estado.

A constitucionalização do Direito de Família foi necessária para garantir o cumprimento de sua função social. Deste modo, é indispensável que tais normas sejam interpretadas de forma sistemática, respeitando a hierarquia entre as constitucionais e infraconstitucionais presentes no ordenamento jurídico, e observando o intérprete a ordem axiológica das normas, princípios e valores.

A preocupação do legislador com a instituição familiar promoveu a publicização do Direito de Família. Com a nova ordem constitucional, o Estado Social de Direito se fez mais presente nas relações familiares, de forma a proteger os indivíduos envolvidos. Mas, por outro lado, este movimento fomentou o seu afastamento da esfera privada, atribuindo contornos de natureza pública.

O Estado dispõe que é livre o planejamento familiar, fundado no princípio da paternidade responsável, porém manteve em suas mãos a obrigação de propiciar

recursos educacionais e científicos para o seu exercício, cabendo aos pais o dever de criação, educação e assistência aos filhos e também aos idosos (art. 230 da CF/88).

Foram previstos instrumentos constitucionais para o bom exercício dos poderes familiares. Ao mesmo tempo em que o Estado delegou aos genitores a pronta formação dos filhos, continuou como fiscal desta função, para que a família fosse estruturada e não funcionasse como fonte de litígios. A sua interferência criação dos filhos pode ser observada com a publicação da Lei nº 13.010, de 26 de junho de 2014, alteradora do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao proibir o uso de castigos físicos ou tratamento cruel ou degradante.

Interessante comparar a atual Constituição Federal com a lei fundamental proposta por Hans Kelsen (1881-1973). A ordem vigente trouxe inúmeros fundamentos, princípios, direitos e garantias fundamentais que devem ser observados pelo aplicador do direito para a interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais. A Carta política, com sua natureza fundamentalista e principiológica, assumiu o ponto mais alto da pirâmide imaginada por Kelsen e, a partir dela, o ordenamento jurídico ganha unicidade e coerência.<sup>65</sup>

Importante discussão se instalou sobre a natureza taxativa ou enumerativa do rol de entidades familiares presente nos parágrafos do artigo 226 da Carta Constitucional vigente, pois integrantes de novos arranjos familiares, não previstos expressamente na legislação pátria, clamam por proteção. Paulo Lôbo discorre sobre a celeuma constitucional:

Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família, indicado no *caput*. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade.<sup>66</sup>

Caminhando ao encontro da posição sustentada por Paulo Lôbo, estão os juristas defensores da hermenêutica jurídica contemporânea desconectada da hermenêutica clássica e desobrigados da observância da vontade do legislador, ressaltando, por outro lado, a linguagem da norma e as convicções do intérprete.

---

<sup>65</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 58.

<sup>66</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 61.

A Constituição Federal deve servir de vetor para a aplicação das normas infraconstitucionais. Sua natureza de norma suprema não permite que seja alterada com a velocidade frenética que as relações pessoais se desenvolvem hodiernamente. Assim, se justifica a presença de normas generalíssimas aplicadas ao caso concreto para assegurar a completude do sistema. Entretanto, necessária sua interpretação observando princípios implícitos, como da monogamia, e considerando a intenção do legislador de proteção da família. Para Alexandre de Moraes:

A Constituição Federal há de sempre ser interpretada, pois somente por meio da conjugação da letra do texto com as características históricas, políticas, ideológicas do momento, se encontrará o melhor sentido da norma jurídica, em confronto com a realidade sócio-político-econômica e almejando sua plena eficácia.<sup>67</sup>

O processo de interpretação da norma fundamental no âmbito de família não deve se prestar a justificar a proteção a qualquer direito ou a qualquer agrupamento de pessoas que buscam fundamentação nos princípios da liberdade, igualdade, autonomia da vontade, pluralidade ou dignidade humana. Toda interpretação, para suprir uma lacuna legislativa ou resolver uma antinomia, deve também garantir a coerência do ordenamento jurídico e, essencialmente, ser compatível com as tradições e costumes da sociedade em seu tempo.

A interpretação conforme os princípios constitucionais, deve ser feita de forma prudencial e sistemática pelo aplicador do direito, pois há uma ampliação do espectro de abrangência da norma jurídica, que pode implicar na banalização e falência de determinado instituto jurídico, como a família.

Recentemente, houve uma ampliação do rol das espécies de família com o reconhecimento de união homoafetiva como entidade familiar pelo Supremo Tribunal Federal, equiparada à união estável. A decisão foi embasada na interpretação do artigo 1.723 do Código Civil Brasileiro, conforme a Constituição Federal e suas diretrizes, de forma a garantir o cumprimento dos direitos fundamentais.<sup>68</sup>

A jurisprudência moderna tem buscado o auxílio dos princípios gerais do direito e da analogia, bem como lançado mão de técnicas de interpretação para suprir as demandas sociais que não podem esperar o lento processo de promulgação de

---

<sup>67</sup> MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p.46.

<sup>68</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, julgadas pelo plenário do Supremo Tribunal Federal em 5 de maio de 2011.

normas. Entretanto, ao realizar esta atividade com viés legislativo, devem atentar para o “espírito do sistema”, expressão utilizada por Norberto Bobbio (1909 – 2004).<sup>69</sup>

A Constituição Federal de 1988 apenas trouxe para seu texto formações de famílias que já existiam e eram aceitas pela sociedade, em consonância com os usos e costumes da época, como a união estável e a família monoparental. A sua promulgação, com os seus conceitos abertos, permite que os aplicadores do direito, utilizando técnicas jurídicas admitidas em nosso ordenamento jurídico, garantam a proteção e assegurem direitos oriundos de relações pessoais ao passo em que estas vão se consolidando socialmente e sejam dotadas dos requisitos psicológicos, morais e materiais indispensáveis para configuração de uma verdadeira família.

A criação de inúmeras entidades familiares sem qualquer estabilidade psicológica pautada na autonomia da vontade, liberdade de escolha e, por fim, na afetividade, pode implicar na degradação do ser humano, muitas vezes prejudicado na função de se autodeterminar pela existência de um ordenamento jurídico demasiadamente permissivo, a ponto de admitir a criação de ambientes familiares efêmeros e desestruturados, e violando o dever legal de proteção do indivíduo contra exposição a ofensas e humilhações.

O Constitucionalismo fraternal brasileiro proíbe a discriminação pelo sexo e pela orientação sexual. Prevê o pluralismo como valor sócio-político-cultural, disciplina a autonomia da vontade, liberdade para dispor da própria sexualidade, direito à intimidade e a vida privada como direitos fundamentais do indivíduo, que são garantidos desde que não agridam outros preceitos constitucionais ou atinjam outros direitos individuais. A finalidade constitucional é promover o bem de todos e não de um indivíduo isoladamente, acarretando prejuízos para outras pessoas.

### **3.3 Novos modelos de famílias**

#### **3.3.1 União estável**

Com a quebra de paradigmas orquestrada pelas inquietações humanas em busca da felicidade, o ordenamento jurídico pátrio passou a reconhecer as relações

---

<sup>69</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campos, 1992.

de fato entre pessoas não vinculadas pelo casamento civil ou religioso com efeitos civis.

As uniões informais existem desde o processo de civilização humana e eram admitidas em Roma anteriormente ao cristianismo, tendo quase o mesmo valor do casamento, conforme disciplinado por Augusto nas *Leis Julia e Papia Poppaea*. Com o início da era cristã, estas uniões, que não cumpriam os requisitos do casamento religioso, foram denominadas de concubinato ou relações espúrias e marginalizadas frente à sociedade.

Por muitos anos no Brasil, a união estável foi considerada um concubinato, nos moldes cristãos. Na acepção jurídica contemporânea, este último é entendido como a relação não eventual entre um homem e uma mulher impedidos de se casar. Em face da inexistência de previsão jurídica para a extinção do vínculo conjugal até o advento da Lei do Divórcio, a união livre carregou, durante muito tempo, o estigma de concubinato.

Sem embargo à discriminação sofrida por estes relacionamentos, verificou-se o aumento destas uniões em face de sua facilidade e informalidade, razão pela qual o legislador já não poderia ignorar os direitos e obrigações por elas concebidos e a generalização do fato social fez com que fossem reconhecidas juridicamente.<sup>70</sup> A edição do Decreto nº 4.737, de setembro de 1942 foi o primeiro reflexo dos efeitos legais destas uniões duradouras, garantindo os direitos dos filhos delas nascidos, seguido de outras leis esparsas, com a finalidade de proteção dos envolvidos.

Com as inúmeras dissoluções de uniões duradouras que chegavam aos Tribunais de Justiça, foi preciso estabelecer um norte para que as decisões não fossem tão díspares, principalmente em relação às questões patrimoniais, que eram frequentemente resolvidas tratando o relacionamento como uma sociedade de fato ou indenizando a companheira pelos serviços domésticos prestados, como em uma relação de trabalho.

Neste contexto, foi editada a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal com a seguinte redação: “comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos é cabível a sua dissolução judicial, com partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

---

<sup>70</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Direito das famílias**: amor e bioética. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 281.

Todavia, a união estável só foi agraciada com o *status* familiar com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por meio do artigo 226, §3º, que abarcou esta situação deveras recorrente em nossa sociedade.

Inegáveis os benefícios de praticidade destes relacionamentos, que dispensam as formalidades dispostas em lei. Mas, por outro lado, existe um ônus ocasionado pela falta de publicidade legal e, por vezes, há um caminho árduo a ser percorrido pelo companheiro que necessita comprovar a união, para ver garantidos seus direitos. Por ser uma situação de fato, sua comprovação é fundada em elementos subjetivos.

Para evitar decisões contraditórias ou injustas, a legislação fixou alguns requisitos para o seu reconhecimento formal: a convivência pública, contínua e duradoura, com intenção de formar família e ausência de impedimentos matrimoniais. Outros requisitos são, ainda, destacados por Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf:

A doutrina amplia essa conceituação inserindo: a finalidade de constituição da família, a estabilidade, a unicidade de vínculo, a notoriedade, o informalismo, a ausência de impedimentos matrimoniais, a convivência *more uxório*, a *affectio maritalis*.<sup>71</sup>

Grande discussão formou-se em torno da fixação do prazo de 5 (cinco) anos ou existência da prole para reconhecimento da união estável pela Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, que também previu o direito a alimentos e a meação do companheiro. Posteriormente, foi revogada pela Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, que dispensou um prazo certo para o reconhecimento da união estável, considerando que seria demasiadamente injusta a sua fixação.

A atual Carta Magna equiparou muitos dos efeitos da união estável ao casamento. No entanto, o Código Civil Brasileiro vigente ainda traz distinções entre os institutos, como na esfera do direito das sucessões.

O ordenamento pátrio carece de um estatuto para disciplinar estas uniões de forma coerente, que muitas vezes têm garantidos mais direitos que aqueles relativos ao casamento. E, outras vezes, há um cerceamento de direitos em face da discreta marginalização deste instituto, ocasionado por um ranço de preconceito ainda existente por parte do legislador.

---

<sup>71</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Direito das famílias: amor e bioética**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 283.

Não há a obrigatoriedade de equiparação dos institutos, podendo ser mantidas as diferenças, desde que bem definidas em lei, para não haver interpretações e decisões judiciais díspares, como ocorre atualmente.

Outra disposição constitucional criticada por muitos juristas é a facilitação da conversão da união estável em casamento, mas se faz necessário ressaltar que os relacionamentos informais são fontes de litígios, em razão da falta de publicidade legal que acarreta, muitas vezes, lesão aos direitos dos companheiros, principalmente na seara patrimonial.

Para melhor garantia dos direitos dos integrantes da união estável, a legislação continua em constante aperfeiçoamento. Este instituto, por vontade das partes, pode deixar de ser uma mera situação fática para ganhar contornos públicos, com a possibilidade de realização de escritura pública de declaração de união estável pelos conviventes, fixando data de seu início, regime de bens, direito ao uso do sobrenome, disposições patrimoniais, na mesma esteira dos casamentos civis.

Apesar da mencionada escritura pública ter natureza de ato declaratório, atualmente ostenta a condição de ato constitutivo, tendo em vista sua corriqueira utilização para comprovação do estado civil em diversos órgãos.

Também pode ser feita por escritura pública a dissolução da união estável em qualquer Tabelionato de Notas do país, determinando as partes o momento em que cessaram os direitos e deveres conjugais, fixando direito à pensão alimentícia, disciplinando a alteração do nome adotado, e, neste caso, nos termos do artigo 733, §2º do novo Código de Processo Civil Brasileiro, deverão as partes serem assistidas por advogado ou defensor público.

Referidas escrituras de declaração e dissolução de união estável poderão ser registradas nos Ofícios de Registro Civil das Pessoas Naturais e Registro de Imóveis, para regulamentar e dar publicidade às relações civis e patrimoniais, garantindo a segurança jurídica necessária para a prevenção de litígios.

Considerável evidenciar que, seguindo a tradição monogâmica de nosso país, a maioria das decisões judiciais não admite o estabelecimento de uniões estáveis simultâneas, pois o reconhecimento como núcleo familiar requer seja observada a lealdade, fidelidade e exclusividade para garantia da estabilidade social. Porém, não há um consenso sobre a possibilidade ou não de existência de uniões estáveis concomitantes. Maria Berenice Dias defende a corrente que admite esta possibilidade

e Washington de Barros Monteiro, Regina Beatriz Tavares da Silva e Flávio Tartuce, doutrinam pela impossibilidade.

Rolf Madaleno se manifesta da seguinte maneira:

Ressalvadas as uniões estáveis de pessoas casadas, mas de fato separadas, uma segunda relação paralela ou simultânea ao casamento ou a outra união estável é denominada concubinato e não configura uma união estável, como deixa ver estreme de dúvidas o artigo 1.727 do Código Civil. Pouco importa que apenas um dos concubinos seja casado e coabite com o seu cônjuge, pois é a preexistência do casamento ou de outra união estável paralela com a permanência do esposo ou companheiro no lar conjugal que cria a área de abstração ao conceito de estável relação.<sup>72</sup>

Nos dias presentes, com tantas disposições legislativas, as uniões estáveis mantêm uma dualidade de formalidade e informalidade. As partes envolvidas detêm a escolha de suas características, sem olvidar que ganharam contornos familiares que impedem que ocorram simultaneamente.

Recentemente, o instituto da união estável ganhou novos contornos. Na data de 05 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal decidiu por unanimidade equiparar a união estável homossexual à heterossexual em toda sua extensão, fundamentando sua decisão no princípio da dignidade da pessoa humana e da liberdade de escolha, rechaçando todo tipo de preconceito.<sup>73</sup>

Em tempos Pós-Modernos, com a rapidez vertiginante das informações o tempo, tornou-se elemento escasso entre as pessoas que não querem se desgastar com procedimentos burocráticos. O panorama atual registra relacionamentos intensos, porém efêmeros, onde a facilidade para iniciá-los e dissolvê-los é um dos principais atrativos. É neste cenário que a união estável vem se transformando na melhor opção para muitos casais.

### 3.3.2 Monoparental

Em regra, a família tem origem a partir da intenção de duas pessoas em constituir um ambiente estável e respeitoso para o desenvolvimento de suas aptidões,

---

<sup>72</sup> MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 15.

<sup>73</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, julgadas pelo plenário do Supremo Tribunal Federal em 5 de maio de 2011.



crescimento pessoal e da prole, com a mútua assistência, impulsionada pelo afeto que os une.

Mas nem sempre é possível manter a sua estrutura com a presença do pai, mãe e filhos, em face das vicissitudes do porvir, como por exemplo: a morte, abandono, separação, divórcio ou, ainda, uma reprodução independente, mesmo que *post mortem*. Nestes casos, a família passa a ser formada por apenas um progenitor e seus descendentes, estrutura atualmente conhecida como monoparental.

O aparecimento de tal modelo em larga escala ocorreu após as duas grandes guerras que deixaram milhares de mulheres viúvas, que se viram obrigadas a criar seus filhos sem a presença paterna.

Em todo o mundo houve um significativo aumento deste formato familiar, em especial nos Estados Unidos da América na década de 1960 e em diversos países europeus na década de 1970. Em grande parte, reflexo da independência sexual e econômica das mulheres, estimulada pelo feminismo e a equiparação de seus direitos aos dos homens, impulsionada pela industrialização e pela difusão do pensamento moderno.

Um motivo de grande relevância para o aumento de famílias monoparentais no Brasil foi a ampla aceitação do divórcio autorizado pela Emenda Constitucional nº 9 de 1977 e disciplinado pela Lei nº 6.515 do mesmo ano, que acarretou o surgimento de diversas famílias compostas pela mãe e seus filhos.

Em face da sua expressiva quantidade, praticamente um terço das famílias brasileiras, esta modalidade ganhou proteção constitucional (art. 226, §4º da CF/88). Neste momento, a família monoparental passa do mundo fático para o mundo jurídico.

Mas, não está disciplinada expressamente em leis infraconstitucionais ou no Código Civil Brasileiro, aplicando-se a ela, as regras pertinentes aos outros modelos de família, como as originadas do casamento ou da união estável.

Após o reconhecimento expresso da família monoparental na atual Carta Política algumas legislações trouxeram previsões sedimentando esse novo padrão familiar, como é o caso da Lei nº 8.069 de 1990, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente, que em seu artigo 42, autoriza a adoção, independentemente do estado civil do adotante, abandonando a antiga exigência do casamento entre os que a pleitavam.

Atualmente no Brasil, a grande maioria destas famílias é comandada por mulheres, em face da maior facilidade do homem construir uma nova família após a separação.

Uma questão trazida à baila pelo avanço da tecnologia da biomedicina, é a reprodução assistida para mulheres que buscam o anonimato dos bancos de sêmen ou a inseminação artificial com material genético do marido já falecido, dando vida propositalmente às famílias monoparentais. Pondera Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf que “em qualquer dos casos, o resultado pretendido traz a circunstância comum de o filho nascer com a ausência da figura social do pai, por decisão unilateral da mulher.”<sup>74</sup>

O ponto central da discussão destes métodos é se prevaleceria o direito da mãe à maternidade ou o direito do filho em ter a figura do pai presente em sua vida. Inegável que muitas famílias são estruturadas apenas com a presença de um dos progenitores, mas tais situações são ocasionadas pelas intempéries da vida e, sempre que possível, deve-se priorizar a presença de ambos os genitores na criação dos filhos, por ser comprovadamente mais benéfico para o desenvolvimento psíquico e moral da criança.

Não é correto afirmar que há um modelo ideal de família, pois em todas as modalidades há aquelas estruturadas e desestruturadas. As novas formas surgiram para atender às necessidades humanas. Não são criações do Direito, que apenas acompanhou os resultados práticos impostos pela vida moderna. Assim, um modelo de família será o ideal se estiver suprimindo as necessidades físicas, afetivas e moral dos seus integrantes.

### 3.3.3 Anaparental

Os novos arranjos familiares que surgem espontaneamente nas sociedades, nem sempre contam com laços sanguíneos ou matrimoniais. As relações pautadas pela afinidade, unidade de desígnios, estabilidade e afeto entre pessoas com parentesco ou não entre si, inexistente qualquer tipo de ascendência ou relações sexuais, são denominadas anaparentais.

---

<sup>74</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Direito das famílias**: amor e bioética. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 293.

O prefixo “ana” vem do grego e significa ausência, neste sentido, a construção do termo "anaparental" define as famílias estruturadas sem a presença dos pais, conhecidas também com socioafetivas. Podem ser formadas pela convivência entre irmãos, tios e sobrinhos, primos, amigos ou outras combinações de pessoas munidas da *affectio familiae*.

Um número considerável de pessoas vive em núcleos que se denominam familiares para suprir necessidades básicas de afeto e assistência mútua moral e material, indispensáveis para a completude do ser humano. Contudo, a legislação pátria não reconhece este tipo de convivência como entidade familiar e não assegura aos seus integrantes os direitos previstos para as instituições familiares admitidas pelo Direito.

Escreve Rolf Madaleno sobre o assunto:

Evidentemente pode alcançar os efeitos de uma sociedade de fato se demonstrada a aquisição patrimonial pelo efetivo esforço comum, mas na atualidade não existe qualquer possibilidade legal de presumir esse esforço comum tão somente pela ostensiva e duradoura convivência, como por igual, não existe qualquer previsão de direito alimentar, embora o Código Civil reconheça essa obrigação entre os parentes e irmãos, que são credores de alimentos por serem irmãos, e não por constituírem uma relação familiar anaparental.<sup>75</sup>

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê expressamente apenas instituições familiares oriundas do casamento, da união estável ou da presença de um dos ascendentes e seus descendentes. Para não deixar ao desamparo núcleos familiares que não se enquadram na descrição constitucional, alguns doutrinadores sustentam que o rol do artigo 226 da Constituição da República Federativa do Brasil é meramente exemplificativo. A posição de Maria Berenice Dias é no sentido de que “ainda que inexista qualquer conotação de ordem sexual, a convivência identifica comunhão de esforços, cabendo aplicar, por analogia, as disposições que tratam do casamento e da união estável.”<sup>76</sup>

A família é, possivelmente, o instituto jurídico mais importante do nosso ordenamento jurídico, configurando gênese e suporte da sociedade. Não obstante os balizados entendimentos de ilustres doutrinadores para abranger todo e qualquer

<sup>75</sup> MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.10.

<sup>76</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 49.

relacionamento em que estejam presentes o afeto e a intenção de formar família, o conceito de instituição familiar vai além do preenchimento de certos requisitos.

Deve existir uma verdadeira estrutura psíquica por trás dos relacionamentos para serem considerados família, e a tentativa de abarcar as inúmeras formas de agrupamentos de pessoas pode causar uma banalização e deformidade irreversível ao instituto.

O não reconhecimento das relações anaparentais pelo Direito, como instituição familiar, não deixa ao desamparo seus integrantes, pois existem outros que garantem direitos, como aqueles previstos no campo das obrigações e no âmbito do direito empresarial. Ainda no Livro IV - Do Direito de Família, há a previsão do instrumento do testamento, que pode ser utilizado para privilegiar as pessoas unidas apenas pelo afeto, por meio de disposições de última vontade que não firam mandamentos legais.

#### 3.3.4 Homoafetiva

As famílias homoafetivas vêm conquistando espaços importantes em várias sociedades pelo mundo. Observam-se mudanças nas legislações de diversos países, para permitir o reconhecimento jurídico de uniões entre pessoas do mesmo sexo. Referida quebra de paradigmas buscou inspiração nos princípios da igualdade, liberdade, autonomia da vontade e, finalmente, da dignidade da pessoa humana, para superar preconceitos tão enraizados na psique humana.

A homossexualidade não é uma novidade do mundo moderno. Entre os gregos da antiguidade já eram plenamente aceitos relacionamentos entre homens. Contudo, havia a clara distinção entre o polo ativo, considerado masculino, e o polo passivo, considerado feminino. Esta prática era conhecida como pederastia, e acontecia entre um erômenos (adolescente aprendiz) e o erastes (homem mais velho, educador). Entre as mulheres, eram menos comuns, mas existentes, como na cidade de Lesbo. “Apesar de estar sempre presente na sociedade, jamais se teve a noção do relacionamento homoafetivo como fonte de estrutura familiar.”<sup>77</sup>

Na origem de Roma, a relação entre pessoas do mesmo sexo, em especial entre homens, era comum. Contudo, somente aceita entre um romano e seu escravo.

---

<sup>77</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Direito das famílias: amor e bioética**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 297.

As conjunções entre romanos e homens livres eram apenas com multa. Com a devastação da peste bubônica, as pessoas acreditavam que estavam sendo punidas pelos seus pecados e o Imperador da época, Justiniano, proibiu as práticas homossexuais e, ainda, disciplinou a pena de morte àqueles que descumprissem a regra.

Com o surgimento do catolicismo e da jurisdição eclesiástica, há o repúdio das relações homossexuais. Apenas era admitido o sexo na constância do casamento, de forma lícita nos termos da Doutrina Social da Igreja, desde que situado nos limites do respeito à dignidade de cada cônjuge e do próprio matrimônio, somando-se à finalidade de procriação, o que não seria possível em uma relação homoafetiva.

Mesmo na fase do Iluminismo, que levantou a bandeira da liberdade sexual como forma de progresso e felicidade, havia a condenação do amor homoafetivo, pois se acreditava que o homem possuía apenas uma quantidade limitada de sêmen que deveria ser utilizado para a procriação.

Além da desaprovação pelos eclesiásticos, o homossexualismo, no século XIX em muitos países, foi entendido pela classe médica como uma doença que era combatida com tratamentos desumanos e terapias com choques convulsivos e, até lobotomia.

Neste sentido, Maria Berenice Dias defende que “necessário é encarar a realidade sem discriminação, pois a homoafetividade não é uma doença nem uma opção livre.”<sup>78</sup>

Houve na década de 1940 o reconhecimento pela sociedade médica de que a homossexualidade não configuraria uma doença e não poderia ser tratada desta forma pelos especialistas. No Brasil, apenas com o fim da Ditadura Militar, deixou de ser considerada um desvio de comportamento, passível de tratamento.

Apenas no final do século XX foi entendida como uma forma de orientação sexual. E, a partir deste momento, iniciou-se um movimento de reconhecimento de famílias homossexuais e garantia dos seus direitos.

O primeiro país a regular as uniões entre pessoas do mesmo sexo, sem a permissão do casamento civil, foi a Dinamarca, em 1989, quando permitiu seu registro com os mesmos efeitos do casamento, com exceção da adoção, que não era permitida para casais de pessoas do mesmo sexo.

---

<sup>78</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 47.

Este movimento ganhou força e outros países seguiram o exemplo da Dinamarca, como a Noruega em 1993, a Suécia em 1995, a Islândia em 1996, a Inglaterra em 1999. Na América do Sul, a Argentina foi o primeiro país a reconhecer os direitos provenientes destas uniões em 2003, o Uruguai em 2007 e, finalmente, o Brasil em 2011.

Entretanto, o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo somente foi possível em 2001 na Holanda e, a partir daí, outros passaram confeccionar normas no mesmo sentido.

Nos Estados Unidos da América, somente alguns Estados permitem o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, como Massachusetts, como se verifica nesta decisão que ilustra de forma completa o verdadeiro papel das uniões, sejam homossexuais ou heterossexuais:

O casamento é uma instituição social vital. O compromisso exclusivo de duas pessoas uma a outra nutre amor e mútua assistência; ele traz estabilidade à nossa sociedade. [...] Uma pessoa que entra em uma união íntima e exclusiva com outra do mesmo sexo e tem acesso barrado às proteções, benefícios e obrigações do casamento civil é arbitrariamente privada do acesso a uma das instituições mais estimadas e compensatórias da nossa comunidade. Essa exclusão é incompatível com os princípios constitucionais de respeito à autonomia individual e à igualdade perante a lei.<sup>79</sup>

A função precípua do Direito é subsidiar os anseios da sociedade em cada momento histórico, e garantir que os direitos oriundos das relações sociais sejam respeitados. O legislador não podia mais fechar os olhos para a recorrente situação de formação de famílias homoafetivas e admitir que poderiam ser estruturadas como qualquer outra, proporcionando a cada um de seus membros afeto, amparo, trocas e responsabilidades recíprocas.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, denominada garantista, defende a existência de uma sociedade plural, justa, sem preconceito e com valorização da dignidade humana, que somente será alcançada com um sistema jurídico que proporcione o bem de todos os cidadãos.

Em 05 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal, em decisão histórica,<sup>80</sup> conferiu *status* familiar às uniões homoafetivas, comparando-as às uniões estáveis. Somente em 2013 entrou em vigor a Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº

---

<sup>79</sup> ESTADOS UNIDOS. Massachusetts Supreme Judicial Court. Goodridge v. Dept. of Public Health. Disponível em: <<http://www.mass.gov/courts/>>. Acesso em: 5 jul. 2017.

<sup>80</sup> STF, Tribunal Pleno, ADI/DF 4277, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011, DJE 13/10/2011.

175, que determinou que todos os Ofícios de Registro Civil das Pessoas Naturais do Brasil convertessem a união estável em casamento ou o casamento direto de casais de pessoas do mesmo sexo, quando assim fosse requerido, garantindo todos os direitos previstos para os casais heterossexuais, sem qualquer tipo de preconceito ou discriminação.

Ainda que não disciplinada expressamente por nosso ordenamento jurídico, pode-se afirmar que uma nova modalidade de família passou a ser reconhecida juridicamente, denunciando uma adequação aos anseios sociais.

Não há qualquer diferença entre os direitos e deveres que devem existir em uma relação heterossexual ou homossexual. A capacidade de uma pessoa fazer outra feliz não depende de sua opção sexual, mas de seu comprometimento, respeito e fidelidade. O sentimento de felicidade, que se traduz em um fim a ser buscado por todo ser humano, é denominado sentimento eudemonista teleológico.

### **3.4 Relações concubinárias adúlteras**

A palavra concubinato é originada do termo latim *concumbere*, que significa “deitar-se com”. Na Grécia, em seus primórdios, muitas vezes era uma relação de prestígio, pois algumas concubinas ostentavam uma posição intelectual e social elevada, havendo previsões legais sobre estes relacionamentos. Aspásia foi uma concubina de destaque na sociedade grega por sua formação em diversas ciências e artes e por conviver com grandes personalidades como Sócrates, Alcebiades e Péricles.

Na antiga Roma, o concubinato era frequente, contudo não havia disciplina legislativa destas relações extraconjugais, que eram mantidas inclusive por homens de reconhecida moral na sociedade. Apenas ganhou fortes traços pejorativos com a implantação do cristianismo, que considerava impuras as relações existentes entre homens e mulheres fora do sacramento matrimonial.

A existência de relacionamentos simultâneos ao casamento sempre existiu nas sociedades. Nem a poderosa política da igreja católica de extermínio destas uniões paralelas, foi capaz de extinguir esta prática que passou a ser velada.

Caio Mário da Silva Pereira afirma:

Apesar de combatido pela Igreja, nunca foi evitado, nunca deixou de existir. E se os canonistas o repudiavam de *iure divino*, os juristas sempre o aceitavam de *iure civile*. Quem rastrear a sua persistente sobrevivência, por tantos séculos, verá que em todas as legislações em todos os sistemas jurídicos ocidentais houve tais uniões, produzindo seus efeitos mais ou menos extensos.<sup>81</sup>

No Brasil, antes do reconhecimento da união estável como entidade familiar, os relacionamentos duradouros informais ou não oficiais eram chamados concubinatos podendo ser puros, quando os integrantes não estavam impedidos de se casar e, impuros, se algum dos companheiros não pudesse contrair novo matrimônio.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, gestada com a importante missão de combater antigos preconceitos e retirar da marginalidade incontáveis casais até então desamparados pelo Direito de Família, substituiu a expressão concubinato, carregada de carga negativa por sua própria evolução histórica, por união estável, para designar as uniões livres, sem a chancela de oficialidade do Estado. “Muitas vezes, a história do concubinato é contada como história de devassidão, ligando-se o nome concubina à prostituição, à mulher devassa ou à que se deitava com vários homens, ou mesmo à amante, a outra.”<sup>82</sup>

Na atualidade, nosso ordenamento jurídico garante proteção às uniões estáveis, entendidas como uniões entre pessoas que estejam aptas para a realização do casamento, mas que, por simples opção, preferem construir uma estrutura familiar livre de qualquer celebração disposta em lei.

As relações entre pessoas impedidas de se casar (Código Civil Brasileiro, art. 1.521), com exceção daquelas separadas de fato, pelo seu aspecto incestuoso ou adúlterino, não estão salvaguardadas por serem uma afronta à instituição familiar e ao ordenamento jurídico, assentado na tradição monogâmica. Estes relacionamentos, outrora conhecidos como concubinatos impuros, atualmente são denominados meramente como concubinatos.

Corroborando a aversão do legislador a relacionamentos paralelos, o atual Código Civil Brasileiro em seu artigo 1.723, §1º, veda expressamente a existência de

---

<sup>81</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. Concubinato: sua moderna conceituação. **Revista Forense**, v. 190, 1988. p. 13.

<sup>82</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família**: uma abordagem psicanalítica. 2. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 45.



duas uniões estáveis simultâneas, por configurar a segunda relação um concubinato adúlterino, conforme expressado por Marco Aurélio Viana:

O contingente moral que a união estável exige, pois o que se tem é uma aparência de casamento, os deveres que dela promanam, a sua relevância como forma de constituir uma família, todos esses fatores autorizam dizer que o concubinato múltiplo jamais poderá gerar efeitos, não merecendo a tutela da legislação especial.<sup>83</sup>

A lei brasileira não disciplina expressamente estas relações paralelas ao casamento ou união estável, não reconhecendo direitos do âmbito familiar aos envolvidos em razão da presença da má-fé, quando cientes as partes do impedimento de um deles para contrair um novo relacionamento, com *status* de família. Todavia, este rigor legislativo não se aplica quando o relacionamento estiver eivado de putatividade e assim, presente a boa-fé por uma das partes, evitando o enriquecimento sem causa.

Não se pode fechar os olhos para a realidade social infestada de casos de concubinatos adúlterinos, em que direitos são feridos em decorrência da marginalidade e anonimato que acompanham estes relacionamentos. Entretanto, com mais razão, não se deve prestigiar os adúlteros em detrimento do cônjuge ou companheiro seriamente enganado no seio familiar. As mazelas morais e psíquicas de uma traição são imensuráveis e se irradiam para toda a família, que perde um de seus pilares: a confiança.

Noutro flanco, também não seria justo lesar economicamente um dos companheiros adúlteros que contribuiu com valores próprios para a aquisição de bem móvel ou imóvel em conjunto com seu amante, atribuindo a totalidade do bem a um dos dois envolvidos. Nestes casos, a aplicação da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, que qualifica a relação como uma mera sociedade de fato disciplinada pelo direito comercial, já que esta não reconhece qualquer predicado familiar ao concubinato que poderá ser impuro.

No Brasil, alguns projetos de lei foram confeccionados para garantir direitos iguais à esposa e à amante. Entretanto, estes projetos ditos vanguardistas, não têm sido aceitos até o momento.

---

<sup>83</sup> VIANA, Marco Aurélio S. **Da união estável**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 92.

O Projeto de Lei n. 470 de 2013 da senadora Lídice da Mata (PSB-BA) intitulado Estatuto das Famílias traz como ideia central a pluralidade familiar e assegura à concubina os mesmos direitos da esposa. Defensores como Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira, argumentam que as famílias paralelas e oficiais, devem ter os mesmos direitos para preservar os filhos.

Cumprir ressaltar, que há muito tempo os filhos, independentemente do relacionamento dos seus genitores, são iguais perante a lei e tem seus direitos assegurados pela Constituição Federal de 1988, pelo Código Civil Brasileiro de 2002 e por vasta legislação especial, não trazendo o Estatuto das Famílias qualquer novidade nesta seara.

É inaceitável a existência de lei que prestigie a má-fé, ocasionando todo o desmoronamento do edifício jurídico estruturado no princípio da boa-fé, que desde os primórdios, está presente no princípio romano de *Ulpiano Alterum Non Laedere* e tem como pilares a lealdade, a confiança e a ética. Salvo nos casos de putatividade, os concubinos sempre estão cientes de que sua conduta fere os padrões éticos, ditados pelos usos e costumes no tempo e espaço, indispensáveis para a manutenção da família e da sociedade.

É indiscutível que muitas relações adúlteras são pautadas pelo afeto. Porém, este sentimento não pode ser considerado elemento saneador e legitimador de relacionamentos espúrios e tão só fundamentar a decisão de garantir direitos a alimentos, à sucessão hereditária e cumprimento do direito real de habitação aos concubinos. Estaria havendo um incentivo a estas relações acobertadas a todo custo pelo casal consciente da fraude cometida.

Os filhos advindos destes relacionamentos não sofrem qualquer distinção aos olhos da atual legislação, restando claro que o Estatuto referido tem como fim precípuo, não a proteção da prole, mas a implantação social de novas formas de relacionamentos abertos, sem compromissos de fidelidade e lealdade, conduzidos pelo exercício da liberdade e autonomia da vontade em busca da felicidade.

O Estatuto das Famílias não traduz o entendimento jurisprudencial, que em sua grande maioria, rechaça o reconhecimento de direitos advindos de relações pautadas

na burla da instituição familiar, como afirmam seus defensores. Inúmeros julgados comprovam esta afirmação.<sup>84</sup>

A legislação sobre Direito de Família deve ser apenas um instrumento de disciplina das relações humanas existentes e culturalmente aceitas pela maioria da sociedade em determinado lugar e momento histórico. Não pode se prestar a trabalhar de forma irresponsável para a inclusão de uma nova ideologia social que representa a vontade de uma minoria preocupada com seus interesses pessoais, em detrimento da estabilidade de todo sistema jurídico, sustentado por uma de suas grandes instituições: a família.

---

<sup>84</sup>, TJDF, 1ª Turma Cível, APC 0014190-95.2011.8.07.0006, Rel. Alfeu Machado, j. 14/08/2013, DJE: 19/08/2013, p. 62; TRF1, 1ª Turma, REO 0022349-60.2012.4.01.9199, Rel. Régis de Souza Araújo, j. 4/10/2015, e-DJF1: 13/11/2015. p. 580.

## 4 AFETO

### 4.1 Conceito simplificado de afeto

O substantivo afeto tem sua origem no latim e sua construção está baseada na aglutinação do termo *facere*, fazer, produzir, agir e da partícula *ad*, em, para. *Affectus* significa disposto, inclinado a que. Por sua vez, trata-se do particípio passado do verbo *afficere*, que tem o sentido de tocar, comover o espírito, unir, fixar.

O verbo *afficere* também tem o sentido de adoecer, restando claro que desde a origem da expressão, a palavra afeto não está relacionada apenas a sentimentos positivos, como contemporaneamente buscam fazer.

*Afectum*, em sua origem, era entendido como a produção de uma impressão em alguém. O seu significado indica: 1. Sentimento de afeição ou inclinação por alguém, amizade, paixão, simpatia. 2. Ligação carinhosa em relação a alguém ou a algo; querença. 3. Psicologia – expressão de sentimento ou emoção como, por exemplo, amizade, amor, ódio, paixão, etc.<sup>85</sup>

A afetividade encontra seu lastro na união das expressões latinas *afficere ad actio*, compreendida como a ligação do sujeito à outra pessoa, fixação de duas pessoas. É o conjunto de fenômenos psíquicos que se manifestam sob a forma de emoções, sentimentos e paixões.<sup>86</sup> Entendida como a reunião de afetos, que compõe a natureza humana, indissociável da conduta e insumo essencial para o desenvolvimento de todo indivíduo.

Há uma infinidade de afetos que podem ser experimentados pelo ser humano, sendo impossível catalogar cada um deles ou mensurar sua intensidade. O termo tem, como uma de suas características principais, as múltiplas leituras e significações que podem ser adotadas em decorrência sua multifuncionalidade. Nas diversas áreas do conhecimento humano pode ser compreendido e valorado de muitas formas.

---

<sup>85</sup> Dicionário online Michaelis. Disponível em: <[www.michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=afeto](http://www.michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=afeto)>. Acesso em: 01 mai. 2017.

<sup>86</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 55.

Para o filósofo, médico, psicólogo e político francês Henri Paul Hyacinthe Wallon (1879-1962), a afetividade engloba emoções, sentimentos e paixões, entendida como uma expressão mais ampla, abrangendo os três objetos, sem com cada um deles se confundir.<sup>87</sup>

Enquanto as primitivas manifestações de tonalidade afetiva são reações generalizadas, mal diferenciadas, as emoções, por sua vez, constituem-se em reações instantâneas e efêmeras que se diferenciam em alegria, tristeza, cólera e medo. Já o sentimento e a paixão são manifestações afetivas em que a representação se torna reguladora ou estimuladora da atividade psíquica.<sup>88</sup>

A psicologia, que anteriormente à era Moderna estudava a alma humana, passou a se ocupar do estudo do comportamento humano, parte sensível da psique, onde o afeto torna-se perceptível por sua exteriorização. Baruch de Spinoza (1632-1677), filósofo racionalista que se dedicou ao estudo da dualidade intrincada entre corpo e mente, concluiu que os afetos são ideias resultantes dos processos mentais das afecções do corpo que ditam a intensidade do sentimento.<sup>89</sup>

A afetividade é composta de sentimentos presentes na conduta humana, bem como em todas as relações humanas, seja entre cônjuges, companheiros, amigos ou pais e filhos. É também compreendida como a experimentação de emoções determinantes para a formação da vontade do homem, predominantemente passional e guiado pelo inconsciente. Seriam os afetos, e não o intelecto, os responsáveis pela movimentação do psiquismo, nos termos do primado da afetividade freudiano.

A afetividade, desta forma, se constitui no elemento propulsor do psiquismo. É natural no ser humano a aptidão para afetar e ser afetado. A ausência de afeto impede o desenvolvimento do ego, que é a consciência de si mesmo; e do superego, que é a consciência moral.<sup>90</sup>

Os profissionais do Direito tendem a traduzir propositalmente a palavra afeto como amor, para imputar robustez às teses jurídicas construídas a partir de uma

<sup>87</sup> WALLON, Henri Paul Hyacinthe. Les milieux, les groupes et la psychogenèse de l'enfant. **Enfance**, Paris (3-4): p. 287-296, mai./oct. 1959. p. 286.

<sup>88</sup> ALMEIDA, Ana Rita Silva. A afetividade no desenvolvimento da criança. Contribuições de Henri Wallon. **Revista Inter Ação**, Goiânia, v. 33, n. 2, p. 343-357, jul./dez. 2008. Disponível em: <<https://www.revistas.ufg.br/interacao/issue/view/645>>. Acesso em: 14 mai. 2017.

<sup>89</sup> SPINOSA, Baruch de. **Ética demonstrada à maneira dos geômetras**. São Paulo: Martin Claret, 2005. p.283-284.

<sup>90</sup> SANTOS, Romualdo Baptista dos. **Direito e afetividade**: estudo sobre as influências dos aspectos afetivos nas relações jurídicas. 2010. 258 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil), Programa de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 55.

premissa falsa de restrição de um termo polivalente. A referida eleição do amor para entender o que seria afeto é feita para, através deste mecanismo de linguagem, induzir a sociedade a aceitar a ditadura do afeto e todos os danos morais que ela pode provocar.

Afeto não pode ser traduzido apenas como amor, pois nem sempre está presente na conduta e nos relacionamentos humanos, desprovidos da responsabilidade natural que este sentimento induz.

Dessa maneira, percebe-se que o verdadeiro amor se diferencia dos demais tipos de afeto exatamente pelo elemento do comprometimento, sendo que tal sentido se aplica da mesma maneira para o amor entre pais e filhos, por exemplo.<sup>91</sup>

É um termo genérico, que abrange incontáveis espécies de sentimentos inerentes ao ser humano, em constante ebulição em seu psicológico. Em grande parte das vezes, não há uma constância daqueles que sofrem alterações, de acordo com as alterações biológicas, segundo o neurobiólogo chileno Humberto Maturana.<sup>92</sup>

O desenvolvimento da capacidade do ser humano de experimentar sentimentos, emoções e paixões, é guiado por aspectos orgânicos e sociais, que possuem uma relação indissociável, se completando e se excluindo em diversos momentos da vida. A personalidade humana não é formada apenas por tais elementos, mas pela sua interação. Henri Wallon destaca em sua obra que:

a constituição biológica da criança ao nascer não será a lei única do seu futuro destino. Os seus efeitos podem ser amplamente transformados pelas circunstâncias sociais da sua existência, onde a escolha individual não está ausente.<sup>93</sup>

No estágio inicial da vida humana, a afetividade é determinada pelo fator orgânico e, com o passar dos anos, o meio social faz inserções importantes na formação da personalidade, redesenhando o conteúdo afetivo de cada pessoa. A base

---

<sup>91</sup> CABELEIRA, Caio Martins. **A ditadura do Afeto**: uma crítica à introdução do sentimento como valor jurídico. 03 nov. 2015. Disponível em: <<http://ifecampinas.org.br/a-ditadura-do-afeto-uma-critica-caio-martins/>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

<sup>92</sup> ROMESIN, Humberto Maturana; VERDEN-ZÖLLER, Gerda. **The origin of humanness in the biology of love**. Exeter: Imprint Academic, 2012. p. 38.

<sup>93</sup> WALLON, Henri Paul Hyacinthe. Les milieux, les groupes et la psychogenèse de l'enfant. **Enfance**, Paris (3-4): p. 287-296, mai./oct. 1959. p. 288.

de afetos que a compõe, passa a depender dos relacionamentos sociais e pessoais, agregando um forte traço moral.

Pode ser entendida como a capacidade do ser humano de vivenciar as reações físicas e psicológicas produzidas pelo afeto, que influenciam em seu caráter e permitem a criação de vínculos afetivos com outras pessoas.

A afetividade, também fruto do meio social que, invariavelmente, corrompe o ser humano, não é composta apenas de sentimentos positivos e construtivos, existentes em sua forma negativa e destrutiva. As reações dos sentimentos causam sensações de bem-estar e mal-estar. São imprevisíveis e indomáveis, motivo pelo qual, não podem configurar objeto para a ciência jurídica e ser a régua para a medida das leis.

#### **4.2 A complexidade do objeto denominado afeto**

Desde a antiguidade, filósofos realistas e idealistas discutem sobre a forma adequada de se conhecer um objeto, seja pela captação da sua essência pela mente humana, como defendiam os realistas, ou o conhecimento advindo do plano das ideias, da representação das coisas preexistentes no mundo ideal.

O Iluminismo inaugurou a era Moderna, liberando os indivíduos da escuridão do desconhecimento. Nos tempos recém-chegados, a racionalidade criou uma forma simplificada de enxergar o ser humano, com a fixação de regras universais suficientes para a orientação das relações humanas. O processo de apreensão do conhecimento trazia a fórmula de separação de sujeito e objeto. Protagonizado por um ente despido de qualquer interferência subjetiva, atuando somente com a razão, com a função de analisar o objeto destacado de outros à sua volta.

Contemporaneamente, o método racional demonstrou-se insuficiente, objetivo psicológico de apreensão do conhecimento para a solução de todas as questões sociais. O objeto deixou de ser analisado sob a ótica do dualismo cartesiano, de forma isolada de toda e qualquer circunstância, e passou a ser avaliado como parte da realidade cognoscível que deverá ser apreendida pelo sujeito. Este processo foi nominado de ontognoseologia, explicado por Miguel Reale como a tarefa de tecer uma

conexão indissociável entre o sujeito responsável por absorver a essência do objeto em suas relações com outros objetos, imputando a sua personalidade.<sup>94</sup>

Daí que o método não determina o objecto do conhecimento – pelo contrário, tem necessariamente de regular-se por ele, enquanto fragmento ôntico do ser que é proposto à investigação.<sup>95</sup>

As soluções propostas pela simplicidade de leis determinísticas não eram satisfatórias para as questões complexas da natureza humana ou para o conhecimento dos objetos com suas qualidades específicas.

Gradativamente, o rigor do racionalismo puro e a figura do sujeito cognoscente alheio a toda interferência não racional, cede lugar ao indivíduo movido por seus desejos, emoções, intuições, paixões, instintos, inclinações, sentimentos intitulados de afetividade, característica intrínseca do ser humano, componente de sua personalidade.

A constatação de que grande parte da essência humana era ignorada no processo de conhecimento, acarretou uma virada paradigmática influenciada por Friedrich Nietzsche, que anunciava o fim dos tempos modernos. O reconhecimento da complexidade da natureza humana e da realidade circundante, trouxe à baila a afetividade como valor humano a ser considerado no processo de conhecimento.

Portanto, o processo de conhecimento tem uma origem biológica que é ativada pela interação do organismo com o ambiente e se realiza por um mecanismo de autorregulação ou equilíbrio progressiva do organismo com o meio em que o indivíduo está inserido. Todavia, o processo de equilíbrio não ocorre sempre e da mesma forma, pois depende de como o indivíduo elabora e assimila as suas interações com o meio.<sup>96</sup>

A afetividade não pode ser mensurada no tempo ou no espaço, por se tratar de um objeto psíquico definido como conjunto de sensações existentes no interior das pessoas. Mas, também está afastada do conceito daqueles que somente existem no campo das ideias. É o conjunto de afetos que determinam a conduta humana.

---

<sup>94</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 125-128.

<sup>95</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p.152.

<sup>96</sup> SANTOS, Romualdo Baptista dos. **Direito e afetividade**: estudo sobre as influências dos aspectos afetivos nas relações jurídicas. 2010. 258 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil), Programa de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 57.



Trata-se de objeto complexo, pois é identificado de acordo com a perspectiva de abordagem, podendo adotar diversas roupagens. Seu conhecimento é praticamente impossível, pois inconcebível fixar as características que deverão ser apreendidas pela inteligência do sujeito cognoscente, em razão de sua natureza multifacetada.

### 4.3 O afeto nas relações familiares

O afeto é componente da natureza humana e produto do meio e, por esta razão, está em constante desenvolvimento, ao passo em que o indivíduo se relaciona e adquire experiências. Segundo a teoria de Henri Wallon,<sup>97</sup> é elemento essencial para o aprendizado e desenvolvimento das capacidades motoras e mentais, verificado um estreito vínculo entre afetividade e inteligência.

Outra constatação da doutrina walloniana, é a identificação de comportamentos inadequados, como a indisciplina em crianças com vida afetiva desequilibrada, normalmente provenientes de famílias desestruturadas.

A família é a primeira referência e suporte do indivíduo. É o ambiente em que ele iniciará a construção de sua personalidade, onde terá contato com as primeiras normas de comportamento e de reciprocidade. Em regra, lugar em que terá acesso à afetividade vista sob seu lado positivo, mas a realidade descortina a possibilidade de encontros com aqueles negativos.

O afeto é considerado, por grande parte da doutrina brasileira, não apenas um dos elementos para a formação das famílias, mas corriqueiramente, o único requisito para a constituição destas, e reside exatamente neste ponto a problemática das famílias modernas e efêmeras.

A instituição familiar sempre foi uma entidade sólida, formada por componentes com relações afetivas, papéis definidos e autoridade dos pais. Tudo bem delineado, onde cada indivíduo desempenhava uma função em prol do bem coletivo e, principalmente, para a educação e formação psicológica da prole.

Ainda considerado uma das principais formas de constituição de família, o casamento civil, carrega uma forte carga contratual vislumbrada nas solenidades

---

<sup>97</sup> WALLON, Henri Paul Hyacinthe. Les milieux, les groupes et la psychogenèse de l'enfant. **Enfance**, Paris (3-4): mai./oct., 1959, p. 287-296.

previstas em nosso Código Civil. Mas, nos dias de hoje, não deixam de ser vitais para a sua concretização, a vontade das partes e o afeto que elas compartilham entre si.

Nas uniões estáveis há uma informalidade inerente à sua natureza fática, uma visibilidade maior do vínculo familiar sustentado pelo afeto sem, entretanto, mitigar o indispensável compromisso das partes de respeito, assistência mútua e lealdade.

O cambiante cenário social, constitui-se cada vez mais de famílias informais, sustentadas apenas por uma promessa de afeto, muitas vezes desacompanhado de comprometimento ou doação, onde cada indivíduo vislumbra apenas a satisfação pessoal e preenchimento de suas expectativas.

Há um grande desejo de que o outro tenha muitos predicados sem, contudo, oferecer nada em troca. E estes relacionamentos estão fadados ao fracasso, comprovado pelo grande número de separações. E, sob este ponto de vista, são mais atrativos pela facilidade em seu início e seu término, livre do cumprimento de formalidades legais.

Pode-se dizer que esse movimento ecoa a passagem do casamento para o “viver junto”, com todas as atitudes disso decorrentes e consequências estratégicas, incluindo a suposição da transitoriedade da coabitação e da possibilidade de que a associação seja rompida a qualquer momento e por qualquer razão, uma vez desaparecida a necessidade ou o desejo.<sup>98</sup>

A história humana tem caminhado em ritmo mais acelerado ditado, principalmente, pela tecnologia da informação, em especial pelas mídias sociais, que quebram modelos antropológicos consolidados, realizando uma reprogramação das relações humanas, divorciadas de limites e paradigmas morais. Eivadas de um relativismo generalizado, sustentado pela máxima do sofista grego Protágoras, de que “o homem é a medida de todas as coisas, das coisas que são, enquanto são, das coisas que não são, enquanto não são”.

Assim como a afetividade, a moral é desenvolvida ao longo da vida e consiste no conjunto de regras expostas ao sujeito em suas experiências e que ele respeita. E o que se observa no panorama atual é o distanciamento da moral para a consecução dos interesses pessoais, inclusive nas relações afetivas.

O argumento de que a presença do afeto por si só é suficiente para o reconhecimento jurídico de novos arranjos familiares é insustentável. Fazendo o

---

<sup>98</sup> BAUMAM, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 171.

caminho inverso, todos os casamentos ou uniões estáveis em que o afeto não se encontra presente, são instituições familiares inexistentes, atos nulos, sem qualquer eficácia jurídica?

O afeto tem funcionado como uma espécie de justificação para a conduta humana contraditória dos tempos modernos, onde muitos pregam uma ideologia de relativização que não é aplicada na prática de forma incondicional, sequer por seus obstinados defensores. As pessoas somente relativizam o que não lhes é essencial, aquilo que não as atinge diretamente e que não precisam fazer concessões.

Na prática, o problema central dos novos arranjos familiares não reside no afeto, que pode estar presente ou não em qualquer espécie de relacionamento, como sempre aconteceu ao longo da história da humanidade, e não se trata de fator determinante para a perenidade das famílias.

A pedra angular da problemática dos relacionamentos da pós-modernidade causadora de instabilidade é o relativismo desenfreado de todas as coisas, muito utilizado, mas nem sempre bem aceito no aspecto psicológico dos autores de uma relação e o imperialismo do sentimento hedonístico.

Ao contrário do que pregam alguns doutrinadores, as famílias modernas não estão à mercê da existência de sentimentos puros e verdadeiros, denominados gentilmente de “afetos”, mas de um sentimento individualista de satisfação pessoal. Reiteradamente usa-se o argumento de extinção do afeto para o fim dos relacionamentos e das famílias quando, na realidade, houve uma frustração em relação ao que o outro poderia oferecer.

Pertinentes os ensinamentos de Leon Duguit no sentido de que o caráter individualista dos direitos deve ser substituído pela ideia de função social dos direitos. Defende com convicção, que o sistema individualista é precário, pois o direito subjetivo nada mais é, do que um poder de querer algo, de impor aos outros indivíduos sua vontade. Contudo, no instante em que todos exercem esse poder de querer ao mesmo tempo, é difícil saber qual vontade deve prevalecer, gerando inúmeros conflitos. Se há o entendimento de que os indivíduos exercem uma função social, não há mais um poder, mas sim um dever de exercício de sua individualidade física, intelectual e moral da maneira mais vantajosa para toda a sociedade, evitando assim vários conflitos sociais.<sup>99</sup>

---

<sup>99</sup> DUGUIT, Leon. **Las transformaciones del derecho**: público y privado. Buenos Aires: Heliasta, 1975. p. 175.

Não se está diante de um momento histórico de maior liberdade para amar, pois a presença deste sentimento independe de tempo e espaço. Desde a Antiguidade até os dias de hoje, nunca foi elemento legitimador de relacionamentos e famílias e, assim como antes, existem inúmeras famílias sustentadas por sentimentos diversos do amor, protegidas pelo ordenamento jurídico.

A ciência jurídica não está alheia aos fenômenos sociais, não está a negar a existência de afetos e sua importância nas relações familiares, mas não pode se prestar a conferir efeitos jurídicos a todos os vínculos afetivos, pois existem outros requisitos de natureza objetiva a serem preenchidos.

Para garantir a ética, a moral e a estabilidade social com o auxílio de seu ordenamento jurídico, o Estado não pode ceder à pressão do relativismo da pós-modernidade que cria incontáveis opções ao homem e resulta em perda de identidade, por não saber onde exatamente se encaixar, não saber no que acreditar ou que direção seguir. A capacidade de viver relativizando tudo, a todo instante, é demasiadamente danosa psicologicamente. Justificar todos os atos na esfera familiar com o afeto é balizar uma construção sólida como a família, em terreno arenoso.

#### 4.3.1 Função social da família

Pode-se entender a função social como um fim a ser buscado nos institutos jurídicos, para a correta operação e a perpetuação da sociedade. A família não pode ser vista sob a ótica do interesse individual, mas sob o espectro do interesse coletivo, para atender a necessidade de sociabilidade, imposta pela função ordenadora do direito. Observa-se a substituição do paradigma liberal-individualista para o social-personalista, que carece de consolidação.

É disciplinada no ordenamento jurídico na plenitude de sua função social. O Código Civil Brasileiro de 2002, fortemente influenciado pela Constituição Federal de 1988, garantiu equidade no desempenho dos direitos dos pais e trouxe para dentro das famílias ideias de socialidade, eticidade, fraternidade e solidariedade, para auxiliar no resgate de valores morais, assistência e respeito mútuos.

Mas a posituação legal não garante a sua reta existência. Indispensável a presença da racionalidade e razoabilidade no desempenho dos direitos e deveres familiares. Os direitos provenientes da sua formação não devem ser operados de

forma egoísta, pois imperioso que auxiliem no desenvolvimento de cada integrante, evitando assim, o abuso de direito.

O exercício dos direitos deve observar sua função social para garantir a funcionalização daqueles subjetivos e real efetividade e concretização dos fundamentais.

Somando-se àqueles, existem muitos deveres no Direito de Família que devem ser cumpridos com responsabilidade social, para preservar seu caráter distributivo. Seus efeitos serão propagados por toda sociedade, não ficando restritos apenas a quem foi beneficiado com o desempenho responsável.

A família é considerada base da sociedade, pois é responsável pela doutrinação dos primeiros conceitos morais e formação do caráter de seus novos membros. É incumbência dos pais apresentarem aos seus filhos o norte a seguir e os limites a serem respeitados durante todo o seu desenvolvimento.

Por mais que a manifestação germinal da razão infantil seja a da observância irreflexa dos primeiros princípios – designadamente, o da não contradição (J. Huby) -, a indispensável experiência das crianças para os hábitos de inteligência e da sindérese é, sobretudo, orientada pelo testemunho e exemplo dos adultos, nomeadamente de seus pais.<sup>100</sup>

Deve haver por parte dos responsáveis, uma formação moral sólida, incentivo ao estudo, profissionalização e realização de projetos sociais e ambientais, pois isto contribui para o crescimento pessoal e para a satisfação interior. Deste modo, todos exerceriam suas obrigações de forma mais consciente em um tempo de tantas incertezas.

A família vai muito além de um ambiente para consecução de sentimentos hedonistas. É uma importante estrutura que deve ser operada com responsabilidade social, sem uma limitação fixa, já que as necessidades sociais são ditadas pela evolução humana.

A responsabilidade social transcende o conceito de postura legal, de alguém que cumpre corretamente os dispositivos legais, transcende o conceito de filantropia ou apoio à comunidade. É a consciência do importante papel na formação da personalidade e do caráter dos futuros cidadãos.

---

<sup>100</sup> DIP, Ricardo Henry Marques. **Prudência notarial**. São Paulo: Quinta Editorial, 2012. p. 114.

A presença de laços de afetividade, por si só, não isenta os pais do cumprimento de deveres essenciais. A flexibilidade dos comandos, em prol da democracia familiar e cumprimento do princípio da igualdade, nem sempre é salutar e induz à inversão de valores e ruptura da estrutura psíquica familiar.

A família é um corpo social especial, dotado de estrutura psicológica, que o individualiza dos demais. Não é simplesmente um grupo de pessoas unidas pelo afeto. Existem responsabilidades e uma função social a ser cumprida, de incorporação de valores sociais. É o local de intermediação entre a pessoa e a sociedade, responsável pela socialização do indivíduo.

Ao contrário do que muitos sustentam, o desempenho da função social não está restrito apenas ao reconhecimento das incontáveis espécies de famílias plurais, da liberdade e da autonomia da vontade dos integrantes. O seu ambiente é feito muito mais de deveres e responsabilidades do que efetivamente de direitos irrefutáveis para a consolidação da plenitude da condição humana.

#### **4.4 Natureza do afeto**

Atualmente, estão em pauta em diversas sociedades e no mundo jurídico, a menção, a justificação de comportamentos humanos e a fundamentação de decisões judiciais embasadas no afeto, funcionando estas últimas como um salvo conduto para atuações anteriormente consideradas ilegais ou apenas imorais. Transformou-se no desejado coringa do jogo de cartas para o Poder Judiciário.

Não há dúvida de que a afetividade faz parte da personalidade e determina a vontade e a conduta humana. Mas, como valorar juridicamente o afeto, se sua identificação é deveras embaraçosa para o próprio sujeito atingido pelo sentimento?

O Direito deve se ocupar com o resultado final da conduta humana e não se dispersar, buscando compreender quais sentimentos influenciaram o sujeito a praticar determinado ato, já que toda ação ou omissão está eivada de carga emocional.

Nas uniões de vidas, o afeto, compreendido isoladamente, não tem o condão de criar, modificar, extinguir ou transmitir direitos, o que se verifica apenas com a realização de uma conduta humana juridicamente relevante.

Muitos doutrinadores, especialmente aqueles que integram a corrente “progressista”, afirmam catedraticamente, ser a afetividade um dos princípios

basilares do Direito de Família, e esta ideia tem sido repetida sistematicamente na seara jurídica, sem que haja uma análise sobre sua real natureza principiológica.

Observa-se no meio jurídico uma “euforia dos princípios” nominando-os de valores intrínsecos à natureza humana, como os sentimentos. Verifica-se uma confusão entre as áreas do conhecimento humano. O Direito, por sua natureza, é racional e objetivo e, em regra, não atribui valor jurídico aos sentimentos humanos, salvo no Direito Penal.

Mesmo para preencher as lacunas do Direito positivo, só em último recurso deveremos fazer apelo a princípios derivados da legalidade da essência. Sobre essa legalidade ontológica têm primazia os princípios éticos e de oportunidade pelos quais se rege o Direito positivo de cada época.<sup>101</sup>

Princípio é o início, a base do sistema e o fundamento para a confecção de outras normas. São proposições descritivas que enunciam valores fundamentais para o ordenamento jurídico e sua função interpretativa, integrativa e norteadora do sistema jurídico, garantindo a unidade da construção legislativa.

Podem ser implícitos ou explícitos, positivados ou não. Estas características não interferem em sua eficácia. São diretrizes que apontam a tendência a ser seguida pelo legislador para manter a coesão e coerência da legislação e, também, adequar o sistema às necessidades sociais.

Em um tempo de pós-positivismo, muitos princípios passaram a integrar a Constituição Federal de 1988, afirmando sua hegemonia axiológica. Estão dispostos pelos artigos constitucionais e permeiam todo o ordenamento jurídico. A previsão da dignidade da pessoa humana traduz o pensamento pós-moderno de centralidade do homem, de repersonalização do direito privado, mas não abre caminho para a criação de incontáveis princípios e subprincípios, de acordo com convicções pessoais de operadores do direito e doutrinadores.

Respeitadas as opiniões de renomados juristas, não há fundamentos jurídicos sólidos para sustentar a existência do princípio da afetividade em nossa legislação, pois se trata de um conjunto de sentimentos emoções e paixões, inerentes a psique humana. Não deve ser considerada um vetor jurídico, ainda que assim definido em

---

<sup>101</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p.153-154.

diversas decisões dos Tribunais Superiores. Apenas deve ser compreendida como valor humano, não restando cabível sua utilização como um regulador do Direito.

Os princípios éticos-jurídicos são deduzidos da evolução histórica de um povo e do desenvolvimento do Direito. Não têm sua existência fixada apenas pela ideia jurídica geral. “Os princípios jurídicos não têm o caráter de regras concebidas de forma muito geral, às quais se pudessem subsumir situações de facto, igualmente de índole muito geral. Carecem antes, sem exceção, de ser concretizados.”<sup>102</sup>

Inegável a sua força normativa, em especial os constitucionais, mas não se reconhece a concretização em vários níveis, como ensina Karl Larenz,<sup>103</sup> de um princípio nominado de afetividade, vetor da conduta humana. A dignidade da pessoa humana fundamenta a existência de outros como o a solidariedade e a igualdade, que garantem os direitos fundamentais do homem, não deixando em desamparo as relações familiares.

A natureza jurídica do afeto é avaliada nas diversas ramificações do Direito de Família e é muito discutida nas relações de parentalidade. Segundo os ensinamentos da doutrinadora Rosa Maria de Andrade Nery:

A afetividade é conceito legal indeterminado e, como tal, necessita de interpretação integrativa do juiz, de modo a completar o sentido da norma no caso concreto e, por conseguinte, criar laço de parentesco por outra origem.<sup>104</sup>

Diante de um conceito legal indeterminado, caberá ao magistrado concretizar e individualizar o conteúdo da norma a ser aplicada realizando a subsunção.

“Na apreciação do caso concreto, o juiz não tem apenas de generalizar o caso; tem também de individualizar até certo ponto o critério; e precisamente por isso, a sua atividade não se esgota na subsunção”.<sup>105</sup>

Em que pesem as avalizadas correntes sobre a natureza jurídica do afeto, ainda está distante uma uniformidade de opiniões dos operadores do direito e

---

<sup>102</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p.674.

<sup>103</sup> *Ibidem*, p.676-677.

<sup>104</sup> NERY, Rosa Maria de Andrade. **Instituições de direito civil: família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 5. p. 136.

<sup>105</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p.150.



doutrinadores, resultando em uma insegurança jurídica, produto de decisões díspares sobre casos concretos semelhantes.

O pensamento pós-moderno reconheceu a complexidade do homem e seu conteúdo de razão e emoção, consolidando a importância da afetividade em sua conduta. Mas, o Direito deve limitar sua utilização jurídica para manter a própria natureza de ciência que estuda os fenômenos sociais do mundo objetivo.

Admitir a existência do princípio da afetividade deduzido do desgastado supra princípio da dignidade da pessoa humana, ou considerá-la um conceito legal indeterminado, seria ampliar demasiadamente o poder discricionário dos juízes nos julgamentos de processos envolvendo questões familiares. “Quanto mais complexos são os aspectos peculiares do caso a decidir, tanto mais difícil e mais livre se torna a actividade do juiz, tanto mais se afasta da aparência da mera subsunção.”<sup>106</sup> “Também o jurista não pode pôr e dispor livremente dos seus conceitos; tem de esforçar-se por compreender a estrutura ôntica do real cuja compreensão jurídica lhe incumbe.”<sup>107</sup>

Cumprе salientar, que a aceitação pela comunidade jurídica do princípio implícito da afetividade ainda serviria de autorização para que os tabeliães de notas lavrassem escrituras públicas conferindo direitos de família a grupos de pessoas não previstos em lei. Nestes casos, o embasamento legal seria uma norma eivada de indeterminação fundamental.

Alinhando com o exposto, importante ressaltar que, não é necessário o reconhecimento de um princípio para reger as relações humanas e, especialmente, as familiares, que já são regidas por sentimentos espontâneos.

A existência jurídica do princípio da afetividade não determinaria a existência de afeto, não auxiliaria na solução de conflitos jurídicos no âmbito das famílias, e não garantiria estrutura psíquica equilibrada e saudável para as relações familiares. Apenas serviria de justificativa para o relativismo hermenêutico, releitura de princípios consolidados, como o da monogamia, da responsabilidade social, da solidariedade e acarretaria em um enfraquecimento de conceitos jurídicos fundamentais.

Autorizaria o reconhecimento de inúmeras versões familiares, constituídas e desconstituídas na velocidade do sentimento humano e da satisfação pessoal,

---

<sup>106</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 150.

<sup>107</sup> *Ibidem*, p.152.

fomentando a irresponsabilidade familiar, na medida em que cada integrante está buscando apenas a felicidade em sua versão mais individualista, sob o risco de causar danos psicológicos irreversíveis ao outro e à prole.

Neste diapasão, imprescindível haver uma separação das competências das áreas de conhecimento humano. Cabe à Psicologia a análise e valoração dos sentimentos humanos, e ao Direito adotar uma posição objetiva frente ao caso concreto.

Não é aceitável que a interpretação da dignidade da pessoa humana se projete para a infinitude, autorizando a dedução de incontáveis princípios, sem a limitação da verdade objetiva a ser eternamente buscada pela humanidade. É assegurada sempre que respeitada a liberdade de agir do indivíduo, dentro dos padrões legais. Apenas a conduta humana é capaz de produzir efeitos jurídicos.

A atividade interpretativa do afeto é limitada no momento em que é definido seu conceito e seu campo de atuação e impede a interpretação sem limites, inerente aos sofistas. E, neste sentido, não deve a afetividade ser considerada um princípio, subprincípio ou fonte de direito, como fez o Estatuto das Famílias (PLS 470/2013).

#### **4.5 Direito e afeto**

A era contemporânea carrega a responsabilidade de aceitação de um processo de conhecimento complexo, respeitadas as multiplicidades do indivíduo e sua diversidade, constituída por partes díspares, unidas de forma permanente pela realidade.

A teoria fenomenológica do Direito traz à baila questionamentos sobre a origem dos fatos juridicamente relevantes. Se produto do processo de transformação intelectual do acontecimento natural, avaliado sob o enfoque de critérios jurídicos, ou se já se originam como ação humana diferenciada e conformada.

Mas será verdade que os diversos modos em que se nos apresentam as coisas da natureza inanimada, a vida orgânica, as sensações e vivências anímicas, as obras do espírito ou o comportamento significativo de uma pessoa, assentam apenas numa diferente maneira de conceber do observador?<sup>108</sup>

---

<sup>108</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p.151.

A inquietação presente na sociedade atual deriva dos fenômenos sociais espontâneos, ambíguos, contraditórios, desordenados, eivados de incertezas, que o conhecimento precisa ordenar e rechaçar as perplexidades, sob o risco de rejeitar outros aspectos do complexo.<sup>109</sup>

A complexidade da Pós-Modernidade está intrinsecamente ligada à ideia de incapacidade de obtenção de ordem absoluta e de consenso. As incertezas são apenas reduzidas, mas não extintas da realidade, e as contradições nem sempre poderão ser explicadas pela lógica. A dubiedade é introduzida em nossa existência pelo pensamento complexo, que reconhece a multiplicidade de formas que o objeto pode assumir em determinado lugar e momento. “O neokantismo considera a realidade como produto de um processo de transformação, cujas condições fundamentais estão inscritas *na estrutura do nosso pensamento*”.<sup>110</sup>

Mas, o Direito como ciência deve se ocupar das novas formas de manifestações humanas nascidas espontaneamente e o ordenamento jurídico necessita se atualizar para cumprir o mister de preencher lacunas, solucionar conflitos, evitar antinomias e paradoxos. Para isto, é imprescindível a imposição de deveres, previsão de responsabilidades e fixação de limites de atuação para os indivíduos e para o próprio Estado.

Há um movimento em curso para estabelecer o afeto como elemento predominantemente jurídico, no momento em que é entendido como elo entre integrantes de entidade familiar. Contudo, o Direito positivado tem como função o acolhimento de conceitos jurídicos lastreados no suporte fático, entendidos em uma relação com pessoas de uma sociedade em determinada época.

O afeto, considerado um ente ideal, e descortinada sua estrutura ôntica pelo seu próprio sentido, não tem como função precípua produzir efeitos na esfera jurídica, o que não autoriza o Direito positivo ignorar sua existência.

Deve ser considerado um componente da *affectio familiae*, e não um fator determinante para a origem da família na seara jurídica. Não pode haver uma justificativa psicológica para subjugar a construção legislativa apoiada em pilares como valores morais, éticos, tradições e costumes, que determinam a identidade da sociedade.

---

<sup>109</sup> MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Porto Alegre: Sulina, 2005. p. 13.

<sup>110</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p.151.

O trajeto das disposições legislativas é marcado pelo processo da *dinamogenesis*, onde o Estado, por seus representantes, avalia se os anseios sociais são condizentes com a realidade fática e cultural, para a criação de uma nova norma jurídica (fato-valor-norma). Por isto, tão necessário entender se a sociedade brasileira dos dias presentes está preparada para reconhecer como entidade familiar todo tipo de agrupamento humano, como as uniões poliafetivas, ou se está havendo um modismo social passageiro.

O Direito positivo é dotado de discricionariedade no momento do acolhimento dos conceitos científicos, podendo divergir sobre o conteúdo jurídico de cada ente. Referida discricionariedade garante a vigência do sistema legislativo, vinculando aqueles que pertencem ao seu âmbito histórico-temporal.

O Direito de Família é constantemente reavaliado em compasso com o sentimento axiológico da sociedade sobre um conjunto de valores recentemente aceitos. A alma do ordenamento jurídico é a proteção dos valores que a sociedade entende como essenciais para a garantia dos direitos humanos.

O ter o Direito a estrutura temporal da historicidade significa que ele não se limita a surgir e desaparecer no tempo (histórico), porque também participa na corrente da História, isto é, pode sofrer modificações determinadas pela situação histórica e pelos homens em relação aos quais vigora.<sup>111</sup>

Afirmam Vladimir Oliveira da Silveira e Maria Mendez Rocasolano, que deve haver uma correspondência entre os valores aceitos pela sociedade e as regras e princípios dispostos na seara jurídica, sob o risco de ser considerado obsoleto o ordenamento jurídico. Por outro lado, se o ordenamento jurídico abarcar valores não aceitos socialmente, servirá de instrumento para a desfiguração de institutos jurídicos consolidados e para o surgimento de litígios.<sup>112</sup>

Os doutrinadores “progressistas” defendem a total liberdade para a formação das mais variadas formas de famílias plurais, necessárias para a satisfação do ser humano e para garantir a dignidade humana, entendida por eles como um princípio acima de qualquer instituição estatal, como afirma Gustavo Tepedino:

---

<sup>111</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p.157.

<sup>112</sup> SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos humanos: conceitos, significados e funções**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 38.

O constituinte de 1988, todavia, além dos dispositivos acima enunciados, consagrou, no art. 1º, III, entre os princípios fundamentais da República, que antecedem todo o Texto Maior, a dignidade da pessoa humana, impedindo assim que se pudesse admitir a superposição de qualquer estrutura institucional à tutela de seus integrantes, mesmo em se tratando de instituições com status constitucional, como é o caso da empresa, da propriedade e da família.<sup>113</sup>

Buscar justificação de toda e qualquer conduta pautada pela autonomia irrestrita da vontade e total liberdade individual, na dignidade da pessoa humana e, por consequência, no afeto é uma atitude temerosa, já que pode se tornar ponto de partida para todo e qualquer tipo de construção jurídica contemporânea visando a valorização da individualidade e a busca da felicidade.

O Direito, na medida em que vigora, é dentro do seu âmbito de vigência uma parte da realidade social objectiva – quer dizer, uma parte da realidade social que se contrapõe, como norma, à vontade individual.<sup>114</sup>

A fundamentação de decisões, embasada em direitos humanos ou na afetividade de forma vaga é insuficiente, sem a realização de uma adequação da norma-tipo com o caso concreto - norma-fato - observando a malha jurídica tecida e respeitando a evolução histórica da sociedade e sua identidade formada a partir de tradições e costumes.

O Direito é uma ciência pautada pela racionalidade, devendo manter-se apartada de sentimentos voláteis para garantir a estabilidade e a segurança jurídica indispensável para sua existência. Mesmo diante da constatação de que a ciência jurídica tem como objeto o homem, e que os sentimentos configuram parte essencial do ser humano, deve haver a necessária separação entre sentimento e Direito.

Não cabe à ciência jurídica ou aos seus aplicadores, adentrar a esfera psíquica do homem para valorar seus sentimentos. Deve-se considerar apenas o homem como um ser racional que pratica atos voluntários. O Direito Civil deve enxergar o sentimento pelo filtro da voluntariedade. Deve avaliar apenas a ação ou omissão voluntária, o comportamento humano, se furtando de investigar as reações físicas e psíquicas que determinaram o ato.

---

<sup>113</sup> TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15079-15080-1-PB.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

<sup>114</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p.157.

Fazendo um comparativo com a teoria de Freud de existência de vida anímica, onde necessariamente existem dois aspectos: a existência, na natureza humana, de uma força cujo trâmite constitui uma exigência necessária, e a imposição de limites a essa força, que diferencia em energia livre e ligada,<sup>115</sup> o Direito deve reconhecer a existência da afetividade e sua influência na determinação da conduta humana. Mas, deve impor limites para a adequação da conduta à realidade vigente.

O ordenamento jurídico teria uma função parecida com o ego, componente da tríade do modelo psíquico responsável por impedir que conteúdos inconscientes atravessassem para o campo da consciência, acionando mecanismos de defesa para proteção da personalidade. O sistema legislativo, para garantir a defesa da personalidade e da dignidade humana, não deve permitir a conduta humana eivada de ilegalidade ou imoralidade, ainda que justificada pela afetividade.

A legislação brasileira não dispõe expressamente sobre o afeto. Não obriga sua existência em relações conjugais ou de filiação. Somente condena a ação ou a omissão como a falta de assistência moral ou material, mas não a falta de afeto. A rejeição da natureza jurídica da afetividade é necessária para objetivar a atuação do Direito, zelando pela impessoalidade da norma. Não há como aplicar uma regra eivada de carga emocional a todos os casos concretos indistintamente, sob o risco de cometimento de injustiças.

Não se trata da negação da existência da afetividade, que está onipresente nas relações familiares. O que se defende é uma postura objetiva do legislador para que não desvirtue a natureza racional do Direito. O seu aplicador poderá se valer de princípios, como o da proporcionalidade, para fazer a subsunção evitando, desta forma, a transformação de vínculos afetivos em jurídicos.

Não cabe ao Direito a função precípua do estudo da afetividade, pois não se ocupa do ser, mas do dever-ser. Restam à Psicanálise e à Psicologia a fixação de seu conceito e, para o aprimoramento da teoria contemporânea do conhecimento complexo, há uma interdisciplinaridade entre as ciências para maior eficiência de seus instrumentos. Admite-se que há o trânsito de alguns conceitos, como da afetividade, entre as ciências, para clarificar e auxiliar a resolução de questões controvertidas, principalmente na seara jurídica.

---

<sup>115</sup> PLASTINO, Carlos Alberto. **O primado da afetividade**: a crítica freudiana ao paradigma moderno. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001. p.109.

Verifica-se atualmente a construção do “princípio da afetividade” depreendido do supra princípio da dignidade humana, para legalizar e justificar as mais variadas condutas, em especial no Direito de Família, formatando um modelo de Estado menos intervencionista nas relações pessoais, com um afrouxamento das regras para o reconhecimento de todo e qualquer tipo de relacionamento como entidade familiar e proteção dos direitos a ela inerente.

Entretanto, é necessário evitar um retrocesso ao modelo de Estado Liberal, em que a omissão ocasione o aumento de conflitos pessoais e jurídicos. Enaltecer o individualismo exacerbado seria dar um passo no sentido oposto do processo de afirmação dos direitos humanos basilares e fundamentais, para a manutenção da moral social constitucionalizada.

Neste trilhar, o aplicador do direito deve avaliar se no fato concreto está presente a voluntariedade, observado o Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, se estão presentes os requisitos legais e se não há laceração da ordem jurídica para conferir *status* familiar a um relacionamento.

Não se pode relativizar a ordem jurídica instituída sob a afirmação de que o fim buscado pelo ser humano é a felicidade, alcançada com a garantia da dignidade humana, assegurada com o respeito à liberdade de escolha e autonomia total da vontade, autorizando a prática de atos inaceitáveis pela sociedade e pelo ordenamento jurídico vigente.

Dessa maneira, se nada limita, segundo a natureza, o exercício da liberdade humana, o direito é apenas fruto da autodeterminação dos homens – de fato, da vontade performativa dos que detêm o poder -, e injusto, nessa óptica, é todo impedimento a que os indivíduos satisfaçam suas pulsões.<sup>116</sup>

Necessários limites legislativos de natureza prático-racional, afastando-se da doutrina voluntarista do positivismo pós-moderno. As pulsões individuais não podem ser premissas para a produção legislativa, pois estaria excluído o fim precípua do Direito de preservação da unidade e bem-estar do corpo social.

---

<sup>116</sup> DIP, Ricardo Henry Marques. **Prudência notarial**. São Paulo: Quinta Editorial, 2012. p.35.

## **5 REENGENHARIA JURÍDICO SOCIAL: UMA SILENCIOSA REVOLUÇÃO EM CURSO**

### **5.1 Contextualização histórica das origens dos Direitos Humanos na órbita internacional**

Em tempos pós-modernos assiste-se a consagração do ser humano como ponto central, de onde irradiam as disposições presentes no ordenamento jurídico. A política mundial de valorização dos direitos humanos e a consagração da sua dignidade como supra princípio, espalhou-se pela grande maioria dos países ocidentais, revisitando os ideais anciãos e, ao mesmo tempo contemporâneos, de liberdade, igualdade e fraternidade, lemas da Revolução Francesa.

Assim como os ideais franceses permaneceram vivos durante toda a evolução histórica dos povos, a sangrenta luta em busca de uma sociedade livre, justa, igualitária e fraterna parece não ter fim.

A cada passo evolutivo, galgado pelo homem em sua história, verifica-se uma transformação da ideia de liberdade, igualdade e fraternidade. Não existe uma definição perene e universal para estes conceitos, que devem ser entendidos dentro de determinado momento histórico.

Sob a égide das monarquias absolutistas, tanto a nobreza latifundiária como as pessoas menos abastadas, aspiravam a um Estado menos intervencionista, com a diminuição das tiranias do poder soberano. Queriam ver respeitados direitos civis e políticos como a liberdade, propriedade privada, integridade física e a sua própria vida. De viés individualista, eram denominadas liberdades públicas e considerados pelos estudiosos como direitos de primeira dimensão. Era a proteção da pessoa contra as ingerências do Estado.

Estava latente a necessidade de um novo modelo de sociedade e, assim, despontava o início de novos tempos com a passagem da Idade Média para a Idade Moderna. Assistia-se o questionamento dos dogmas religiosos e a ruptura do Estado com a Igreja Católica. Ganhava força o movimento racionalista defensor do pensamento racional, como forma de emancipação do ser humano.

Após a falência das monarquias absolutas, entre os séculos XVII e XX, surgiu o Estado Liberal, pouco atuante, com poderes limitados por instrumentos legais.



Estava em curso um liberalismo econômico desenfreado, em contraposição ao absolutismo estatal que dominara anteriormente.

Em um primeiro instante, este modelo foi essencial para o desenvolvimento da economia e das sociedades. Mas, em um longo prazo, o liberalismo sem limites tornou-se insatisfatório para as novas gerações necessitadas de regramento estatal para conter os excessos cometidos pelos integrantes das relações jurídicas e sociais. Este modelo de Estado omissivo foi insuficiente para conter os inúmeros conflitos sociais oriundos de relações marcadas pela desigualdade e desequilíbrio jurídico.

Neste novo panorama, o Estado é instado a agir para garantir os direitos sociais, tendo como fundamento a igualdade, o segundo ideal da Revolução Francesa. A partir da segunda metade do século XX tem origem o Estado Democrático e Social de Direito, que se posiciona de forma ativa para garantir plenas condições de acesso a direitos essenciais como saúde, educação, trabalho e assistência social. Há um avanço observado entre a conquista dos direitos abstratos de primeira dimensão, para a garantia dos direitos concretos.

O racionalismo, detentor de todas as respostas, segundo sua própria visão, não foi capaz de prever ou impedir as mazelas humanas, como as guerras mundiais e o holocausto, restando clara a necessidade de valorização da fraternidade, terceiro ideal da Revolução Francesa. Nessa dimensão, enfatizam-se os direitos de solidariedade e a importância dos direitos difusos.

A ideia de solidarismo transcende o conceito de coletividade e os limites dos territórios dos Estados soberanos, pois está intimamente ligada à noção de cosmopolitismo, de sustentabilidade das comunidades internacionais, independentemente de fronteiras físicas, políticas ou ideológicas.

Os direitos transindividuais redesenharam os contornos do ser humano, agora entendido não como um ser fechado em si próprio, mas como parte integrante de um grande sistema - a sociedade - que necessita funcionar de forma responsável, para garantir a cada integrante sua dignidade e felicidade.

## **5.2 Constitucionalização dos Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro**

Após o final da Segunda Guerra Mundial, palco de atrocidades, tem início a reconstrução dos direitos humanos, a partir do conceito de dignidade humana. Há um movimento para a substituição do falido sistema liberal e individualista, para o social e personalista. Importantes órgãos são criados para a defesa dos direitos humanos, como a Organização das Nações Unidas (ONU), e confeccionadas inúmeras normas jurídicas internacionais aplicáveis a todos os países membros.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 foi um importante marco da nova realidade dos países devastados pela guerra, e ávidos pela concreção dos direitos garantidores da dignidade humana.

Neste contexto social, inspirada pela Constituição Alemã de Weimar e pela Constituição Mexicana, é promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, fiel ao espírito liberal, igualitário e fraternal propagado nas Constituições que lhe serviram de modelo.

Encampou os direitos de primeira, segunda, terceira e até quarta dimensão, estes últimos representados pela institucionalização do regime político democrático e pelo pluralismo, frutos da evolução dos direitos humanos das dimensões anteriores e imprescindíveis para a efetivação dos direitos fundamentais do cidadão brasileiro.

Entretanto, há um sentimento de perplexidade diante da comparação entre a extensa lista de direitos fundamentais da Constituição Cidadã de 1988 e a realidade da brasileira, carente de realização de direitos primários, indispensáveis para a sobrevivência humana. Para exemplificar: o direito de liberdade é restringido com a falta de segurança, que aprisiona as pessoas em suas próprias casas. O direito de igualdade desaparece, com a dificuldade de acesso aos direitos civis, fundamentais e à justiça, principalmente às classes mais desfavorecidas. E a fraternidade é afrontada com as corriqueiras situações de explorações nas relações de trabalho e nos incontáveis casos de corrupção em setores públicos e privados.

Não há efetivação dos direitos básicos para o exercício da cidadania plena. A teoria não condiz com a realidade vivida, o que resulta na ineficácia, não apenas dos direitos humanos, mas de todos aqueles deles decorrentes.

O Brasil não tem um problema de legalidade, mas de legitimidade de seus institutos, ineficazes por deficiência das políticas públicas. E, ainda, pelo desempenho viciado de cada cidadão arraigado ao modelo de exploração aplicado em suas origens, seja por Portugal ou pela Monarquia imperial.

Deve-se, portanto, considerar a historicidade da construção da cidadania, o que importa em verificar na história do direito brasileiro a construção recente da maior parte dos institutos de direito considerados democráticos (direitos trabalhistas, participação sindical, voto feminino, garantias constitucionais, direitos fundamentais da pessoa humana, lei protetiva de direitos autorais, liberdade de imprensa etc.), como um fator fundamental na arquitetura do estado de coisas quando se trata de discutir o grau de eficácia/ ineficácia do ordenamento jurídico brasileiro.<sup>117</sup>

As experiências estrangeiras devem sempre ser observadas para a definição dos caminhos a seguir pelas sociedades e, principalmente, para a instituição de uma nova ordem constitucional. Contudo, há que se considerar a historicidade de cada povo e sua cultura, que não é apenas uma totalidade de padrões manifestados por cada civilização em um determinado momento histórico, ela também é um conjunto de direitos que devem ser entendidos, exercidos e respeitados por todos.

Existe uma forte tendência de importação de conceitos, institutos jurídicos e direitos humanos para atender aos apelos da globalização, do multiculturalismo e da fluidez da pós-modernidade. Entretanto, para que as regras nacionalizadas tenham eficácia jurídica em nosso país, é substancial a observância da cultura brasileira dinâmica e adaptativa, mas, sobretudo, cumulativa.

Em cada país e em cada momento da História foi necessária a garantia de determinados direitos humanos pelo Estado, para assegurar a vida digna de seus cidadãos. O caráter dinâmico das circunstâncias sociais determina a constante ampliação destes direitos, de forma específica, abandonando modelos universais.

Todavia, mudanças legislativas demandam tempo para a consolidação do fato e sua inequívoca aceitação social. Neste cenário, doutrinadores se valem do fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, que resultou em uma aproximação do Direito Público e Privado, para realizarem a especificação de princípios jurídicos a partir da dignidade da pessoa humana.

Com os novos princípios deduzidos e presumidos de normas constitucionais, promovem uma releitura de direitos civis para abarcar todo tipo de pluralidade familiar, justificando a interpretação e o construcionismo principiológico, na garantia de direitos constitucionais fundamentais.

A contextualização constitucional de direitos humanos foi um avanço para a sociedade brasileira, mas imprescindível sua concretização, que não pode ser

---

<sup>117</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 217-218.

realizada por meio da criação e manipulação linguística de princípios dotados de insegura amplitude semântica, e transformados em norte axiológico para todo o ordenamento jurídico.

### **5.3 Trajetória do feminismo para a concreção de direitos fundamentais e a ideologia de gênero como legado**

A figura feminina, durante muito tempo, foi mantida à sombra do homem, depreciada, excluída e violentada, especialmente pela imposição de incapacidade jurídica e política. Foram anos de protestos para garantia de direitos fundamentais e demasiado esforço para descontaminar a mente da sociedade, dos preconceitos impostos pelo sistema patriarcalista ocidental.

Os movimentos sociais, políticos, filosóficos e ideológicos de reivindicações por direitos equânimes entre homens e mulheres, ficaram conhecidos como feministas.

No início do século XX, o movimento feminista pleiteou igualdade política entre os dois sexos (conhecido como sufragista), exigindo o direito ao voto e, posteriormente, reivindicou igualdade na esfera civil, principalmente o fim da incapacidade das mulheres.

Com o advento da pílula anticoncepcional no ano de 1960, é iniciada uma revolução sexual comandada pelo movimento feminista, defensor da emancipação da mulher da função reprodutiva, do aborto e da igualdade de direitos sexuais entre ambos os sexos.

Sob a égide da pós-modernidade fluída e relativizada, o movimento feminista, nominado de radical, busca, não apenas, a igualdade de direitos entre os sexos, mas a eliminação de qualquer diferenciação entre homens e mulheres, negando a existência da natureza humana. Defendem a construção social do gênero, desconsiderando o sexo biológico para a formação da nova identidade, precária e instável.

Numa espécie de sincretismo de todos os antecedentes, no começo dos anos 70 do século passado, nasce nos EUA uma nova corrente do feminismo que supera o primeiro – o da igualdade com os homens -, o chamado “feminismo de gênero.”<sup>118</sup>

---

<sup>118</sup> SCALA, Jorge. **Ideologia de Gênero**. São Paulo: Katechesis, 2015. p. 22-23.

A partir de uma iniciativa legítima para o fim da opressão e o reconhecimento de direitos políticos, civis e trabalhistas das mulheres, grupos isolados se apoderaram do termo feminismo para consecução de ideologias díspares, desconectadas da realidade da sociedade, utópicas. Se autodenominaram movimentos feministas liberais, radicais, conservadores, marxistas, ecofeminismo, anarcafeminismo, entre muitos outros, que tratam de questões que vão muito além da defesa e do seu empoderamento.

O primado do movimento feminista se concentrou na equiparação de direitos entre homens e mulheres para a garantia de uma vida digna, livre de submissões, preconceitos, retaliações e injustiças. A intenção precípua do feminismo sempre foi a garantia e a efetividade de direitos fundamentais para a determinação e respeito da mulher na família e na sociedade.

Não se reconhece no feminismo originário a intenção subversiva de desconstrução da família, como arcabouço de valores éticos e morais e do próprio ser humano racional e conhecedor de si. Grupos de minorias se proclamam feministas para a perseguição de todo tipo de fim.

#### **5.4 Desintegração de direitos fundamentais da família com a propagação da ideologia de gênero**

Até muito pouco tempo atrás, não se ouvia falar com frequência o termo gênero, que sempre foi entendido como um grupo de seres e objetos com características iguais, composto por espécies ou classes. Em dias pós-modernos, a expressão foi eleita para iniciar uma campanha de valorização da indefinição, de flexibilização dos conceitos, de relativização, de libertação do ser e introdução da poderosa ideologia de gênero.

É o termo de maior valia para a nova ideologia, inicialmente introduzido como sinônimo de sexo feminino e masculino. Mas, em estágio mais avançado, propagado como o sexo psicológico, construído socialmente de forma livre por qualquer pessoa. Outras expressões são introduzidas gradativamente no corpo social, como “afetividade”, “igualdade sexual”, “tipos de família”, “direito ao aborto”, “sexismo”, “sexualidade polimórfica”, “parentalidade”, para o convívio e posterior aceitação pela sociedade.

Em resumo, a ideologia de gênero propala a negação do sexo biológico e a construção de um sexo social, denominado gênero, como forma de romper as barreiras da desigualdade entre masculino e feminino, extirpando qualquer resquício da natureza humana e da sua biologia. O desenvolvimento da nova convicção afeta diretamente instituições consolidadas na sociedade e no Direito, como a familiar. “Entretanto, a mais devastadora consequência é a destruição da capacidade cognitiva em seus próprios fundamentos, pois a autoconcepção é a base mesma da percepção, que é a gramática mesma do conhecimento humano”.<sup>119</sup> Trabalha, principalmente, para manipular o ser humano desde sua infância, para assim, lhe retirar a capacidade de autoconhecimento e autodeterminação. “Como toda ideologia, não procura a verdade nem o bem dos outros, mas busca somente a conquista de suas vontades para utilizá-las com um fim espúrio”.<sup>120</sup>

É apresentada sutilmente para a sociedade, utilizando-se dos artifícios da linguagem, com a introdução de termos sensíveis e, principalmente, ambíguos que têm seu conteúdo alterado de forma sub-reptícia. Propaga-se pelo engano, pois após a familiarização da sociedade com o termo introduzido, é apresentado um novo significado que é aceito de forma mais natural. Deste modo, as ideias são alocadas estrategicamente na psique humana.

A ideologia de gênero se utiliza fartamente da manipulação da linguagem para impor uma nova forma mental na sociedade e sufocar qualquer tipo de crítica e oposição. A realidade a ser desconstruída pelo gênero é a de que existam um homem e uma mulher naturais.<sup>121</sup>

As frustrações da humanidade, surgidas na égide do racionalismo moderno, foram tomadas como justificativa para o início de um período de desconstruções lógicas e quebra de paradigmas, estruturadas pela razão humana para emancipação do homem de sua própria identidade e construção de um novo ser, fazendo-o acreditar que não é o que realmente é.

O feminismo radical descortinou um caminho a ser percorrido pela nova ideologia, que infiltrou mentes já infestadas de pensamentos transgressores da própria natureza humana.

---

<sup>119</sup> SCALA, Jorge. **Ideologia de Gênero**. São Paulo: Katechesis, 2015. p. 10.

<sup>120</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>121</sup> NERY, Felipe. **Gênero**: ferramenta de desconstrução da identidade. São Paulo: Katechesis, 2015. p. 14.

A ideologia de gênero ganha robustez por meio de outros movimentos, como o da pós-verdade, que propaga a inexistência de verdade absoluta e afirma, categoricamente, que toda verdade é uma construção social em cada lugar e em cada tempo.

Mas, como declarar a inexistência de verdade absoluta se esta afirmação, por si só, já seria uma verdade? Neste sentido, se tudo é construção e o meio social está em constante modificação, não seria possível o estabelecimento de padrões a serem seguidos e adoção de condutas pautadas na observância de costumes e tradições?

É o que parece dar-se, por algum aspecto, na hora atual, em que a cultura prevalecente muita vez não se ocupa já da verdade, que nega existir ou, ao menos, recusa ser capaz de reconhecer. Substitui-se essa verdade – cuja busca é sempre humanamente fadigosa – pela rendição a incessantes leituras e releituras díspares, pela só resenha histórica do *status quaestionis* e pela “desenfreada mania de novidades.”<sup>122</sup>

Algumas etapas foram percorridas para a preparação de solo fértil para semear a nova ideologia. A consolidação do individualismo exacerbado; o avanço do capitalismo; a difusão do consumismo; o incentivo à liberdade irrestrita; o engrandecimento da autonomia da vontade; a quebra de paradigmas morais; a valorização jurídica da afetividade e, por fim, a proteção de inventivos “direitos humanos”, deduzidos do inesgotável princípio da dignidade da pessoa humana. E, para a transposição destas etapas, os instrumentos de linguagem foram fiéis aliados para o início da revolução social.

O homem somente se lança ao conhecimento do mundo circundante após perceber-se a si mesmo, determinar-se de forma segura para, em seguida, entender como ocorre sua interação com os objetos e as pessoas. Enquanto não compreende sua natureza humana, suas origens, sua cultura, não está apto a adotar uma postura crítica em relação às coisas que o circundam.

Em tempos pós-modernos, nota-se a proliferação da postura crítica da sociedade diante de suas insatisfações. Há um clima de descontentamento generalizado na contemporaneidade que induz à reflexão.

---

<sup>122</sup> DIP, Ricardo Henry Marques. **A natureza e os limites das normas judiciárias do serviço extrajudicial**: Quartier Latin, 2013. p.12.

De alguma maneira, no entanto, essa reflexão não vai longe o suficiente para alcançar os complexos mecanismos que conectam nossos movimentos com seus resultados e os determinam, e menos ainda as condições que mantêm esses mecanismos em operação.<sup>123</sup>

O pensamento crítico pós-moderno demonstra uma esterilidade, que somada ao ceticismo oriundo das incertezas da condição humana, deixam questionamentos filosóficos clássicos sem respostas. Sob o ponto de vista da efetividade, a sociedade deixou realmente de se questionar e, partindo da premissa de que não existem verdades, apenas pontos de vista individualizados, isentou-se da responsabilidade de comprovar, justificar e validar suas posições.

Nesta perspectiva, as portas da sociedade e das políticas públicas se escancararam para quem quiser entrar. A conduta individualizada, preocupada com a liberdade irrestrita e a absoluta autonomia da vontade, avaliza todo tipo de projeto. A falta de engajamento social e o desinteresse pela investigação das causas sociais, aumenta a passividade dos cidadãos.

Não existe uma autonomia absoluta para a determinação do ser humano, como sustentam os defensores da ideologia de gênero. Imprescindível reconhecer a existência de uma identidade sexual biológica, feminina ou masculina, que em suas desigualdades físicas e antropológicas devem ser respeitadas e existe uma educação mais adequada à natureza humana.

Dizendo-o em poucas palavras, em sua auto compreensão, o sujeito tem duas possibilidades: entender que seu corpo é uma legítima expressão de sua identidade ou que este não a exprime adequadamente. Para os ideólogos do gênero a primeira opção é antinatural e a segunda o é efetivamente: ou seja, eu somente sou eu quando não sou eu e me faço diferente de mim mesmo.<sup>124</sup>

As diferenças entre os sexos devem ser entendidas como uma complementaridade natural, e não como uma afronta ao princípio da igualdade ou da dignidade humana. Para se pensar na perpetuação da espécie, é necessário que os seres humanos atuem, em sua maioria, de acordo com seu sexo biológico e, sob esse enfoque, a contemporânea ideologia estaria incentivando a diminuição do crescimento demográfico, resultando em uma ameaça de extinção da família e das sociedades.

---

<sup>123</sup> BAUMAM, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 31.

<sup>124</sup> SCALA, Jorge. **Ideologia de Gênero**. São Paulo: Katechesis, 2015. p. 10.



Em países como a Suécia, a identidade de gênero já se instalou definitivamente nas escolas, que não fazem qualquer diferenciação entre pessoas do sexo masculino e feminino. Criou-se um pronome neutro para se referir às pessoas. No Brasil, surpreendentemente, a ideologia de gênero teve sua entrada negada no ano de 2013 na legislação brasileira e no âmbito escolar.

Referida agenda pode encontrar resistência em pessoas que vivenciaram experiências, que tiveram contato com tradições, costumes, regras éticas e morais, donos de convicções, capazes de realizar um juízo de valor e adotar uma postura de questionamento. Mas em crianças, a nova ideologia poderia programar o ser humano sem qualquer entrave, imiscuindo a ideia de que pode se determinar da forma que desejar, e mudar quantas vezes entender necessário para sua felicidade.

Indiscutível que a cultura, entendida como um conjunto de manifestações que modificam o comportamento natural do ser humano, determinadas pela experiência e interpretação coerente que o indivíduo faz do cotidiano em determinado momento, pautada pelas suas convicções íntimas, e se valendo de um juízo de valor próprio, seria uma forte aliada para adotar-se uma posição de rejeição de ideais aniquiladores do ser humano, como ser racional e questionador.

Cada pessoa é única, com seus atributos da personalidade, mas não se pode negar características comuns a toda humanidade. Dentro do âmbito da diversidade humana, existem características determinadas pela natureza biológica e também pelo meio social.

O ser humano não é apenas um produto social. Existem as causas biológicas, o livre arbítrio e os fatores socioculturais, que não podem ser ignorados para sua determinação. Não pode ser construído à esmo, atuando arbitrariamente, influenciado por modismos ou invencionismos sociais e jurídicos.

Admite-se a existência de desencontros entre a condição biológica e a maneira como a pessoa se identifica, refutando qualquer patologização da transexualidade, da homossexualidade, do lesbianismo, do travestismo e outros. Nestes casos defende-se a existência de suporte e proteção legal. Não se ocupa a presente tese com questões de orientação sexual ou exceções de origem biológica ou psíquica.

O que está em pauta neste estudo, é a propagação da ideia de que não há uma conexão entre o fator biológico e a forma como cada um se apresenta perante a sociedade. Pode ocorrer este desencontro, excepcionalmente, mas não deve ser doutrinado como uma regra a ser seguida.

Existe uma obscura finalidade no desenvolvimento da ideologia de gênero que transcende a sexualidade ou orientação sexual, e está intimamente ligada à redução de resistências pelo engodo, pela criação de uma realidade artificial, com regras utopicamente pensadas, onde a ideologia se antecipa à própria realidade.

A substituição da cultura ocidental racional pela ditadura da vontade, anuncia a queda da última barreira, da capacidade de questionamento e lucidez do ser humano que, inebriado pela promessa de liberdade irrestrita e absoluta autonomia da vontade, permite ser guiado no compasso determinado pelo totalitarismo estatal, silenciosamente implantado.

Novamente, a família é alvejada por construcionismos sociais, ocultos, velados, que amparados pela tendência pós-moderna transgressora de modelos e dogmas, encontram fácil aceitação por indivíduos privados da capacidade de pensamento lógico-racional e esvaziados até da sindérese.

A instituição familiar recorrentemente encontra-se no centro de discussões, atacada em suas bases éticas e morais, pois ainda é vista como forte resistente à implantação de políticas de neocolonização e totalitarismo.

A ideologia de gênero encontra, nos defensores do princípio da afetividade, fortes aliados para a propagação do positivismo voluntarista, chancelando juridicamente crenças e atitudes proposicionais, de acordo com a vontade individualista de determinados grupos interessados no aniquilamento de ritos, formas, tradições e instituições. A ideologia vale-se do desarranjo imposto pelas técnicas de linguagem, para causar uma confusão terminológica e conceitual de regras e princípios.

Reconhecer como entidade familiar as inúmeras formas de uniões de vidas avalizadas e incentivadas pela ideologia de gênero, desobrigadas de responsabilidades provenientes do verdadeiro amor, distantes de quaisquer padrões e regras, enfraquecem o princípio basilar da solidariedade familiar, sustentado pela estrutura psico jurídica inerente à família.

Diante do cenário de falência dos fundamentos da civilização, em especial da família, profissionais, como magistrados e notários, conselheiros, dotados de fé-pública, tem o dever de zelar pelas instituições, principalmente a familiar, orientando, esclarecendo e descortinando as ideologias que enfraquecem o ser humano em sua esfera individual e social. A busca pela verdade e por um fundamento absoluto para a ética e para o Direito, nunca deve parar.

## 6 O PAPEL DO TABELIÃO DE NOTAS E DOS MAGISTRADOS NAS ATUAIS FORMATAÇÕES FAMILIARES

### 6.1 Breve relato sobre a atividade notarial

Não há uma data precisa para o surgimento da atividade notarial que está diretamente ligada à organização dos homens em sociedade, e à realização de pactos e negócios indispensáveis ao desenvolvimento das civilizações.

Precocemente, é sentida a necessidade da existência de uma pessoa da confiança das partes para testemunhar e documentar o acordo realizado, e assim garantir sua perpetuação para a posteridade.

Com o passar do tempo, a função de assessorar as partes e relatar os fatos presenciados se tornou indispensável para a realização dos negócios, atenuando futuros conflitos. O notário teve papel fundamental na história da humanidade, colaborando para a prosperidade. Os documentos por eles confeccionados formam peças fundamentais para a compreensão da evolução humana.

O doutrinador Ricardo Henry Marques Dip discorre sobre o notário e seu ofício de jurista:

O notário é (quase) um *proprium* da sociedade humana, porque sua função é, em seu gênero, exigida pela natureza política dos homens. Essa função política (ou social) do notário não é apenas a de ser jurista, mas é, sobretudo, a de ser um jurista a quem se faz convergir a titularidade da fé pública.<sup>125</sup>

A figura dos notários esteve presente entre os hebreus, que eram conhecidos como *escribas*, pessoas responsáveis por receber, selar (com selo público) e guardar (em vasos de barro) os documentos confeccionados e assinados pelas partes. Ensina João Mendes de Almeida Junior:

Eram revestidos de caráter sacerdotal, tanto os *escribas ou doutôres da lei*, que transcreviam e interpretavam a Sagrada Escritura, como os *escribas do povo*, que ocorriam às necessidades quotidianas dos cidadãos, redigindo memórias, cartas e semelhantes documentos.<sup>126</sup>

---

<sup>125</sup> DIP, Ricardo Henry Marques. **Prudência notarial**. São Paulo: Quinta Editorial, 2012. p. 27.

<sup>126</sup> ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **Órgãos da fé pública**. São Paulo: Saraiva, 1963. p. 7.

Os relatos históricos apontam a presença dos *escribas* entre os egípcios, pessoas com muito conhecimento e alto nível cultural. Ocupavam cargos de prestígio na sociedade, que eram transmitidos como herança. Contudo, não eram detentores de fé pública, e os documentos por eles redigidos deveriam ser homologados por uma autoridade superiora.

Na Grécia existiam os *notarii*, considerados funcionários públicos que redigiam, e conservavam documentos particulares e judiciais.

E, finalmente, a presença dos notários em Roma, onde a atividade notarial experimentou grande evolução com a criação de uma corporação presidida por um *primicerius* (*primus in coera*) para a formação dos *tabeliones*, dotando-os de notável saber jurídico e aptidão para a escrita, para melhor desempenho de seu mister.

Na antiga Roma (entre os anos de 527 e 565) foi elaborado o *Corpus Juris Civilis*, obra legislativa dividida em quatro partes (*institutiones, digesto, codex e novelas*). Constava no *digesto*, a regulamentação da atividade notarial e a figura do notário latino, responsável não apenas por redigir a vontade das partes, mas também assessorá-las, investido de fé pública, que serviu como modelo para o notariado brasileiro.

O tabelião de notas, ao longo da História, gozou de prestígio, por sua conduta ilibada e saber jurídico, mas também atravessou períodos de decadência, como na Idade Média, escolhidos por sua influência política. Os senhores feudais eram responsáveis por validar os atos confeccionais de acordo com seus próprios interesses.

A Universidade de Bolonha teve papel fundamental para o resgate da confiabilidade na atividade desenvolvida pelos tabeliões de notas, aprimorando suas funções e capacitando os profissionais.

Na contemporaneidade brasileira, o tabelião de notas ou notário,<sup>127</sup> é considerado um profissional dotado de conhecimento jurídico, denominado terceiro em colaboração com o Estado, que recebe uma delegação, nos termos do artigo 236 da Constituição Federal de 1988, após aprovação em concurso de provas e títulos, para o exercício de função pública.

---

<sup>127</sup> Em que pese a Lei 8.935/94 utilizar expressões distintas para designar o titular do tabelionato de notas, “notário” no artigo 6º e “tabelião de notas” no artigo 7º, não há diferença entre eles, trata-se do mesmo profissional, sendo os dois termos sinônimos na tradição brasileira.

Estes profissionais do Direito são detentores de poderes e faculdades que devem ser exercidos em uma esfera de atuação, determinada pela Lei Federal 8.935/94, que regulamentou a atividade notarial.

O campo de laboração dos notários é dividido em atividades de gestão burocrática, abarcando as diligências administrativas, e atividades de aconselhamento e assessoramento das partes, onde reside sua verdadeira função jurídica e independência funcional, sempre delimitada pela persecução da *res iusta*, como esclarece Ricardo Dip:

O notário, enquanto jurista, inclina-se a determinar a *res iusta*, e, na sequência, documentando-a com a qualidade da fé pública, tende a prevenir conflitos, o que faz emergir a prevalência da busca da *res certa*. Da mesma sorte que a busca primacial da juridicidade (ou seja, da *res iusta*) não exclui, na atividade do notário-jurista, algum concomitante chamado da segurança (o que é mais próprio do notário-gestor do serviço público), também a pontual execução da função pública não corresponde a uma tarefa restritamente burocrática, sem recolha do saber de jurista do notário.<sup>128</sup>

A atividade é considerada público-privada. Pública em razão da imprescindibilidade de sua existência para a sociedade, bem como pelo meio de acesso regrado pela atual Constituição Federal. Privada, pois exercida por particular em colaboração com o Estado sem, contudo, se enquadrar na figura de funcionário público.

Ensina o professor Celso Fernandes Campilongo sobre a essencialidade da atividade notarial:

A organização da sociedade, especialmente seus aspectos jurídico, econômico e político, possui estreita relação com a regulação do comportamento exercida pelo Estado. A atividade notarial está muito relacionada a isso. Evidentemente, os notários não exercem função regulatória em termos clássicos. Não são agências reguladoras independentes. Não estão preocupados com o setor técnico especializado. Antes o oposto: o notariado produz atos jurídicos que repercutem sobre diversos âmbitos da atividade civil, empresarial, familiar e mesmo jurídico-probatória.<sup>129</sup>

O serviço notarial tem como fim precípua formalizar a vontade das partes, garantindo a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos e,

---

<sup>128</sup> DIP, Ricardo Henry Marques. **Prudência notarial**. São Paulo: Quinta Editorial, 2012. p. 33.

<sup>129</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Função social do notário**: eficiência, confiança e imparcialidade. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 45.

para alcançar este intuito, o notário deve cumprir com eficiência sua função de compatibilizar a vontade das partes com a lei.

O conceito de serviço notarial foi bem explicado por Walter Ceneviva:

O vocábulo *serviço* caracteriza, no título de abertura da Lei n. 8.935/94, o trabalho técnico desenvolvido sob as ordens de um delegado do Poder Público, para exclusivo cumprimento de funções ali indicadas, delegado esse atuando com independência, mas sujeito à fiscalização do Poder Judiciário.<sup>130</sup>

A sua esfera de competência está disposta no artigo 6º da Lei nº 8.935/94.<sup>131</sup>

Para o cumprimento das funções públicas previstas em lei são relacionados os instrumentos que podem ser lavrados no tabelionato de notas.<sup>132</sup>

A previsão do rol de funções públicas descrito no artigo 7º da Lei dos Notários e Registradores, demonstra que o notário goza de independência funcional no âmbito de atuação delimitado pela lei, que funciona como instrumento norteador para o exercício da sua atividade. Ao formalizar a vontade das partes, deve conciliar a realidade legislativa com a realidade fática, para que assim a norma possa atender às necessidades sociais.

A independência funcional, um dos princípios basilares da atividade, não deve ser confundida com uma atuação desconectada da legislação positivada e da realidade social vivida. Não é permitido a estes profissionais exceder os limites das previsões legislativas, para garantir direitos originados de relações interpessoais que o ordenamento jurídico não reconhece expressamente como entidades familiares.

O exercício da atividade notarial é pautado pela observância dos diversos princípios inerentes à atividade, dentre eles o da segurança jurídica, juridicidade, cautelaridade, publicidade e, em especial, o da legalidade, que irá balizar a atuação profissional, sem prejuízo do respeito à dignidade humana.

---

<sup>130</sup> CENEVIVA, Walter. **Lei dos notários e registradores comentada**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 21.

<sup>131</sup> “Art. 6º. Aos notários compete: I - formalizar juridicamente a vontade das partes; II - intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, autorizando a redação ou redigindo os instrumentos adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas de seu conteúdo; III - autenticar fatos”.

<sup>132</sup> “Art. 7º. Aos tabeliães de notas compete com exclusividade: I - lavrar escrituras e procurações, públicas; II - lavrar testamentos públicos e aprovar os cerrados; III - lavrar atas notariais; IV - reconhecer firmas; V - autenticar cópias. Parágrafo único. É facultado aos tabeliães de notas realizarem todas as gestões e diligências necessárias ou convenientes ao preparo dos atos notariais, requerendo o que couber, sem ônus maiores que os emolumentos devidos pelo ato”.

Compete ao notário prestar um serviço eficiente de aconselhamento e assessoria àqueles que o elegeram para dar validade jurídica às suas vontades, formalizando o *dictum* na conformação e pré-constituição de prova com a chancela da fé pública, com o objetivo de garantir o equilíbrio da relação e atingir o fim econômico ou social esperado pelos contratantes.

A função notarial e os atos lavrados devem sempre atingir seu fim jurídico. O tabelião de notas não é um mero redator, trata-se de um profissional do Direito que deve se ater à esfera jurídica da vida social. Por este motivo, não deve praticar atos, mais especificamente, lavrar escrituras inócuas do ponto de vista jurídico, e com mais razão, deve se abster de lavrar aqueles que sejam contra a lei, a moral ou os bons costumes.

É um imperativo que este profissional atue com cautelaridade na análise das complexas relações sociais que lhe são apresentadas. Em razão de sua atuação se concentrar na esfera da realização voluntária do direito, por diversas vezes este será o único profissional do Direito a ser consultado antes da realização do ato pelas partes. Deve haver um aconselhamento pautado na certeza da legalidade, da moralidade e da juridicidade.

Hodiernamente em nosso país, o notário latino em razão de seu preparo jurídico e da capilaridade do sistema notarial, é uma figura presente e acessível a toda população e deve atuar sempre buscando soluções para as partes com o escopo de evitar os infundáveis possíveis litígios oriundos dos relacionamentos humanos.

## **6.2 Contribuição social dos notários**

A perplexidade da era pós-moderna contribui para a formação de uma geração de cidadãos inseguros, carentes de informações e de soluções para as inúmeras situações recém-chegadas no âmbito dos negócios jurídicos, do Direito de Família, do Direito das Sucessões, entre outros, que requerem uma análise técnica e imparcial do profissional capacitado.

O tabelião de notas tem como função a diminuição da litigiosidade civil, alcançada por uma atuação prudente e saneadora de qualquer ilegalidade, vício ou desinformação das partes sobre a real dimensão dos fatos, dos valores morais e éticos, bem como sobre conceitos e instituições.

Chamados a especializar-se para proferir uma prévia resposta quanto à juridicidade de algo ainda a determinar-se na via negocial, ao lado de aconselhar e de exercer incluso quanto à redação documentária, uma relevante função preventiva.<sup>133</sup>

Por prudência notarial, entende-se o comportamento profissional voltado à persecução da *res certa* e da *res iusta*, pautado em uma previsão das possibilidades de litígios futuros decorrentes do ato praticado.<sup>134</sup>

O notário brasileiro, de origem latina, não pode abandonar suas origens de conselheiro. Deve orientar de forma prudencial sobre os efeitos das opções jurídicas de forma a reverter a tendência de alienação humana em todas as áreas do conhecimento, por meio de instrumentos de linguagem que direcionam os indivíduos para o arcabouço da massificação cultural, do capitalismo selvagem, do consumismo e da dependência das redes sociais, que hodiernamente aprisionam e determinam as ações humanas.

Como estudioso do Direito, não lhe é permitido o afastamento das especificidades racionais do saber prático e jurídico.<sup>135</sup> Especialista em relações pessoais deve revisitar conceitos de tradição propagadores da verdade e do bem para estancar o declínio da moral.

Deve adotar uma postura rígida para preservação de institutos jurídicos consolidados pela experiência humana, afastando-se da doutrina de relativização e da indiferença pela existência de uma verdade a ser respeitada para conter a vulnerabilização do homem.

As instituições jurídicas devem destinar-se à felicidade dos homens e, pois, acomodar-se à natureza humana, porque é só com a realização plena de sua natureza, incluída a social, que os homens podem fruir de sua finalidade.<sup>136</sup>

Profissional inserido no campo dos direitos subjetivos, faculdades ou prerrogativas que o ordenamento legislativo concede às pessoas, deve exercer sua função pública com cautela e prudência para não invadir a esfera individual, mas também não ferir as regras de direito público.

---

<sup>133</sup> DIP, Ricardo Henry Marques. **Prudência notarial**. São Paulo: Quinta Editorial, 2012. p. 23.

<sup>134</sup> *Ibidem*.

<sup>135</sup> *Ibidem*.

<sup>136</sup> \_\_\_\_\_. **Conceito e natureza da responsabilidade disciplinar dos registradores públicos**: Quartier Latin: São Paulo, 2017, p. 17-18.



A independência funcional é um atributo do tabelião de notas que, acima de tudo, deve observância ao princípio da legalidade, informador da atividade. Imprescindível o exercício da atividade dentro dos limites legais, pois não está autorizado a fazer interpretações analógicas, invocar usos e costumes para criação de atos notariais, relativos às novidades sociais.

Em contrário, porém, a gestão privada das atividades das Notas e dos Registros Públicos não implica uma absoluta dispensa de sua funcionalização – equivale a falar, a preservação de algumas características próprias dos poderes delegados -, uma vez que a privatização dos serviços somente pode justificar-se se eles se dirigirem, efetivamente, à consecução dos valores perseguidos pela comunidade (o que não importa em necessidade alguma, sequer em conveniência aparente de seu direto exercício estatal).<sup>137</sup>

A atuação dos notários nas relações familiares e econômicas que lhe são apresentadas, deve garantir concreta segurança jurídica, insumo substancial para a estabilidade social que é indispensável para a existência da soberania do país. A atividade notarial deve se prestar ao estreitamento dos laços entre o cidadão e o Estado.

A complexidade da vida contemporânea, com sua multiplicidade de corpos sociais e a confusa interação do indivíduo com a sociedade, sem padrões de referência para delinear os limites entre os desejos subjetivos e o bem-estar público, clamam por um engajamento social do notário, para a garantia das virtudes morais e do principal corpo social: a família.

Ora, essa fragmentação da imagem do homem na pluralidade dos universos culturais nos quais ele se socializa e se politiza efetivamente – o universo da família, do trabalho, do bem-estar, da realização profissional, da política, da fruição cultural e do lazer – torna problemática e difícil a adequação das convicções do indivíduo e de suas liberdades a idéia e valores universalmente reconhecidos e legitimados num sistema de normas e fins aceitos pela sociedade.<sup>138</sup>

Ao notário brasileiro, por sua historicidade e sua responsabilidade social advinda da delegação de função pública e, especialmente, pela detenção da *fides publica*, não é permitido exercer seu ofício como um mero redator, nos moldes do

---

<sup>137</sup> DIP, Ricardo Henry Marques. **A natureza e os limites das normas judiciárias do serviço extrajudicial**. Quartier Latin: São Paulo, 2013. p. 36-37.

<sup>138</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4.ed. São Paulo: Atlas, p. 174.

notário anglo-saxão, e, tampouco ignorar as situações juridicamente definidas. O exercício da atividade deve observar a racionalização do ordenamento jurídico, operada em compasso com a transmutação social.

Por sustentar o título de jurista, deve ditar o direito posto e, por exercer um ofício, compreendido como uma atividade moralmente aceita que não lese a ninguém e, sobretudo, a todos beneficie, deve atuar de forma razoável, reta e cristalina em seu juízo qualificador e no *dictum* final.

### **6.3 Estudo do caso prático: escritura pública declaratória de união estável poliafetiva**

Os tabeliães de notas sempre estiveram envolvidos na esfera econômica das famílias, com a realização de escrituras públicas de negócios jurídicos, como a venda e compra, doação, cessão, dação em pagamento, instituição de usufruto, entre outras. Entretanto, com o reconhecimento da união estável como instituição familiar pela Constituição Federal de 1988, passou a lavrar com frequência escrituras públicas declaratórias de união estável, considerada um verdadeiro contrato disciplinador da convivência familiar, dotado de fé pública.

Com a edição da Lei 11.441/07, foram alçados completamente para dentro do ambiente familiar, lavrando escrituras públicas de separação consensual, divórcio direto, inventário e partilha, em todos os casos em que as partes fossem capazes, em que estivesse presente o consenso entre os envolvidos, mediante a presença de Advogado ou Defensor Público.

E a grande valia desta nova atribuição, foi o aumento do campo de sua atuação propriamente jurídica. Com os novos procedimentos, veio também grande carga de responsabilidade e a exigência de uma participação ativa, com prudência nos aconselhamentos, sem abandonar a necessária imparcialidade inerente à atividade.

O decorrer do tempo atestou a competência, celeridade e segurança jurídica dos atos envolvendo questões familiares, tanto nas escrituras declaratórias de uniões estáveis entre duas pessoas, como nas escrituras mencionadas na Lei 11.441/07. Com pulverização dos ideais pós-modernos de extinção de padrões, os notários passaram a ser consultados por pessoas que desejavam revestir de natureza familiar, e chancelar com a fé pública notarial, relações conjugais incomuns.

Inicialmente, foram procurados por casais homoafetivos para a lavratura de escrituras públicas declaratórias de uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, o que provocou um dissenso sobre sua admissibilidade e sua juridicidade.

Todavia, esta celeuma foi extinta com a decisão do Supremo Tribunal Federal no ano de 2011, que equiparou as uniões estáveis homoafetivas às aquelas estáveis, entre pessoas de sexos distintos. No ano de 2013, a Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça determinou que os Registros Cíveis das Pessoas Naturais aceitassem a conversão da união estável homoafetiva em casamento e a celebração de casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

Atualmente, a discussão que envolve os notários e as instituições familiares está alocada na possibilidade de lavratura de escrituras públicas declaratórias de uniões estáveis entre mais de duas pessoas, denominadas poliafetivas, já que estas relações não estão disciplinadas em nosso ordenamento jurídico.

No Brasil, a partir de 2012, foram lavradas escrituras públicas declaratórias de união estável entre mais de duas pessoas, em tabelionatos de notas no Estado de São Paulo e, posteriormente, no Rio de Janeiro. Em todos os casos, procurou-se conferir *status* familiar às uniões entre mais de duas pessoas ligadas pelo afeto.

Após a divulgação pela mídia sobre a realização das escrituras públicas poliafetivas acima citadas, houve representação por parte da Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS) perante o Conselho Nacional de Justiça, que recomendou que os tabelionatos de notas de todo país se abstivessem de lavrar referidos atos notariais, como informou a Corregedora Nacional de Justiça Nancy Andrighi, que instaurou Pedido de Providências declarando que:

Essa é apenas uma sugestão aos tabelionatos, como medida de prudência, até que se discuta com profundidade esse tema tão complexo que extrapola os interesses das pessoas envolvidas na relação afetiva.<sup>139</sup>

A Ministra Nancy Andrighi sugeriu a promoção de audiências públicas no Conselho Nacional de Justiça para ouvir a sociedade e entidades ligadas às instituições familiares, para entender os anseios sociais dos integrantes das uniões poliafetivas.

---

<sup>139</sup> Conselho Nacional de Justiça. **Corregedoria analisa regulamentação do registro de uniões poliafetivas**. 05 mai. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82221-corregedoria-analisa-regulamentacao-do-registro-de-unioes-poliafetivas>>. Acesso em: 01 dez. 2017.

A rede BBC veiculou entrevista de tabeliã de notas em defesa das uniões estáveis poliafetivas, que afirmou:

Só estamos documentando o que sempre existiu. Não estamos inventando nada. Temos visto nos últimos anos uma série de alterações no conceito de família. Na minha visão, essa união poliafetiva não afeta o direito das outras pessoas.<sup>140</sup>

Em um dos atos notariais de união estável poliafetiva lavrado, constou em seu corpo as seguintes informações:

Os direitos concernentes à união poliafetiva são incipientes, não ostentando, até o presente momento, legislação e jurisprudência sólidas. Por esta razão, os efeitos desta escritura poderão ser mitigados por decisão judicial ou mesmo recusados.<sup>141</sup>

Alguns tabeliães de notas, em defesa dos atos notariais praticados, esclarecem que estão atuando dentro dos limites de sua competência, que não estão descumprindo a lei, já que não lavraram ato proibido por lei. Informaram ainda, que o que não está proibido expressamente pela legislação vigente, entende-se permitido.

O Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) adotou a postura de defesa da lavratura das escrituras públicas declaratórias de uniões estáveis poliafetivas por notários e, em síntese, justifica a legalidade e juridicidade do ato notarial com os seguintes argumentos: a) estaria havendo apenas um reconhecimento de fato consolidado na vida real; b) inexistência de impedimento legal; c) inexistência de casamento civil, mas apenas união estável; d) necessária busca da felicidade pelo ser humano.<sup>142</sup>

Indispensável na seara jurídica a discussão sobre as celeumas oriundas das novas relações sociais e são de grande valor as opiniões nos mais diversos sentidos.

---

<sup>140</sup> PUFF, Jefferson. Estamos documentando o que sempre existiu, diz tabeliã que uniu três. **BBC Brasil**. 28 ago. 2012. Disponível em:<[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/08/120828\\_ping\\_uniao\\_poliafetiva\\_jp.shtml](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/08/120828_ping_uniao_poliafetiva_jp.shtml)>. Acesso em: 26 de mar. 2017.

<sup>141</sup> Assessoria de Imprensa da Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 08 abr. 2016. **NOTA CGJ: Esclarecimento sobre escritura declaratória de união poliafetiva**. Disponível em:<<http://cgj.tjrj.jus.br/pagina-inicial/-/noticias/visualizar/31905>>. Acesso em 01 dez. 2017.

<sup>142</sup> **INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA**. Rio de Janeiro registra mais uma união poliafetiva. 06 abr. 2016. Disponível em:<[www.ibdfam.org.br/noticias/5961/rio+de+janeiro+registra+mais+uma+uniao+poliafetiva](http://www.ibdfam.org.br/noticias/5961/rio+de+janeiro+registra+mais+uma+uniao+poliafetiva)>. Acesso em: 01 dez. 2017.

Entretanto, não há como sustentar a prática de atos notariais em dissonância com os princípios basilares da nação.

Primeiramente, não se discute a existência de uniões poliafetivas, ainda que em número bem reduzido em nossa sociedade. Contudo, nem todo acontecimento social deve ser abarcado, regulamentado ou protegido pelo ordenamento jurídico. Como exemplo, temos os relacionamentos espúrios entre irmãos, pais e filhas, avôs e netas, inclusive resultando em gravidez indesejada, o que não se perfaz como motivo para que o direito os regule, criando uma falsa sensação de normalidade para estes acontecimentos sociais.

Houve a prática costumeira no Brasil, e diversos países ainda permitem o casamento entre homens de avançada idade com meninas que sequer entraram na puberdade, mas a existência nos dias atuais desse fato na sociedade brasileira não justifica seu acolhimento pela legislação, podendo ser considerado pedofilia. O Código Penal Brasileiro, inclusive penaliza a prática de conjunção carnal com menores de 14 (quatorze) anos, ainda que consentida, reconhecendo violência presumida, nos termos do artigo 217-A.

É inegável que o ordenamento jurídico, de forma sistemática e teleológica, identifica na instituição familiar a base da sociedade e sua manutenção de forma sã. Constitui um fim a ser alcançado para garantia da estabilidade social. Por esta razão, disciplina em diversos artigos as relações familiares, impondo limites para a preservação da ordem moral necessária para a existência da instituição familiar, da sociedade e, em consequência, do próprio Estado.

Nas disposições sobre Direito de Família, no Livro IV do Código Civil Brasileiro atual, em seu Capítulo III que disciplina os impedimentos para o casamento, resta claro que a intenção do legislador sempre foi a proteção da família contra o incesto, a confusão genética, mas, sobretudo, procurou resguardar esta importante instituição da imoralidade, como se observa na maioria dos incisos de seu artigo 1.521.<sup>143</sup>

Argumento utilizado pelos defensores dos relacionamentos grupais é a inexistência de impedimento legal para a lavratura de ato notarial de união estável poliafetiva.

---

<sup>143</sup> “Art. 1521. Não podem casar: I – os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II – os afins em linha reta; III – o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV – os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V – o adotado com o filho do adotante; VI – as pessoas casadas; VII – o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte”.

De fato, não há uma norma positivada que proíba expressamente este tipo de união, todavia o operador do direito, inclusive o notário, deve enxergar o ordenamento jurídico como um conjunto coordenado de normas e princípios, dotado de coesão, para impedir o surgimento de lacunas e antinomias.

Para Tércio Sampaio Ferraz Junior,<sup>144</sup> o ordenamento jurídico é um conjunto de todas as normas, em que estão incluídas não apenas as suas várias espécies, mas também os critérios de classificação, as meras definições, os preâmbulos, as exposições de motivos e até a ordem em que os conceitos são enumerados numa determinada norma. Esse conjunto de elementos normativos e não normativos constitui o repertório do ordenamento jurídico.

Para Norberto Bobbio,<sup>145</sup> o ordenamento jurídico deve atender aos seguintes requisitos: unidade, coerência e completude. A unidade do ordenamento jurídico está diretamente ligada às fontes de direito que lhe deram origem e serve de sustentáculo para a validade de todas as normas.

Mesmo diante das duras críticas ao pensamento dogmático, da abertura jurídica para a valoração ética e social do Século XXI e a promoção da hermenêutica civil-constitucional, não está autorizado ao jurista notarial ferir o princípio da monogamia, norteador do direito de família brasileiro, para aceitar a lavratura de atos notariais de múltiplas convivências. E, ademais, sob a luz mestra da *sindérese*, resta nítida a impropriedade de referidas escrituras.

Outro argumento contrário à admissão da lavratura de escrituras de uniões estáveis poliafetivas, é o fato do tabelião de notas receber uma delegação do Estado para exercício de função pública, atuando como um *longa manus* do Poder Estatal. Por este motivo, há uma mitigação do princípio da autonomia da vontade vigente para o gestor privado.

O profissional de notas está adstrito ao princípio da legalidade, informador da atividade notarial, bem como o gestor público, pela essencialidade e natureza pública da função delegada. Somente no âmbito de gestão administrativa da função notarial existe maior liberdade de escolha, desde que preservada a satisfatória prestação do serviço que será fiscalizada pelo Poder Judiciário.

---

<sup>144</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, p. 170.

<sup>145</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campos, 1992. p. 35.

Somando-se aos argumentos acima referidos os defensores “progressistas” das uniões poliafetivas afirmam categoricamente que estas relações entre várias pessoas configuram união estável, inexistindo a figura jurídica do casamento civil e deste modo, não haveria qualquer entrave ao seu reconhecimento.<sup>146</sup>

Analisando este argumento de defesa e a doutrina existente, parece haver contradição de ideologia. Fazendo uma breve regressão histórica, resta clara a incessante luta de juristas “progressistas” para o reconhecimento da união estável como instituição familiar, e sua equiparação ao casamento civil alcançada com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Nos dias de hoje, a união estável é forma legítima de constituição familiar e merece a proteção do Estado, bem como o casamento civil.

A jurisprudência existente indica a proibição do reconhecimento de efeitos jurídicos de natureza familiar para uniões estáveis simultâneas. Não se pode falar na configuração do crime de bigamia, pois não está preenchido o requisito da tipicidade em razão da inexistência de casamento civil, o que não configura motivo para sua aceitação jurídica e moral, já que nas uniões estáveis poliafetivas está configurada a existência de uniões estáveis simultâneas.

Aceita a proposição de que a união estável é meio legítimo para a constituição de família, e a esta deve ser despendida a mesma proteção que cabe à família oriunda do casamento civil, conclui-se que é nula a segunda união estável e tantas outras constituídas simultaneamente, conforme interpretação analógica do artigo 1.723, parágrafo primeiro do Código Civil Brasileiro. A intenção do legislador foi preservar a boa-fé e os direitos da família constituída com a primeira união estável.

A orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça tem se firmado no sentido de que as uniões estáveis simultâneas não podem se acobertar do manto da juridicidade, salvo se reconhecida separação de fato de uma das relações. Inclusive nos julgados sobre a simultaneidade de uniões estáveis, é aplicada a Súmula 83 do próprio Tribunal.<sup>147</sup>

---

<sup>146</sup> Destacam-se como defensores de uniões estáveis poliafetivas Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias.

<sup>147</sup> STJ, Terceira Turma, REsp 1.157.273/RN, Rel. Min. Nancy Andrighi. j. 18/05/2010, DJe 07/06/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1157273&b=ACOR&p=true&l=10&i=9>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

Neste flanco, o reconhecimento de uniões estáveis poliafetivas por escritura pública, fere a moral e os bons costumes, em face de sua desaprovação social, bem como o sistema jurídico, no âmbito familiar, que tem na tradição monogâmica um de seus pilares.

A Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que disciplina os Registros Públicos, indica a preocupação do legislador em afastar registradores e notários da prática de atos contrários às noções éticas e morais quando prescreve:

Art. 116. Não poderão ser registrados os atos constitutivos de pessoas jurídicas, quando o seu objeto ou circunstâncias relevantes indiquem destino ou atividades ilícitos ou contrários, nocivos ou perigosos ao bem público, à segurança do Estado e da coletividade, à ordem pública ou social, à moral e aos bons costumes.

O Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), por seu advogado Marcos Alves, ainda sustenta a obrigatoriedade da lavratura de escritura de união estável poliafetiva pelo tabelião de notas, quando requerido pelas partes interessadas. Afirma o procurador que estes profissionais sequer teriam a discricionariedade de recusar-se a realizar o ato.

Como poderia o notário negar-se a fazer a escritura pública de um pacto entre três pessoas que querem viver vida em comum, definindo os efeitos patrimoniais que devem ocorrer daquela convivência? Ora, os cartórios exercem função delegada do Estado. Não faz sentido algum que o Estado venha imiscuir-se na intimidade das pessoas, vedando que elas declarem o que melhor lhes aprouver e o façam por meio que empreste fé-pública ao que querem deixar registrado. Agora a validade e a eficácia das declarações vertidas em escritura pública sempre poderão ser submetidas ao escrutínio do Poder Judiciário.<sup>148</sup>

Em verdade, o tabelião de notas não teria discricionariedade para lavrar o ato, pois a função pública delegada faz dele um profissional a serviço da comunidade. Neste sentido, seu titular deve obediência direta às leis vigentes, impossibilitado de invenções legislativas ou da prática de atos que vão de encontro à licitude moral e ao bem comum.

---

<sup>148</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. União poliafetiva: escritura é necessária? Disponível em: <[www.ibdfam.org.br/noticias/5970](http://www.ibdfam.org.br/noticias/5970)>. Acesso em: 26 mar. 2017.



Observa-se a discricionariedade notarial no momento da escolha dos procedimentos dentro dos limites legais, fator condicionante da existência da atividade.

Diante das opções legais, o notário elegerá a norma mais adequada, conforme corroborado pelas palavras do magistrado Ricardo Dip:

A determinação notarial do direito consiste não somente em eleger uma norma aplicável a dada situação singular, mas na eleição dessa norma como discernimento de uma ordem teleológica em um caso, *hic et nunc*, em que se descobre um bem concreto a agir ou um mal, também concreto, a evitar [...].<sup>149</sup>

À luz do mesmo artigo, o autor reconhece que há a necessidade de imposição de limitações quando afirma: “A construção da noção jurídica de ‘família’ ou mais especificamente ‘conjugalidade’ sofre limites, pois se assim não fosse tudo poderia ser considerado ‘conjugalidade’”.<sup>150</sup>

Transparecendo uma contradição, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), defende a liberdade irrestrita para formatação de arranjos familiares, defendendo que o Estado e os notários devem se abster de invadir a privacidade e a intimidade, mas observa a necessidade de limites para não banalizar o instituto da família.<sup>151</sup> Quais seriam os limites? Quantas pessoas poderiam viver simultaneamente em união estável: 10, 20, 30? Qual a estabilidade psicológica e social destes tipos de relacionamentos?

Referido Instituto não está a defender os interesses da família, mas desvirtuando sua natureza de instituição jurídica dotada de estruturação moral e psíquica. O alargamento do conceito de família resultará em sua extinção como célula *mater* da sociedade. Conforme já assentada na contemporânea jurisprudência dos Tribunais Superiores, resta inadmissível o paralelismo de uniões afetivas.

Por fim, discute-se sobre a eficácia das citadas escrituras públicas. Admitindo-se sua eficácia jurídica, relevante destacar que não envolvem apenas interesses dos integrantes da relação, irradiando seus efeitos para o Direito de Família, Previdenciário e das Sucessões. Havendo filhos, atingem diretamente o exercício do poder familiar.

---

<sup>149</sup> DIP, Ricardo Henry Marques. **Prudência notarial**. São Paulo: Quinta Editorial, 2012. p.39.

<sup>150</sup> *Ibidem*.

<sup>151</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. União poliafetiva: escritura é necessária? Disponível em: <[www.ibdfam.org.br/noticias/5970](http://www.ibdfam.org.br/noticias/5970)>. Acesso em: 26 mar. 2017.

Em uma união composta por muitas pessoas, como chegar a um consenso sobre a gestão familiar, a educação dos filhos e questões financeiras? Sob esta ótica, irrefutável a ideia de que referidas uniões seriam fonte de litígios.

A negativa do tabelião de notas para o pedido de lavratura de escrituras públicas de uniões estáveis poliafetivas, não traduz uma postura conservadora ou autoritária motivada por resquícios de fundamentalismo religioso. Trata-se de uma recusa essencialmente jurídica, por não serem atos válidos, em face da ilicitude do objeto, ou eficazes, nos termos das prescrições legislativas.

#### **6.4 A atividade do Poder Judiciário na manutenção da estrutura familiar**

As mudanças paradigmáticas da atualidade, observadas em todas as esferas da vida humana, não pouparam o Poder Judiciário de sua ideologia de desconstrucionismo e desvinculação das características históricas. A contemporânea crise de conceitos e quebra de paradigmas legais, fomentaram o subjetivismo judiciário na aplicação do direito.

O século XXI oferece panorama de singular complexidade. Tudo está a ser questionado e repensado. Se a incerteza parece a única certeza suscetível de se prognosticar, o anseio por segurança é intensificado em várias esferas. A juridicização das relações sociais revestiu a forma de uma judicialização que o movimento do acesso à Justiça não previu. Tudo, neste Brasil de contrastes, chega à apreciação de um juiz e de um tribunal. O que era exceção – litígio – passou a ser a regra.<sup>152</sup>

As normas jurídicas têm como destinatários todos os operadores do Direito. Todavia, os magistrados são os principais interlocutores e intérpretes, em face do poder de império que detêm. São responsáveis pela subsunção, pela concretização dos comandos legais. Suas decisões são dotadas de força coercitiva garantida pelo Estado.

Com a chegada da pós-modernidade e das convulsões sociais, os métodos clássicos de interpretação foram substituídos por um modelo mais flexível e este movimento ficou conhecido como “virada linguística”. Diante da tendência universal de libertação de padrões, a hermenêutica também foi atingida pela novel ideologia.

---

<sup>152</sup> YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato e outros. **Direito notarial e registral avançado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.13.

Trata-se de uma interpretação que supera o método próprio das correntes da hermenêutica clássica, centrando-se na linguagem da norma e suas compreensões pelo intérprete, autônoma da vontade do legislador, adicionada das ideias ontológicas e da pré-compreensão do intérprete.<sup>153</sup>

Entretanto, a nova técnica de interpretação não deve se distanciar da finalidade precípua de alcance do fim que se encerra na lei, analisando em conjunto a situação fática a que se procura remediar e a melhor interpretação da lei aplicável ao caso apresentado, de forma a concretizar os princípios que originaram a norma aplicada.

A interpretação tem de trabalhar de tal modo a lei que traga à luz os princípios nela contidos, oferecendo-se cada determinação legal como a ramificação de um princípio, com a qualificação e a posição funcional que lhe competem de acordo com esse princípio.<sup>154</sup>

Ao se distanciarem das regras da hermenêutica clássica, os juristas, no desempenho da interpretação das normas jurídicas, principalmente as constitucionais, incorrem na possibilidade de criação de um “Direito Judicial”, com o magistrado operando quase como um legislador e de uma “Jurisprudência de Equidade”, ao passo em que, a concretização da norma abstrata está eivada de subjetivismo e voluntarismo, desligada das diretrizes legais.

Essa nova hermenêutica, portanto, possibilita um Judiciário mais ativista que, mediante decisões ousadas, por vezes, extrapola sua competência funcional e assume papel legiferante, podendo-se mesmo confundir com o Poder Constituinte, sob alegação de se estar simplesmente a “aplicar princípios”. Com não pouca frequência, esquecem-se inclusive, nessa dinâmica, dos princípios gerais do Direito, para contemplar fictícios princípios constantes na Constituição.<sup>155</sup>

Não se exige uma concretização totalmente vinculada, mas importante evitar subjetivismos inventivos de regras e, principalmente, de princípios ainda não alocados em nosso ordenamento jurídico, muitas vezes conferindo maior força coercitiva a estes do que às regras positivadas, já ponderadas e aceitas pela sociedade.

---

<sup>153</sup> PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge; OLIVEIRA NETO, José Weidson. **(In)viabilidade do princípio da afetividade**. Universitas JUS, v. 27, n. 2, jul./dez. 2016. p. 114.

<sup>154</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p.42.

<sup>155</sup> PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge; OLIVEIRA NETO, José Weidson. **(In)viabilidade do princípio da afetividade**. Universitas JUS, v. 27, n. 2, jul./dez. 2016. p. 155-156.

Todavia, nem sempre o princípio determinante encontra na lei uma exposição completa e sem mácula, sendo nesta altura, tarefa da interpretação, não como pensa WINDSCHEID, substituir a verdadeira vontade do legislador à vontade que se exprime na lei, mas afastar da exposição da lei a opacidade inevitável, isto é, desenvolver a lei incompleta ou defeituosa de acordo *com os seus princípios*.<sup>156</sup>

Segundo o entendimento repisado de Ronald Dworkin<sup>157</sup> os princípios seriam padrões e não regras de conduta. Neste trilhar, não poderiam ser aplicados de forma exordial para a solução do caso concreto, desvirtuando a sua função precípua daqueles gerais do Direito, de integração de lacunas e diretrizes para interpretações.

O magistrado, ao deduzir o princípio da afetividade e tantos outros do supra princípio da dignidade da pessoa humana, poderá incorrer em ofensa aos direitos fundamentais, conferindo *status* de entidade familiar a associações de pessoas sem verdadeiros desígnios da *affectio familiae*, garantindo direitos aos integrantes de relações não espelhadas na estrutura psíquica imprescindível para o crescimento pessoal dentro do núcleo familiar.

Ainda neste flanco, a prática da hermenêutica e aplicação das normas jurídicas requer prudência, pois o jurista deverá, além de garantir o real cumprimento dos direitos fundamentais, assegurar a coerência das decisões com as proposições constantes do ordenamento legal.

O aplicador do direito não pode extrair da norma mais do que o texto está explanando, ultrapassando seu limite semântico. Não pode, de forma discricionariamente abusiva, deduzir princípios ou subprincípios ético-jurídicos do texto constitucional, desempenhando uma verdadeira função legisladora ofensora do princípio da separação dos Poderes.

No Direito de Família ainda é mais latente hodiernamente a existência de decisões díspares e até contraditórias no âmbito do Poder Judiciário, em decorrência de interpretações legais desobrigadas de quaisquer padrões de hermenêutica.

É inquestionável a dificuldade de decisão judicial frente a tantas situações familiares, inclusive teratológicas, não se esperando aplicações de fórmulas matemáticas, subsunções perfeitas. Mas, sob outra perspectiva, admitir interpretações fundadas apenas no subjetivismo seria colocar em risco não apenas a segurança jurídica, mas a própria ciência do Direito.

---

<sup>156</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p.42.

<sup>157</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 23-25.

Passando à Jurisprudência, a cadeia de tradição é mormente aquela em que se encontram as normas actualmente vigentes e as formas do pensamento jurídico comumente reconhecidas, mediante o trabalho precedente de muitas gerações de juristas, graças ao qual alcançaram a sua configuração actual ou de que a actual Jurisprudência se desembaraçou. De facto, esta cadeia de tradição, na qual se incluem não apenas as leis, mas também e sobretudo as decisões judiciais e os conhecimentos (ou erros) dogmáticos, constitui o pano de fundo de toda a interpretação jurídica – quer proceda historicamente, quer sistemática ou teologicamente. Ela é sobretudo imprescindível no que respeita à compreensão das decisões dos tribunais.<sup>158</sup>

A responsabilidade social dos juízes é tão grande quanto a tarefa de interpretação das leis, que é livre. O jurista pode eleger no caso concreto os métodos de interpretação que irá utilizar, e, ao mesmo tempo, totalmente vinculada aos fins legais. O Poder Judiciário deve se debruçar de forma atenta sobre as questões do direito de família, em especial, às uniões afetivas plúrimas, recém-chegadas com os ventos da pós-modernidade.

O Direito de Família, como refinado laboratório de finalização dos conflitos religiosos e sociológico do homem moderno e de sua identidade pessoal, familiar e cultural, vive também, como ocorre em todos os segmentos da vida social, o seu tempo paradoxal: o paradoxo de sua própria modernidade.<sup>159</sup>

Não se defende neste trabalho um engessamento do Poder Judiciário na função de interpretação e aplicação da norma. O magistrado como aplicador do Direito deve realizar a pré compreensão, firmando sua convicção de justeza, para a qual utiliza-se de todo o seu conhecimento jurídico e suas experiências, o que se traduz em um pré-requisito para a hermenêutica. E, no momento da interpretação, está livre para eleger a melhor técnica, visando extrair da norma os conceitos principiológicos que lhe deram origem e, assim, alcançar a decisão mais justa.

Cabe ao jurista realizar uma valoração intuitiva guiada por posições jurídicas historicamente aceitas por uma determinada sociedade e transmitida para prolatar sua decisão, que deverá ser racionalmente fundamentada.

E, no contexto do direito de família contemporâneo, diante de tantas demandas pós-modernas, a jurisprudência exerce a tarefa prática de fornecer critérios de decisão que possam conduzir à solução justa de casos fáticos inovadores, respeitando os

---

<sup>158</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 289-290.

<sup>159</sup> NERY, Rosa Maria de Andrade. **Instituições de direito civil: família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 5. p. 55.

padrões sociais atualmente aceitos. E, por esta razão, importante seria uma uniformização dos critérios de interpretação das normas em relação às uniões de vidas no tempo vigente, para evitar decisões contraditórias ou distantes dos comandos legais.

No seio dos Tribunais Superiores existem decisões reconhecendo o princípio da afetividade e fundamentando suas razões de forma superficial no princípio da dignidade humana, sem demonstrar o caminho histórico-jurídico-racional percorrido. As atuais decisões sobre uniões de vidas possuem um elevada carga subjetiva-emocional do julgador, afastando-se da imparcialidade judicial e resultando em decisões em todos os sentidos, fontes de insegurança jurídica.

O magistrado, no desenvolvimento de seu mister, deve observar o caso fático levado ao seu conhecimento, avaliando a existência de intenção sólida e duradoura de constituição de família por parte dos requerentes, evitando a valorização de modismos sociais, superficiais e infundados, movidos pela tirania do exibicionismo e pela excentricidade. Ato contínuo, deve verificar se o pedido de reconhecimento como entidade familiar e seus efeitos não ferem regras e princípios legais vigentes e, caso não haja uma subsunção legal existente localize, com prudência, a norma que mais se encaixe ao caso concreto. Diante da necessidade de completude da norma, deverá se valer de princípios gerais do Direito consolidados para concluir a subsunção legal.

O magistrado pode ser considerado a pedra angular do atual sistema jurídico, que necessita de respostas rápidas a tantos anseios sociais. A jurisprudência deve garantir a previsibilidade das decisões judiciais, a segurança jurídica, princípio basilar do Estado Democrático de Direito, e, conseqüentemente, assegurar a estabilidade social e continuidade da ordem jurídica.

O cidadão brasileiro no atual panorama social de imprecisão de conceitos demanda da certeza de que o Estado e os indivíduos se comportarão de forma condizente com o direito posto. E, principalmente, de que o Poder Judiciário irá garantir por meio de suas decisões um padrão a ser seguido, indutor de confiança e segurança jurídico social, aniquilando qualquer resquício de descrença nos mecanismos jurídicos e na própria justiça.

O vertiginoso câmbio das leis na entorpecente velocidade das relações sociais precisa ser estancado para evitar a má elaboração de normas e saturação do ordenamento jurídico, que propicia guinadas jurisprudenciais eivadas de subjetivismos e insegurança jurídica.

Com a adoção de uma postura prudencial os magistrados podem extrair das normas vigentes e, em especial, dos princípios gerais do direito, o máximo de eficiência dos comandos legais, empregando o direito de forma a se distanciar de restrições ou supressões de direitos de família de componentes do ambiente familiar distintos dos autores da vontade de formação de famílias poliafetivas.

## CONCLUSÃO

O autodescobrimento humano é um procedimento que se perpetua enquanto o homem existir. A descoberta infindável de novas possibilidades é a força motriz que, carrega em sua essência, a busca incessante por estímulos. Mas, a esfera individual é rompida no momento da análise crítica da revelação pela sociedade, que somente a sua democracia transparece em um ambiente de conceitos a serem construídos de forma infindável.

A busca exaustiva por verdades absolutas, certezas e segurança é uma realidade que não deve atrapalhar o processo de auto formação e autoafirmação do indivíduo, consciente das eternas incertezas da condição humana e de sua vulnerabilidade.

O coroamento do racionalismo exacerbado com a destituição dos dogmas religiosos na modernidade disseminou um sentimento de onipotência atingido pela frustração do reconhecimento das incertezas da condição humana. A chegada do pensamento pós-moderno desarticulou a engrenagem existente entre a razão e a vontade, promovendo uma inversão de sua ordem metafísica e o desaparecimento do caminho a ser seguido pela natureza humana com princípios e fins.

O avanço tecnológico alçou o homem para a realidade da dualidade digital isolada, e totalmente compartilhada. As conquistas biotecnológicas estimularam revoluções sociais, especialmente o feminismo, que resultou em mudanças estruturais na sociedade e na família.

O homem contemporâneo vive um desarranjo social com a introspecção em seus grupos de interesses e completa alienação do restante da sociedade. Há uma perseguição incessante pela felicidade, sem a compreensão da causa da infelicidade, sem a assimilação da existência de um liame entre sofrimento humano e causas sociais.

A alienação oferecida pela indústria cultural foi facilmente aceita pela sociedade, por garantir a ignorância das mazelas humanas e isenção da responsabilidade social. As ideias ilusórias de autonomia e liberdade pós-modernas foram estrategicamente posicionadas para camuflar a fragilidade humana e garantir sua passividade diante da imposição de uma nova colonização.

Sutilmente, etapas são concluídas para a persecução do fim almejado. As lutas armadas, a imposição de pensamentos e as fogueiras da inquisição, responsáveis



pela criação de uma versão romântica de resistência e surgimento de heróis, cederam espaço para uma estratégia de cultivo da ideia em cada indivíduo.

A destruição contemporânea de paradigmas morais afetou diretamente a instituição familiar, que abandona seus contornos formatados no decorrer da história. O relativismo axiológico determina o desaparecimento de limites e da perenidade da família, que se transforma em uma instituição amorfa, sem função ou responsabilidade social e instrumento de persecução da cultura hedonista.

Em épocas passadas, os freios morais do país eram criados e impostos pela Igreja Católica. Nos dias que correm, esta atribuição cabe ao sistema normativo incumbido de estipular deveres, responsabilidades e limites à atuação humana, para a operação e perpetuação da vida em sociedade.

É latente a diferença da velocidade em que caminha o legislador, diante das relações humanas. Contudo, há que se entender que as transformações sociais devem ser assimiladas e aceitas pela sociedade para após o tempo de maturação, se necessário, serem abarcadas pelo Direito.

O processo de *dinamogenesis* deve ser realizado de forma prudencial, para que as atualizações legislativas, especialmente na seara do direito de família, sejam coerentes com a realidade social, e não se restrinjam apenas à garantia de direitos, abrangendo também a imposição de deveres e responsabilidades indispensáveis para a preservação da família.

O direito positivo deve se resguardar para não transformar exceções em regras, respeitando a percepção social do direito em uma determinada época.

O desgastado supra princípio da dignidade da pessoa humana não pode servir de suporte para a criação de outros princípios com abertura semântica suficiente para a manipulação do ordenamento jurídico, de acordo com interesses sazonais. A releitura de normas, sob a lente de invenções principiológicas contemporâneas, causa insegurança social e fere a estrutura de coesão e coerência do sistema legislativo.

O ordenamento jurídico não pode se transformar em produto da vontade do poder político exercido por uma minoria, cedendo espaço para o positivismo voluntarista, que não representa os interesses coletivos. A troca do modelo liberal-individualista para o social-personalista parece não ter se efetivado na sociedade brasileira contaminada por interesses próprios, sobrepostos aos direitos essenciais para a sobrevivência digna de grande parte da população do país.

As incontáveis formas de agrupamentos de pessoas não podem encontrar respaldo constitucional para receber *status* familiar. A dignidade da pessoa humana não deve funcionar como salvo-conduto para produções de pequenos grupos defensores de supostos direitos humanos que pulverizam, por ignorância ou por má-fé, uma política de reengenharia jurídico social camuflada pela bandeira da afetividade, que tem livre acesso no campo emocional de toda sociedade.

O pensamento crítico racional não pode ser substituído pelo impulso emocional. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não pode acobertar a desconstrução da base moral da sociedade e a fragmentação do ser humano, sob o manto da dignidade humana. Todo indivíduo deve ter a possibilidade de conviver em um ambiente familiar estruturado, propício ao desenvolvimento psicológico e intelectual. A regra deve ser a estruturação familiar preservando, se possível, os papéis que cada integrante deve exercer.

A instabilidade familiar ocasionada pela ditadura da relativização extingue consensos, hierarquia, funções, tradições e respeito. É fonte de litígios e responsável por atraso no desenvolvimento humano.

Assim, o ciclo para a reengenharia social vai se fechando. Famílias desestabilizadas geram indivíduos corruptíveis, influenciados por mecanismos de linguagem que incrustam no subconsciente humano ideias prontas sobre determinados assuntos, representados por expressões como afetividade, dignidade humana, liberdade de gênero, que funcionam como avalizadoras de todo e qualquer comportamento humano.

O distanciamento do pensamento racional causa debilidade e cegueira social e deve ser combatido por todos aqueles que têm consciência dos perigos da reengenharia social. Neste contexto, os tabeliães de notas e os magistrados por sua capilaridade, contato direto com o cotidiano da sociedade, independência funcional e preparo jurídico, são instrumentos relevantes para o incentivo de uma política de retorno ao pensamento crítico, revisitação de conceitos, resgate de tradições que se aproximem da verdade e do bem.

Imprescindível a conscientização da função social da família e de cada cidadão. São necessárias informações para fomentar o engajamento social e formação de uma sólida estrutura ética e moral, resistente aos interesses destrutivos de minorias.

Inadmissível, pela natureza transgressora, a lavratura de escritura pública de declaração de união estável entre mais de duas pessoas, entendida como uma afronta

à instituição familiar, à sociedade e à milenar atividade notarial. O notário não pode ser mero redator da vontade absoluta das partes, sem qualificar o ato e reconhecer sua invalidade e ineficácia.

A afetividade, em hipótese alguma, pode servir como elemento jurídico legalizador desta espécie de ato notarial. Vontades livres do comprometimento da unidade social e do bem comum não podem ser legitimadas e legalizadas sob o risco de laceração do corpo social. Atos contrários à moral e aos bons costumes não tem entrada no acervo notarial.

No contexto de caos social, o Poder Judiciário assume a importante função de desenhar os contornos das novas entidades familiares. A interpretação das normas jurídicas deve respeitar os fins legais determinados pelo legislador, guiado pelas necessidades sociais de uma determinada época. Os valores históricos e morais não devem ser esquecidos no momento da confecção da jurisprudência, que deverá indicar um norte a seguir diante de tantas incertezas.

Mesmo diante de todo desconcerto no seio da sociedade pós-moderna, existe uma natureza objetiva a ser sentida, uma lei natural a ser respeitada, historicidade, princípios, costumes e tradições resultantes da interação do homem com a realidade circundante a ser observada, para traçar os novos caminhos a serem seguidos.

Para a manutenção da sociedade, imprescindível a adoção de uma postura questionadora para compreensão das novas possibilidades e, principalmente, para se responsabilizar pelas consequências de suas escolhas.

Há um período de transição, de incertezas e de verdadeira reconstrução da sociedade ludibriada pelas técnicas de linguagem, e instada a não pensar e não questionar os novos modelos impostos por forças sociais e políticas, visando a manutenção do poder e do controle dos povos.

O homem vive um conflito interno, ocasionado pela bipolaridade causada pela insatisfação do indivíduo em fazer renúncias em prol da vida em sociedade, e sua exigência em ver respeitados seus direitos fundamentais.

A simplificação do pensamento racional perdeu espaço para a complexidade dos sentimentos humanos, causador da inexistência de consensos e criação de um modelo plural ilusoriamente satisfatório de uma grande maioria e causador, na prática, de inúmeros atritos sociais.

Nenhuma ação radical de dominação humana, como a colonização, a escravidão, as opressões das monarquias absolutistas, o holocausto, as ditaduras,

foram capazes de aniquilar a força de ação, o pensamento, a resistência construída sobre convicções, princípios e valores, como a ideologia de gênero, propagadora da extinção das diferenças biológicas e psíquicas, e responsável pelo surgimento de pessoas sexualmente amorfas, construídas socialmente a esmo.

Inexistiu um meio de domínio tão eficaz como a alienação humana promovida pela massificação cultural, que retirou sua capacidade de pensar, de discordar, de construir teses e de lutar por seus ideais.

Diante do contemporâneo caos social vivido, a instituição familiar deve ser preservada. As famílias são corresponsáveis pelo desenvolvimento da sociedade com o apoio moral, intelectual e afetivo que devem despender aos seus membros, com as informações e educação para a formação de cidadãos conscientes de seu papel. Somente com sua solidificação haverá possibilidade de reversão do movimento de desconstrução e reconstrução do ser humano.

O tempo presente parece não ter sentido ou valor. Indeclinável a adoção de um padrão de ordem e imposição de limites racionais. Não se propõe uma regressão da sociedade a conceitos ultrapassados, mas uma revisitação crítica e racional de conceitos tradicionais e sua dialética com conceitos em experimentação, para apreensão da verdade em determinado tempo e espaço. A busca pela verdade e por um fundamento absoluto para a ética e para o Direito nunca deve parar.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Ana Rita Silva. A afetividade no desenvolvimento da criança. Contribuições de Henri Wallon. **Revista Inter Ação**, Goiânia, v. 33, n. 2, p. 343-357, jul./dez. 2008. Disponível em: <<https://www.revistas.ufg.br/interacao/issue/view/645>>. Acesso em: 14 mai. 2017.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **Órgãos da fé pública**. São Paulo: Saraiva, 1963.

ASSOCIAÇÃO DOS REGISTRADORES DE PESSOAS NATURAIS DO ESTADO DE SÃO PAULO. **O registro civil no Brasil**. Disponível em: <[http://www.arpensp.org.br/index.cfm?pagina\\_id=177](http://www.arpensp.org.br/index.cfm?pagina_id=177)>. Acesso em: 12 dez. 2017.

BACHOFEN, Johann Jakob. **Mother Right: Myth, Religion, and Mother Right**. Princeton: Princeton University, 1992. Disponível em: <[https://books.google.ae/books/about/Myth\\_Religion\\_and\\_Mother\\_Right.html?id=3qhQuWPNUckC&printsec=frontcover&source=kp\\_read\\_button&redir\\_esc=y#v=onepage&q&f=false](https://books.google.ae/books/about/Myth_Religion_and_Mother_Right.html?id=3qhQuWPNUckC&printsec=frontcover&source=kp_read_button&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false)>. Acesso em: 17 de setembro de 2017.

BAUMAM, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campos, 1992.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução 175/2013. **Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Corregedoria analisa regulamentação do registro de uniões poliafetivas**. 05 mai. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82221-corregedoria-analisa-regulamentacao-do-registro-de-unioes-poliafetivas>>. Acesso em: 01 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, mar. 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, fev. 1891. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, jun. 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição (1937). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, RJ, nov. 1937. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm)>. Acesso em: 12 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, RJ, set. 1946. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 com redação dada pela Emenda Constitucional nº 01 de 17 de outubro de 1969**. Rio de Janeiro, RJ, out. 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm)>. Acesso em 10 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição (1967). **Emenda Constitucional n. 9**. Dá nova redação ao §1º do artigo 175 da Constituição Federa. 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: 10 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, out. 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: 10 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 08 abr. 2016. **NOTA CGJ: Esclarecimento sobre escritura declaratória de união poliafetiva**. Disponível em: <<http://cgj.tjrj.jus.br/pagina-inicial/-/noticias/visualizar/31905>>. Acesso em 01 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 4.737/1942. Dispõe sobre o reconhecimento de filhos naturais. Rio de Janeiro, RJ, set. 1942. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/Del4737impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del4737impressao.htm)>. Acesso em: 13 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 678/1992. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969**. Brasília, DF, nov. 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em: 13 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 2.848/1940. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ, dez. 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 12 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 3.071/1916. **Código Civil**. Rio de Janeiro, RJ, jan. 1916. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm)>. Acesso em: 12 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 4.121/1962. **Dispõe sôbre a situação jurídica da mulher casada**. Brasília, DF, ago. 1962. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L4121.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm)>. Acesso em: 12 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 6.015/1973. **Dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências**. Brasília, DF, dez. 1973. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6015compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm)>. Acesso em: 12 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 6.515/1977. **Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências**. Brasília, DF, dez. 1977. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm)>. Acesso em: 12 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.069/1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Brasília, DF, jul. 1990. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8069Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069Compilado.htm)>. Acesso em: 12 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.935/1994. **Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios)**. Brasília, DF, nov. 1994. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8935.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8935.htm)>. Acesso em: 13 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.971/1994. **Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão**. Brasília, DF, dez. 1994. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8971.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8971.htm)>. Acesso em: 13 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.278/1996. **Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal**. Brasília, DF, 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: 13 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406/2002. **Código Civil**. Brasília, DF, jan. 2002. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 13 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.441/2007. **Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa**. Brasília, DF, jan. 2007. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Lei/L11441.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11441.htm)>. Acesso em: 12 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.010/2014. **Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para estabelecer o direito da criança e**

**do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante, e altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.** Brasília, DF, jun. 2014. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Lei/L13010.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13010.htm)>. Acesso em 10 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105/2015. **Código de Processo Civil.** Brasília, DF, mar. 2015. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm)>. Acesso em: 13 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.146/2015. **Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência** (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF, jul. 2015. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/L13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13146.htm)>. Acesso em: 12 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. APC 0014190-95.2011.8.07.0006. Apelante: D. J. R. Apelado: M. N. S. e outros. Disponível em:<<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23957950/apelacao-civel-apc-20110610144715-df-0014190-9520118070006-tjdf/inteiro-teor-111847191?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 16 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. APL 0500885-41.2007.8.02.0046. Apelante: Berenice Pereira da Silva. Apelado: Estado de Alagoas. Disponível em:<<https://tjal.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/307973526/apelacao-apl-5008854120078020046-al-0500885-4120078020046>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Reexame Necessário nº 0022349-60.2012.4.01.9199/MG. Requerente: Gercina Ferreira da Silva. Requerido: Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS). Disponível em:<<https://trf1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/297713691/remessa-ex-officio-reo-223496020124019199-0022349-6020124019199/relatorio-e-voto-297713716?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 16 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Projeto de Lei nº 470/2013. **Dispõe sobre o Estatuto das Famílias e dá outras providências.** Disponível em:<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115242>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.157.273/RN. Requerente: D.A. de O. Recorridos: A. L. C. G. e outros. Disponível em:<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1157273&b=ACOR&p=trua&l=10&i=9>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 83. Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida. Disponível em:<<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%2783%27>>. Acesso em: 13 dez. 2017.



\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277/DF. Requerente: Procuradoria Geral da República. Disponível em:<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&pagina=2&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lo6p85m>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE 590.779/ES. Requerente: Cecília Nitz. Requerida: Irani Luiza da Costa. Disponível em:<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+590779%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y78f3puf>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Súmula 380. 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. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2482>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

CABELEIRA, Caio Martins. **A ditadura do afeto**: uma crítica à introdução do sentimento como valor jurídico. 03 nov. 2015. Disponível em:<<http://ifecampinas.org.br/a-ditadura-do-afeto-uma-critica-caio-martins/>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Função social do notário**: eficiência, confiança e imparcialidade. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. **Casamento e união estável**: requisitos e efeitos pessoais. Barueri: Manole, 2004.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos notários e registradores comentada**. São Paulo: Saraiva, 2007.

COULANGES, Numa-Denys Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: EDAMERIS, 2006.

DARWIN, Charles Robert. **A origem das espécies**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

**DICIONÁRIO MICHAELIS ONLINE**. Disponível em:<[www.michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=afeto](http://www.michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=afeto)>. Acesso em: 01 mai. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5.

DIP, Ricardo Henry Marques. **Prudência notarial**. São Paulo: Quinta Editorial, 2012.

\_\_\_\_\_. **A natureza e os limites das normas judiciárias do serviço extrajudicial:** Quartier Latin: São Paulo, 2013.

\_\_\_\_\_. **Conceito e natureza da responsabilidade disciplinar dos registradores públicos:** Quartier Latin: São Paulo, 2017.

DUGUIT, Leon. **Las transformaciones del derecho:** público y privado. Buenos Aires: Heliasta, 1975.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado.** 4. ed. São Paulo: Centauro, 2002.

ESTADOS UNIDOS. Massachusetts Supreme Judicial Court. Goodridge v. Dept. of Public Health. Disponível em: <<http://www.mass.gov/courts/>>. Acesso em: 5 jul. 2017.

FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade:** relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. v. 1.

\_\_\_\_\_. **Teoria crítica do direito civil:** à luz do novo código civil brasileiro. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. **Da paternidade: relação biológica e afetiva.** Belo Horizonte: Del Rey, 1996, Vol. 1.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa.** 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FISHER, Helen E. **Anatomia do amor:** a história natural da monogamia, do adultério e do divórcio. Rio de Janeiro: Eureka, 1995.

FREUD, Sigmund. **Totem e tabu.** Rio de Janeiro: Imago, 1974. (Obras psicológicas completas: v. XIII).

\_\_\_\_\_. **Três ensaios sobre a teoria da sexualidade.** In: Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro, Imago, 1974.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade 3:** o cuidado de si. 8. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1985.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA - UNICEF. **Declaração universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <[https://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.htm](https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm)>. Acesso em 13 dez. 2017.

GAUDEMET, Brigitte Basdevant. Um contrat entre l'homme et femme Quelques points à travers l'histoire em Occident. In: FENOUILLET, Dominique; SOMMIÈRES, Pascal de Vareilles (Dir.). **La contractualisation de la famille**. Paris: Econômica, 2001.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

**INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA**. Rio de Janeiro registra mais uma união poliafetiva. 06 abr. 2016. Disponível em: <[www.ibdfam.org.br/noticias/5961/rio+de+janeiro+registra+mais+uma+uniao+poliafetiva](http://www.ibdfam.org.br/noticias/5961/rio+de+janeiro+registra+mais+uma+uniao+poliafetiva)>. Acesso em: 01 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. União poliafetiva: escritura é necessária? 20 abr. 2016. Disponível em: <[www.ibdfam.org.br/noticias/5970](http://www.ibdfam.org.br/noticias/5970)>. Acesso em: 26 mar. 2017.

JACOBI, Friedrich Heinrich. **The Main Philosophical Writings and the Novel Allwill**. Quebec: McGill-Queens University, 1994.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Abril Cultural, 1990.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LACAN, Jacques-Marie Émile. **Função e campo da fala e da linguagem em psicanálise**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Direito das famílias: amor e bioética**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

ROMESIN, Humberto Maturana; VERDEN-ZÖLLER, Gerda. **The origin of humanness in the biology of love**. Exeter: Imprint Academic, 2012.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Porto Alegre: Sulina, 2005.

NERY, Felipe. **Gênero: ferramenta de desconstrução da identidade**. São Paulo: Katechesis, 2015.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Instituições de direito civil: família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 5.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Concubinato: sua moderna conceituação. **Revista Forense**, v. 190, p. 13-17, 1988.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família**: uma abordagem psicanalítica. 2. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge; OLIVEIRA NETO, José Weidson. (In)viabilidade do princípio da afetividade. **Universitas Jus**, Brasília, v. 27, n. 2, p. 113-125, jul./dez. 2016.

PLASTINO, Carlos Alberto. **O primado da afetividade**: a crítica freudiana ao paradigma moderno. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

PUFF, Jefferson. Estamos documentando o que sempre existiu, diz tabeliã que uniu três. **BBC Brasil**. 28 ago. 2012. Disponível em:<[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/08/120828\\_ping\\_uniao\\_poliafetiva\\_jp.shtml](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/08/120828_ping_uniao_poliafetiva_jp.shtml)>. Acesso em: 26 de mar. 2017.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social**. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

RUSSEL, Bertrand. **História do pensamento ocidental**: a aventura dos pré-socráticos a Wittgenstein. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. **Direito e afetividade**: estudo sobre as influências dos aspectos afetivos nas relações jurídicas. 2010. 258 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil), Programa de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos humanos**: conceitos, significados e funções. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCALA, Jorge. **Ideologia de Gênero**. São Paulo: Katechesis, 2015.

SPINOZA, Baruch de. **Ética demonstrada à maneira dos geômetras**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

STRAUSS, Claude Levi. **Estruturas elementares do parentesco**. Petrópolis: Vozes, 1982.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

\_\_\_\_\_. **A disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares**. Disponível em:<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15079-15080-1-PB.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

VENOSA, Silva de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016. v. 6.

VIANA, Marco Aurélio S. **Da união estável**. São Paulo: Saraiva, 1999.

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

WALLON, Henri Paul Hyacinthe. Les milieux, les groupes et la psychogenèse de l'enfant. **Enfance**, Paris (3-4): p. 287-296, mai./oct. 1959.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

WITTENBERG, James F.; TILSON, Ronald L. The evolution of monogamy: hypotheses and evidence. **Annual Review of Ecology and Systematics**, Palo Alto, v. 11, p.197-232, nov. 1980.

WITTGEINSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**. 3. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato e outros. **Direito notarial e registral avançado**. São Paulo