

A REPERSONALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES

Rodrigo Wasem Galia¹

Introdução: A necessidade de uma família repersonalizada

A família precedeu, na história dos agrupamentos humanos, a todos os demais, quer como fenômeno biológico, quer como fenômeno social. Por isso, para bem compreendê-la, faz-se preciso analisá-la em suas diferentes perspectivas científicas, numa espécie de “*paleontologia social*”.²

Na realidade, o ser humano supõe-se nascido inserto no seio familiar, estrutura básica social. E é justamente esta estrutura que irá dar início a moldagem de suas potencialidades, com o fito de prepará-lo para a convivência em sociedade, constituindo a família um meio de busca de sua realização pessoal. Justifica-se o estudo da repersonalização das relações familiares, pois no hodierno direito de família ela existe em função das pessoas que a compõem. A família vai ser a concretização de uma forma de viver os fatos básicos da vida.³

1. A Família Eudemonista

É na família que normalmente se sucedem os fatos elementares da vida do ser humano, desde o seu nascimento, até a sua morte. Além de atividades de cunho natural, biológico, a família é também o ponto de partida fecundo e próprio para fenômenos culturais, tais como as escolhas profissionais e afetivas, além da vivência dos problemas e sucessos. O homem se distingue dos demais animais, pela susceptibilidade de escolha de seus caminhos e orientações, formando grupos elementares nos quais poderá desenvolver sua personalidade, na busca da felicidade.⁴

¹ Advogado, Mestre em Direito (PUCRS/ 2004), Professor Universitário do IPA Metodista (Porto Alegre / RS), Professor Convidado de Cursos Preparatórios para Concursos, Advogado, Pesquisador Integrante do Grupo Prismas do Direito Civil-Constitucional (PUCRS – CNPq).

² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito civil: alguns aspectos de sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.167.

³ SARTI, Cynthia. A. Família e individualidade: um problema moderno. In CARVALHO, Maria do Carmo Brant de (org.). *A família contemporânea em debate*. São Paulo: Cortez, 2000, p. 40.

⁴ É, portanto, a inserção definitiva da família no terreno da cultura, desprendendo de velhos conceitos biológicos. A respeito do tema, Claude LEVY-STRAUSS, com rara sensibilidade, já percebia o fenômeno de *desnaturalização da família*, retirando-a do campo biológico, para encartá-la na seara cultural, a partir da compreensão do parentesco a partir de um laço social, desatrelado do fato biológico, cf. *Les structures élémentaires de la parente*. Paris: Mouton, 1967.

Deste modo, pode-se dizer que a família abandona um caráter natural, assumindo uma nova feição, agora forjada em fenômenos culturais. Trata-se de uma estrutura psíquica e que possibilita ao ser humano estabelecer-se como sujeito e desenvolver relações na polis.⁵

Entre as mudanças operadas pelo mundo contemporâneo, mais sentidas foram aquelas que se desenvolvem nas vidas pessoais dos seres humanos: na sexualidade, no casamento, na relação pais e filhos, nas formas de expressão de afetividade em geral.⁶

Nunca antes as coisas haviam mudado tão rapidamente para uma parte tão grande da humanidade. Tudo é afetado: arte, ciência, religião, moralidade, educação, política, economia, vida familiar, até mesmo os aspectos mais íntimos da vida – nada escapa.⁷

Esses avanços tecnológicos, científicos e culturais operam a eliminação de fronteiras arquitetadas pelo sistema jurídico-social clássico; abrindo espaço para uma família contemporânea, mais susceptível às influências da nova sociedade, que traz consigo necessidades universais, independentemente de línguas ou territórios.

2. O Novo Paradigma Repersonalista

A transição da família como unidade econômica para uma compreensão igualitária, tendente a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, reafirma uma nova feição, agora fundada no afeto. Este novo balizamento evidencia um espaço privilegiado para que os seres humanos se complementem e completem.

Não se pode teorizar sobre a família na sociedade contemporânea sem ter em conta as profundas transformações por que passou a instituição, a ponto de só guardar remota identidade com seus antecedentes históricos. A substituição, de um lado, da *grande família*, que compreendia a própria linha dos escravos, pela *família nuclear*, centrada na tríade *pai-mãe-filho*, operada nos séculos XIX e XX, mas sobretudo o aprofundamento afetivo no interior do grupo deram-lhe um novo rosto. De unidade proposta a fins econômicos, políticos, culturais e religiosos, a família passou a grupo de companheirismo e lugar de afetividade.⁸

A nova visão da família traduz um relacionamento baseado na comunicação emocional, em que as recompensas derivadas de tal comunicação são a principal base para a continuação do relacionamento.⁹

⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 35.

⁶ GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrole: o que a globalização está fazendo de nós*. Rio de Janeiro: Record, 2000, p.61.

⁷ ZAMBERLAM, Cristina de Oliveira. *Os novos paradigmas da família contemporânea: uma perspectiva interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.11.

⁸ VILLELA, João Baptista. *Liberdade e família*. v. 3. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Revista da Faculdade de Direito da UFMG, 1980, p. 11.

⁹ GIDDENS, A., op. cit., p.70.

Na verdade, o fenômeno familiar não é uma totalidade homogênea, mas um universo de relações diferenciadas¹⁰, que atingirão cada uma das partes nele inseridas, de modo diferenciado, necessitando, conseqüentemente, de um enfoque multidisciplinar para a sua compreensão global.

Sobreleva-se, desta maneira, perceber que as estruturas familiares são guiadas por diferentes modelos, variantes nas perspectivas de tempo e de espaço, pretendendo atender às expectativas da própria sociedade e às necessidades do próprio homem.

As rupturas a que assistimos hoje são culminação de um processo de dissolução iniciado há muito tempo. Ele está ligado, em particular, ao desenvolvimento do individualismo moderno no século XIX. Um imenso desejo de felicidade, essa felicidade que o revolucionário Saint-Just considerava uma idéia nova na Europa – ser a gente mesmo, escolher sua atividade, sua profissão, seus amores, sua vida —, apoderou-se de cada um. Especialmente das categorias mais dominadas da sociedade – os operários, por exemplo – e da família: os jovens, as mulheres. Enquanto os rapazes resistiam às decisões paternas, as mocinhas da boa sociedade confiavam a seu diário o desejo de amar e ser feliz, de casar por amor e até de ser independente e de criar.

Passados 18 anos, os jovens operários não mais aceitavam remeter aos pais a totalidade do dinheiro que recebiam. Preferiam viver em concubinato ou percorrer as estradas. As mulheres, talvez mais ainda, queriam ser pessoas, ir e vir livremente, viajar, instruir-se, administrar seus bens, eventualmente trabalhar e dispor de seu salário. Sonhavam com o amor e preferiam não raro o celibato a um marido imposto.¹¹

E é a comunicação emocional, ou intimidade, que se apresenta como condição *sine qua non* para o desenvolvimento harmônico das relações familiares, pois é a partir da interlocução que os membros das comunidades familiares se aproximam, estreitando os processos de confiança.

Tratando principalmente da França medieval até o início do século XIX, Philippe ARIÈS, pioneiro no enfoque repersonalista da família, analisa as transformações da vida social através da representação do núcleo familiar, descrevendo muito bem o cenário encontrado na época:

Assim, o serviço doméstico se confundia com a aprendizagem, como uma forma muito comum de educação. A criança aprendia pela prática, e essa prática não parava nos limites de uma profissão, ainda mais porque na época não havia limites entre a profissão e a vida particular; a participação na vida profissional – expressão bastante anacrônica, aliás – acarretava a participação na vida privada, com a qual se confundia aquela. Era através do serviço doméstico que o mestre transmitia a uma criança, não ao seu filho, mas ao filho de outro homem, a bagagem de conhecimentos, a experiência prática e o valor humano que pudesse possuir.¹²

A família transformou-se profundamente na medida em que modificou suas relações internas com a criança. Nesse processo, a criança foi fundamental para entender o que estava

¹⁰ SARTI, C., op. cit., p.39.

¹¹ PERROT, Michelle. O nó e o ninho. *Veja 25 anos: Reflexões para o futuro*. São Paulo: Abril, 1993, p.78-79.

¹² ARIÈS, Philippe. *A História Social da Criança e da Família*. 2ª ed. Editora Guanabara. Rio de Janeiro, 1981, p. 239.

ocorrendo à época, e a necessidade de educá-la ou prepará-la para a vida futura passou a fazer parte da dinâmica familiar, tendo a escola como principal complemento.¹³

De fato, o aumento da escolarização remete a transformações muito mais profundas: mais do que uma socialização dos aprendizados, é um aprendizado da sociedade. Antes, esse aprendizado se dava dentro da família, e esta podia ser definida com justeza como a ‘célula de base’ da sociedade. Sob fortes pressões econômicas, ela era regida por normas que podiam ser aplicadas em meios mais abrangentes, submetidos a pressões semelhantes. [...] Se os pais se tornaram menos autoritários, mais liberais, mais abertos, é sem dúvida porque os costumes evoluíram, mas também e principalmente porque as razões de impor esta ou aquela atividade ao filho deixaram de existir. [...] A liberalização da educação familiar faz com que a família transfira para a escola o aprendizado da vida em sociedade.¹⁴

Com a inserção da escola e a permanência das crianças em seus lares, observa-se que a família se distancia da sociedade para se fechar, cada vez mais, num espaço limitado da vida particular.

No século XVII, a família passou a manter-se distante da sociedade, a confiná-la em um espaço limitado, a necessidade de intimidade e de identidade dos membros da família se tornou constante na dinâmica da estrutura familiar. O “ficar juntos”¹⁵ demonstrou-se eficaz nas relações familiares. Porém, até o início do século XVIII, uma grande parte da população pobre possuíam as crianças afastadas da casa de seus pais, se caracterizando ainda como “aprendizes”.¹⁶

Observa-se um forte movimento de expressão da criança na família pré-moderna, não havendo segregação entre o mundo de casa e o mundo do trabalho, porém a existência de uma forte segregação dos sexos, transparecendo um alto grau de subordinação da mulher em relação ao homem (modelo patriarcal). No momento em que a produção fabril passa a suplementar o espaço doméstico, ocorre a entrada da mulher e da criança no mercado de trabalho.¹⁷

Caracterizam o desenvolvimento da família moderna a maior intimidade entre cônjuges, a afeição crescente entre pais e filhos e o aconchego do lar conjugal. Apesar de não se poder deixar de lado o desenvolvimento do capitalismo – com a ocorrência de uma melhoria nas condições de vida, a expansão do assalariamento, foi a revolução sentimental ocorrida na Europa do século XIX, quando os jovens europeus substituíram os sentimentos de

¹³ ARIÈS, Philippe, *A História Social...*, p. 239.

¹⁴ PROST, Antoine [org]. *História da vida privada: da Primeira Guerra aos nossos dias*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p. 82.

¹⁵ DOLTO, Françoise. *A dificuldade de viver*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1989, p. 58.

¹⁶ ARIÈS, Philippe, *A História Social...*, p. 239.

¹⁷ SAMARA, Eni de Mesquita. *As mulheres, o poder e a família*. São Paulo: Secretária do Estado da Cultura, 1989, p. 44.

linhagem e de coletividade por aqueles que glorificavam a felicidade a realização pessoal, a grande mudança na formação do núcleo familiar, na esteira da doutrina eudemonista.¹⁸

3. A Família Pós-Moderna

Outrossim, deixando a família de ser compreendida estritamente como núcleo econômico e reprodutivo (entidade de produção), avançando para uma compreensão sócio-afetiva (como expressão de uma unidade de afeto e entre-ajuda), surgem, naturalmente, novas representações sociais, novos arranjos familiares, isto é, as entidades familiares tornam-se plurais, já que existem ou não em razão do sentimento (afeto) dos membros que as compõem. Relativiza-se o casamento como ponto referencial único e necessário, para buscar a proteção e o desenvolvimento da personalidade do homem. É a busca da dignidade humana, sobrepujando valores meramente patrimoniais, no embate entre o ter e o ser.¹⁹

A família, tendo desaparecido suas funções tradicionais, no mundo do ter liberal burguês, reencontrou-se no fundamento da afetividade, na comunhão de afeto, pouco importando o modelo que adote, inclusive o que se constitui entre um pai ou mãe e seus filhos. A comunhão de afeto é incompatível com o modelo único, matrimonializado, que a experiência constitucional brasileira consagrou, de 1824 até 1988. A afetividade, cuidada inicialmente pelos cientistas sociais, pelos educadores, pelos psicólogos, como objeto de suas ciências, entrou nas cogitações dos juristas, que buscam explicar as relações familiares contemporâneas.²⁰

O casamento, que nesse contexto adquire novo relevo como instituição auto-suficiente, perde sua destinação transpessoal em favor da realização íntima dos cônjuges. Significa a ampliação dos espaços deixados à livre determinação do casal. Verifica-se, sob este aspecto, o que se poderia denominar a *romanização* do casamento moderno. Essencialmente comportamental, o casamento romano era vivido e não contraído; a *affectio maritalis* provém do casamento romano.²¹

¹⁸ Nesse sentido, VILLELA, João Baptista. *Liberdade e família*. v. 3. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Revista da Faculdade de Direito da UFMG, 1980, p. 11.

¹⁹ MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação..., p. 110-111: “O Código Civil, dantes elaborado com a finalidade de centralizar o sistema de regras jurídicas destinadas a reger as relações de natureza privada, cede lugar à chamada publicização ou despatrimonialização do direito privado. Em consequência, a Constituição sucede o Código Civil como ponto de atração do sistema normativo, traduzindo, assim, a perspectiva publicista do Estado de Direito.

Afastada a dicotomia clássica entre o privado e o público, na medida em que o ordenamento é visto como unidade e o Direito Civil passa a ser o direito dos cidadãos frente ao Estado.

Nessa ordem de idéias, legislador e intérprete centralizam sua preocupação na função social dos institutos privados, buscando realizar os interesses existenciais e individuais da pessoa humana, favorecendo, assim, o seu pleno desenvolvimento como tal”.

²⁰ LÓBO, Paulo Luiz Neto. *Princípio jurídico da afetividade na filiação*. Disponível em <<http://www.jus.com.br/doutrina/afetfili.html>>. Acesso em 08.07.2003.

²¹ VILLELA, J. B., op. cit., p. 20.

Ao colocar em xeque a estruturação familiar tradicional, a contemporaneidade (em meio às inúmeras novidades tecnológicas, científicas e culturais) permitiu entender a família como uma organização subjetiva fundamental para a construção individual da felicidade.

O grupo familiar numeroso, que visava permitir um aumento da mão-de-obra rural, tendo como chefe unicamente o marido, e estando à mulher a ele submetida por um vínculo social, religioso e fundamentalmente jurídico, representado pela matrimonialização, perde espaço para a família nuclear, consistente apenas na tríade pai-mãe-filho.²²

Nesta concepção eudemonista, o indivíduo não pensa que ele existe apenas para a família, mas sim que esta existe para o seu desenvolvimento pessoal. Pode-se observar, ao se recordar SAVIGNY²³, o quanto evoluiu a *ratio* da família na passagem do século XIX ao século XX: “Uma democracia das emoções é exatamente tão importante quanto a democracia pública para o aperfeiçoamento da qualidade de nossas vidas”.²⁴

Com as transformações advindas da Constitucionalização do Direito Civil (e em especial, no presente contexto, do direito de família), uma série de novos ou revisitados elementos (quer sejam eles doutrinários, existenciais ou legislativos) foram se agregando à hodierna concepção de Direito Privado, e é especificamente em tais transformações que se reflete o movimento denominado de repersonalização do Direito Civil.

O desafio que se coloca aos juristas, principalmente aos que lidam com o direito de família, é a capacidade de ver as pessoas em toda sua dimensão ontológica, a ela subordinando as considerações de caráter biológico ou patrimonial. Impõe-se a materialização dos sujeitos de direitos, que são mais que apenas titulares de bens. A restauração da primazia da pessoa humana, nas relações civis, é a condição primeira de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais.²⁵

A repersonalização das relações familiares significa, antes de tudo, que os interesses da pessoa humana sejam muito mais valorizados do que o patrimônio o qual detenha. “A tendência pós-contemporânea de ver a família na perspectiva das pessoas que a integram, e não de seus patrimônios, para regulação de seus direitos, constitui o fenômeno que apropriadamente se denomina repersonalização. É na pessoa, enquanto tal, que reside a dignidade humana”.²⁶

²² VILLELA, J. B., op. cit., p. 11.

²³ SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Sistema del diritto romano attuale*. Trad. Di Vittorio Scialoja. v. 1. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1886, p. 345: Na família se tem o germe do Estado, e o Estado, uma vez formado, tem por elemento imediato as famílias, não os indivíduos.

²⁴ GIDDENS, A., op. cit., p.72.

²⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio...*

²⁶ LÔBO, *Princípio...*

A repersonalização das relações familiares traça um novo perfil ao Direito de Família, qual seja, o de conceder status constitucional de entidade familiar aos indivíduos que desejarem unir-se por laços de afeto, no desiderato de reformular molduras ultrapassadas engendradas pelo legislador, de cunho meramente patrimonial.²⁷

4. O Afeto como Precursor da Efetividade Jurídica da Repersonalização

Uma das conseqüências práticas da repersonalização é a adoção da concepção de família já existente na história antiga da humanidade, no Direito Romano, constituindo a idéia básica da família²⁸ eudemonista - concepção esta reconhecida por outros ramos do conhecimento - ou seja, da família direcionada à realização dos indivíduos que a compõem. Busca-se tutelar não mais a família como ente transpessoal, vinculada à relação de produção e procriação, como outrora, mas sim como *locus* de realização pessoal, de caráter íntimo e afetivo dos indivíduos.²⁹

Com o advento da Constituição de 1988, surgem novos conceitos. Uma nova concepção de família toma corpo no ordenamento jurídico brasileiro. É uma família fundada na afetividade, onde não há mais a necessidade de um vínculo presente no papel, ou seja, o casamento não é mais a base única dessa família — questiona-se a idéia de família exclusivamente matrimonial. Da Grande Família, passou-se à Família Nuclear; fala-se, agora, da Família Pós-Nuclear. A hierarquia entre seus membros está comprometida pelo princípio da igualdade. Contrariamente ao patriarcalismo, a Constituição consagra a direção da família por ambos os cônjuges.³⁰

O princípio da afetividade tem base constitucional; não se constituindo como uma petição de princípio, nem como fato exclusivamente sociológico ou psicológico. No que concerne aos filhos, a evolução dos valores da civilização ocidental levou à progressiva superação dos fatores de discriminação entre eles. A família projetou-se como grupo social fundado essencialmente em laços de afetividade. Há, na Constituição Federal brasileira, três fundamentos essenciais do princípio da afetividade: a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º); b) a adoção, como escolha afetiva, garante, sem diferenças de hierarquia a igualdade de direitos do adotado em relação aos filhos

²⁷ LÔBO, Paulo Luiz Neto. A repersonalização das relações de família. In: BITTAR, Carlos Alberto. *O direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 54: “A família, convertendo-se em espaço de realização da afetividade humana, marca o deslocamento da função econômico-procracional para essa nova função”.

²⁸ BITTAR, Carlos Alberto. Novos rumos do direito de família. In: BITTAR, Carlos Alberto. *O direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 34: “Sensível evolução tem experimentado a família nas últimas décadas, em função do progresso econômico, tecnológico e social, que lhe confere atualmente feição eminentemente nuclear, personalizada e paritária quanto a direitos de seus componentes...”.

²⁹ LÔBO, repersonalização, p. 74: “O interesse a ser tutelado não é mais o do grupo organizado como esteio do Estado, e das relações de produção existentes, mas das condições que permitam à pessoa humana realizar-se íntima e afetivamente, nesse pequeno grupo social”.

³⁰ In MATOS, Ana Paula Harmatiuk. *Aspectos sociais e jurídicos relativos à família brasileira: De 1916 A 1988*. Disponível em < <http://www.unibrasil.com.br/criticajuridica/17/r.htm> >. Acesso em: 16.10.2002.

biológicos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, já que hierarquicamente iguais aos demais descendentes, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º), não mais oriunda unicamente, desta forma, do casamento.³¹

A Constituição Federal de 1988 tornou viável a existência de um modelo jurídico plural de família.³² Não se circunscreve tão somente nas três hipóteses do art. 226 da Carta Maior, pois sua interpretação sistemática opera no sentido de abertura do núcleo familiar funcionalizado à dignidade, à liberdade e à igualdade da pessoa humana.

A família não é mais uma única definição. Mostra-se, então, ser discutível quando, no estudo da evolução da estrutura familiar, de costume se opõe o tradicional ao moderno como tese e antítese. Ela se torna plural.³³

Na medida em que se “despatrimonializa”³⁴, isto é, se reduz o conteúdo patrimonial das relações no sistema jurídico, passa a família a ter novas diretrizes, presentes na jurisprudência, consentânea aos valores existenciais da pessoa humana. O patrimônio resta, nesta dimensão ontológica atual, menos importante, menos privilegiado.³⁵

A excessiva preocupação com os interesses patrimoniais que matizaram o direito de família tradicional não encontra eco na família atual, vincada por outros interesses de cunho pessoal ou humano, tipificados por um elemento aglutinador e nuclear distinto: a afetividade. Esse elemento nuclear define o suporte fático da família tutelada pela Constituição, conduzindo ao fenômeno que denominamos repersonalização.

A restauração da primazia da pessoa, nas relações de família, na garantia da realização da afetividade e de sua dignidade, é a condição primeira de adequação do direito à realidade. Essa mudança de rumos é inevitável.

A família tradicional aparecia através do direito patrimonial e, após as codificações liberais, pela multiplicidade de laços individuais, como sujeitos atomizados. Agora, é fundada na solidariedade, na cooperação, no respeito à dignidade de cada um de seus membros, que se obrigam mutuamente em uma comunidade de vida. A família atual é apenas compreensível como espaço de realização pessoal afetiva, no qual os interesses patrimoniais perderam seu papel de principal protagonista. A repersonalização de suas relações revitaliza as entidades familiares, em seus variados tipos ou arranjos.³⁶

Assim é que boa parte dos impedimentos matrimoniais do Código Civil de 1916 não tinha as pessoas, mas o patrimônio dos cônjuges como valor adotado. Assim, o que se

³¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: Para Além do Numerus Clausus. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, Jan. /fev. /mar. 2002. v.3, n. 12, p. 46-47.

³² PERLINGIERI, P., op. cit., p. 250: “A família como conceito legislativo não é absolutamente unitária... A pluralidade de modelos familiares, o fato de que a sua organização não se esgote nas restritas formas de uma família nuclear, não devem ser ignorados na análise jurídica”.

³³ FACHIN, Luiz Edson. *Da função pública ao espaço privado: aspectos da “privatização” da família no projeto do “estado mínimo”*. In: *Direito e Neoliberalismo: Elementos para Uma Leitura Interdisciplinar*. Curitiba: EDIBEJ, 1996, p. 140.

³⁴ A expressão é de Pietro PERLINGIERI, op. cit., p. 33.

³⁵ PERLINGIERI, P., op. cit., p. 30.

³⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 307, 10 mai. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5201>>. Acesso em:  05 set. 2004.

buscava proteger era o patrimônio, e não a pessoa humana. Tais impedimentos ainda se mantiveram vivos no atual Código Civil, preso à dogmática civilista clássica.³⁷

Esses tipos de impedimento não devem persistir nas atuais relações de família, centrada no princípio de liberdade estabelecido na nova Constituição e nas forças vivas da instituição social (...) Não deve a proteção do patrimônio suplantar a proteção das pessoas.³⁸

Nesta perspectiva, a “despatrimonialização” torna-se uma tendência sociocultural, justificada institucionalmente como suporte ao desenvolvimento da pessoa humana.³⁹

Os diversos preceitos do art. 227 referem-se à família, em geral, sem tipificá-la, ressaltando o interesse das pessoas que a integram, no mesmo sentido empregado pelo § 8º. do art. 226. Para concretizar os interesses de cada pessoa humana, especialmente dos mais débeis (criança e idoso) é imputada à família o dever de assegurá-los (arts. 227, *caput*, e 230). Ao contrário da longa tradição ocidental e das constituições brasileiras anteriores, de proteção preferencial à família, como base do próprio Estado e da organização política, social, religiosa e econômica, a Constituição de 1988 mudou o foco para as pessoas humanas que a integram, razão porque comparece como sujeito de deveres mais que de direitos. A proteção da família é proteção mediata, ou seja, no interesse da realização existencial e afetiva das pessoas. Não é a família *per se* que é constitucionalmente protegida, mas o *locus* indispensável de realização e desenvolvimento da pessoa humana. Sob o ponto de vista do melhor interesse da pessoa, não podem ser protegidas algumas entidades familiares e desprotegidas outras, pois a exclusão refletiria nas pessoas que as integram por opção ou por circunstâncias da vida, comprometendo a realização do princípio da dignidade humana.⁴⁰

Os contraceptivos permitiram à mulher e ao homem controlar a procriação. Este controle teve impacto fundamental na estrutura familiar. Ter filhos passou a ser um opção livre e consciente, inclusive com a responsabilidade inerente, não somente da concepção, mas do desenvolvimento humano da criança.

Observa-se, assim, que o afeto perpassa todo o núcleo familiar e passa a trazer conseqüências jurídicas ao Direito de Família, como é o caso da filiação, que passa a ser definida não mais levando em consideração o critério biológico, e sim o afetivo.

Impõe-se a distinção entre origem biológica e paternidade/maternidade. Em outros termos, a filiação não é um determinismo biológico, ainda que seja da natureza humana o impulso à procriação. Na maioria dos casos, a filiação deriva-se da relação biológica; todavia, ela emerge da construção cultural e afetiva permanente, que se faz na convivência e na responsabilidade.

No estágio em que nos encontramos, há de se distinguir o direito de personalidade ao conhecimento da origem genética, com esta dimensão, e o direito à filiação e à paternidade/maternidade, nem sempre genético.

O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não do sangue. A história do direito à filiação confunde-se com o destino do patrimônio familiar, visceralmente ligado à consangüinidade legítima. Por isso, é a história da lenta emancipação dos filhos, da redução

³⁷ LÔBO, Paulo Luiz Neto. A repersonalização das relações de família. In: BITTAR, Carlos Alberto. *O direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 65. No atual Código Civil a matéria encontra-se regulada nos artigos 1521 a 1524.

³⁸ LÔBO, repersonalização, p. 66.

³⁹ FACHIN, R. A. G., op. cit., p. 10-11.

⁴⁰ LÔBO, Entidades familiares..., p. 45-46.

progressiva das desigualdades e da redução do *quantum* despótico, na medida da redução da patrimonialização dessas relações.⁴¹

Ser pai ou mãe é muito mais um ato de amor, de zelo, de afeto, do que um vínculo biológico.

A igualdade entre filhos biológicos e adotivos implodiu o fundamento da filiação na origem genética. A concepção de família, a partir de um único pai ou mãe e seus filhos, eleva-os à mesma dignidade da família matrimonializada. O que há de comum nessa concepção plural de família e filiação é a relação entre eles fundada no afeto.⁴²

A afetividade⁴³ traz consigo a valorização da pessoa humana e de seus sentimentos (entre eles, o afeto), tornando esta a protagonista de seu viver e de seu agir dentro da entidade familiar a que esteja democraticamente inserida.

Entre as duas guerras, a intensa propaganda da natalidade não teve nenhum efeito sobre a vontade limitativa dos casais – e das mulheres. “Ter um filho quando quero, como quero” foi o mais popular dos slogans do feminismo contemporâneo. A livre disposição de seu corpo, de seu ventre, de seu sexo tornou-se no século XX uma reivindicação prioritária.

Ameaçada assim pela efervescência dos seus, a família tradicional sofre igualmente o choque de fatores externos. A obsolescência das técnicas e dos saberes aniquila as possibilidades de transmissão. Há rupturas em todas as formas de transmissão de “capital”, seja ele econômico, social, cultural ou simbólico. Virtualmente não se transmite mais quase nada aos filhos: nem fortuna, nem profissão, nem crenças, nem saberes. Os pais fazem triste figura diante dos novos meios de comunicação, como a informática, que seus filhos dominam de olhos vendados. A desigualdade de saberes deixou de ser de cima para baixo: basta ver o número de adultos que freqüentam cursos universitários. Os pais perderam seus papéis de iniciadores do saber de que os filhos precisam, o que altera profundamente o relacionamento familiar. Estamos condenados a inovar.⁴⁴

A bioética também exerce papel fundamental nessa nova concepção do que seja família: através de técnicas de procriação de laboratório, um homem e uma mulher podem gerar um filho sem se conhecer, sem ter qualquer tipo de relacionamento afetivo. É como se a sociedade, ao deslocar a família tradicional, não necessitasse mais dela.⁴⁵

A família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, além do forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevailecimento de interesses patrimoniais. É o salto, à frente, da pessoa humana nas relações familiares.⁴⁶

⁴¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio ...*

⁴² LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio...*

⁴³ DIAS, Maria Berenice. Efeitos Patrimoniais das Relações de Afeto. *Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 15/97, cad. 3, p. 301: “[...] amplo é o espectro do afeto, mola propulsora do mundo e que fatalmente acaba por gerar conseqüências que necessitam se integrar ao sistema normativo legal”.

⁴⁴ PERROT, Michelle. O nó e o ninho, p. 79-80.

⁴⁵ PERROT, Michelle. O nó e o ninho, p. 80.

⁴⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio...*

É preciso salientar que a pessoa humana passa a ser o centro do ordenamento jurídico, sendo tuteladas as questões patrimoniais na medida em que, acessoriamente, acompanhem os sujeitos de direito.

As questões do Direito de Família estão sempre em torno do eterno desafio e essência da vida: dar e receber amor. Por isso podemos afirmar que o que sustenta o Direito de Família e o que se pretende ordenar juridicamente sobre a família são as relações de afeto e as consequências patrimoniais daí decorrentes.⁴⁷

A repersonalização, que representa uma forma mais humana e aberta de se enxergar a entidade familiar, aproxima o Direito de seu verdadeiro fundamento e fim último: promover a justiça e a paz entre as pessoas.⁴⁸

Ressignificar a família na função balizadora do périplo existencial é um imperativo nos dias que correm; reposicioná-la como guardiã de nossas identidades pessoais é condição *sine qua non* para a superação das ansiedades confusionais a que se está sujeito pelas características competitivas do mundo de hoje; revitalizá-la com o aporte de novas e mais satisfatórias modalidades de relacionamento entre os seus membros é indispensável para se seguir aperfeiçoando a convivência humana; por fim, repensá-la é tarefa a ser por todos compartilhada, por sua transcendência com a condição humana.⁴⁹

O objeto das normas jurídicas não é a família, como valor autônomo, em detrimento das pessoas humanas que a integram, já que antes, a proteção se voltava para a paz doméstica, considerando-se a família fundada no casamento com um bem em si mesmo.

Creio que há algo de novo no Direito de Família: a vontade de vencer os limites ridículos da acomodação intelectual. Porém, tudo será vão sem a assunção pela sociedade – enquanto Estado, comunidade acadêmica, organizações não governamentais – de uma postura responsável em relação à família – lato sensu – e a infância e adolescência – *stricto sensu*. Transformando o texto da Constituição Federal em letra viva.

O Direito de Família parece-me ser o espaço privilegiado para a discussão dos diferentes olhares sobre a familiaridade, algo que pode vir a contaminar todo o Direito de uma mobilização para a interdisciplinaridade.⁵⁰

É a pessoa humana que ganha relevo nesta nova perspectiva familiar fundada no afeto, sendo este último elemento caracterizador das novas entidades familiares que venham a ser formadas na contemporaneidade, além das já existentes.

Não é a família em si que nossos contemporâneos recusam, mas o modelo excessivamente rígido e normativo que assumiu no século XIX. Eles rejeitam o nó, não o ninho. A casa é, cada vez mais, o centro da existência. O lar oferece, num mundo duro, um abrigo, uma proteção, um pouco de calor humano. O que eles desejam é conciliar as vantagens da solidariedade familiar e as da liberdade individual. Tateando, esboçam novos modelos de famílias, mais igualitárias nas relações de sexos e de idade, mais flexíveis em suas temporalidades e em seus componentes, menos sujeitas à regra e mais ao

⁴⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito, amor e sexualidade*. A Família na Travessia do Milênio, Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. IBDFAM, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2000, p. 59.

⁴⁸ CATTANEO, Mário A. *Persona e stato di diritto*: discorsi all'á Nazione Europea. Torino: Giappichelli, 1994, p. 54-55.

⁴⁹ ZAMBERLAN, C. O., op. cit., p. 150-151.

⁵⁰ COLARES, Marcos. O que há de novo em Direito de Família? In *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: SÍNTESE, n.º 4, Jan-Fev-Mar 2000, p. 46.

desejo. O que se gostaria de conservar da família, no terceiro milênio, são seus aspectos positivos: a solidariedade, a fraternidade, a ajuda mútua, os laços de afeto e o amor. Belo sonho.⁵¹

Erige-se a repersonalização das relações familiares, no intuito de readequar as normas referentes à família com a estrutura axiológica estabelecida em 1988, buscando, preliminarmente, a tutela do indivíduo enquanto ser, valorizando a sua dimensão ontológica.

Deve-se advertir, contudo, que controversa se mostra a questão da indenização por dano moral por abandono afetivo de pai em relação a filho, independentemente da existência ou não do pagamento de alimentos. O Poder Judiciário pode e deve obrigar um pai a pagar alimentos ao filho, mas não pode efetivar o amor e o cuidado do genitor em relação ao mesmo. O STJ recentemente afastou a indenização por abandono afetivo do genitor em relação ao filho.⁵²

À Guisa de conclusão

A família contemporânea rompe os limites impostos por qualquer moldura solidificada pela codificação, seja ela oitocentista ou atual. A ela não cabem mais normas que reflitam valores arcaicos, com aplicabilidade ou preocupação incoerentes com o sistema constitucionalmente assegurado. Impõe-se a leitura dos dispositivos atinentes ao Direito Civil em um viés de personalidade,⁵³ na busca da superação da ética patrimonialista que marcou o espírito do legislador do Código de 1916 e também o legislador atual, na esteira do Novo Código Civil.

É preciso que se compreenda, neste novo viés constitucionalizado do Direito de Família, o papel dos Direitos Fundamentais enquanto garantidores desta tutela aos indivíduos nas suas relações afetivas.

⁵¹ PERROT, Michelle. O nó e o ninho, p. 81.

⁵² STJ, 4ª.Turma, Resp. 757411/MG; RECURSO ESPECIAL 2005/0085464-3, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, julgada em 29 de novembro de 2005 e publicada no DJ em 26/03/2006, resultando na seguinte Ementa:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. **ABANDONO MORAL**. REPARAÇÃO. **DANOS MORAIS**. IMPOSSIBILIDADE.

1. A **indenização** por **dano moral** pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o **abandono afetivo**, incapaz de reparação pecuniária.

2. Recurso especial conhecido e provido”.

⁵³ ARONNE, Ricardo, *Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados*, p. 88:

“O compromisso transformador, que é inerente à idéia de Estado Social e Democrático de Direito, publiciza o Direito Civil, com vistas à sua ‘repersonalização’, pelos mecanismos normativos do sistema, na noção contemporânea traçada, ampliando o interesse recebido nas titularidades, com vistas a sua funcionalização, na condição de meio de concretização dos valores constitucionalizados”.

A concepção jurídica de família há de ter a flexibilidade suficiente para renovar-se em harmonia com as transformações sociais — tendo em vista o importante papel que desenvolve para a realização de seus membros —, configurando-se enquanto espaço de “abrigo” sentimental e afetivo.

Daí o porquê de se afastar a responsabilidade civil de indenizar por abandono afetivo entre pais e filhos, por não ser coerente com a idéia de afeto que permeia as entidades familiares contemporâneas. Afetividade deve ser dada, não cobrada, porque ser pai ou mãe não depende de vínculo biológico, mas de carinho, zelo e atenção, realidade essa que não pode mais ser alheia ao Direito.

A leitura dos institutos previstos no Código Civil somente pode ser realizada à luz dos princípios constitucionais, de forma a alinhar o Direito Civil, enquanto parte do sistema jurídico, à teia axiológica e normativa vigente, com especial valor à proteção da dignidade da pessoa humana.

Funcionalizada pelo papel jurídico do elemento afetivo⁵⁴, que passa a lhe dar contornos mais delineados, principia a família a encontrar seu nicho constitucional, aproximando o Direito da realidade social.⁵⁵

É o passo à frente a ser dado para que as mudanças nas relações familiares, tendo por fundamento o elemento afetivo entre os seus membros, sejam levadas a efeito, descortinando a concepção eudemonista da família no século XXI.

⁵⁴ BARROS, Sérgio Resende de, A ideologia do afeto, p. 09:

“O afeto é que conjuga. Apesar da ideologia da família parental de origem patriarcal pensar o contrário, o fato é que não é requisito indispensável para haver família que haja homem e mulher, nem pai e mãe. Há famílias só de homens ou só de mulheres, como também sem pai ou mãe. Ideologicamente, a atual Constituição brasileira, mesmo superando o patriarcalismo, ainda exige o parentalismo: o biparentalismo ou o monoparentalismo. Porém, no mundo dos fatos, uma entidade familiar forma-se por um afeto tal – tão forte e estreito, tão nítido e persistente – que hoje independe do sexo e até das relações sexuais, ainda que na origem histórica não tenha sido assim. Ao mundo atual, tão absurdo é negar que, mortos os pais, continua existindo entre os irmãos o afeto que define a família, quão absurdo seria exigir a prática de relações sexuais como condição *sine qua non* para existir a família. Portanto, é preciso corrigir ou, dizendo com eufemismo, atualizar o texto da Constituição brasileira vigente, começando por excluir do conceito de entidade familiar o parentalismo: a exigência de existir um dos pais”.

⁵⁵ CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 274: “Quando a presença do afeto, nas relações de família, era presumida, sua relevância jurídica consistia em ser tomado como existente, não dando margem a muita discussão. Porém, a partir do momento em que sua presença se tornou essencial para dar visibilidade jurídica às relações familiares, o afeto passou a ter outro sentido, ocupando maior espaço no Direito de Família”.