



## A FAMÍLIA NA CONTEMPORANEIDADE – ASPECTOS JUSFILOSÓFICOS

Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf\*

**Resumo** – A família é originariamente o lugar onde o homem se encontra inserido por nascimento ou adoção e nela desenvolve, mediante as experiências vividas, sua personalidade e seu caráter. O conceito de família vem sofrendo, no passar dos tempos, inúmeras transformações de caráter público e privado, em face do interesse e do novo redimensionamento da sociedade. Nesse sentido, ao lado da família formada para perpetuar o culto religioso doméstico, da família constituída em virtude da autoridade parental e da família orientada pelo direito canônico veio a pós-modernidade remodelar as relações familiares tal como anteriormente conhecidas, fazendo alçar formas novas, amparadas no afeto e na verdade, buscando nada além do que a realização pessoal e a felicidade dos seus componentes. Na evolução histórica da família, além da família tradicional, formada pelo casamento, a introdução de novos costumes e valores, a internacionalização dos direitos humanos, a globalização e o respeito ao ser humano, tendo em vista sua dignidade e os direitos inerentes à sua personalidade, impuseram o reconhecimento de novas modalidades de família formadas na união estável, no concubinato, na monoparentalidade, na homoafetividade e nos estados intersexuais, respeitando as intrínsecas diferenças que compõem os seres humanos. Coexistem também a família eudemonista, a mosaico, a reconstituída, demonstrando definitivamente seu caráter plural. Dessa forma, mediante uma interpretação sistêmica dos princípios constitucionais, dos grandes debates doutrinários multifacetados e da interferência legislativa, visa a pós-modernidade reconhecer direitos familiares a todos os cidadãos, tendo em vista sua rica diversidade, a solidariedade e o melhor interesse de seus componentes.

**Palavras-chave:** família, origem, definição, novas modalidades, reconhecimento legal.

A família, no decorrer dos séculos, desempenhou um papel preponderante na vida do ser humano, uma vez que representava a forma pela qual ele se relacionava com o meio em que vivia (MALUF, 2010a, p. 1).

---

\* Doutora e mestra em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Professora de Direito Civil e Biodireito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Membro efetivo da Comissão de Biotecnologia e Direitos à Vida da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB-SP), membro do Instituto dos Advogados de São Paulo (Iasp) e advogada.

Pode, nesse sentido, ser entendida como um grupo social no qual se descobre um laço coesivo entre seus componentes, uma consciência de unidade, outrora denominada "consciência do nós", como bem retratou San Tiago Dantas (1991, p. 3): "o estudo do direito de família deve começar por algumas noções de caráter sociológico, pois neste ramo do direito civil, sente-se o quanto as normas jurídicas são moldadas e determinadas pelos conteúdos sociais".

Muito importante também para definir a família é o momento histórico e cultural no qual está inserida. A face da família mudou no decorrer do tempo histórico

[...] avançando e retrocedendo, conservando-se e alternando-se, reinventando-se, enfim, para buscar na atualidade, a recepção incondicional do ser humano, tendo em vista suas necessidades, possibilidades e preferências valorativas, contemplando como objetivo maior o pleno desenvolvimento da sua personalidade, potencialidades, em face da sua dignidade intrínseca, visando o alcance da felicidade e do bem-estar social (MALUF, 2010a, p. 3; SAN TIAGO DANTAS, 1991, p. 3).

Na lição de Fustel de Coulanges (2000, p. 36-37), "a origem da família não está na geração, no afeto natural, nem no nascimento, mas na religião doméstica que unia intrinsecamente todos os seus componentes. A religião fazia com que a família formasse um corpo nesta e na outra vida".

A dificuldade em se definir a família sempre existiu. Esboços de sua definição, entretanto, já se encontravam presentes desde os primórdios do direito romano. Naquele período, o estado familiar do indivíduo era muito importante para determinar sua capacidade jurídica no campo de sua atuação no direito privado.

Era, portanto, enorme a influência do estado familiar para a formação social nesse período. Tradicionalmente, observando a formação da família, Cícero denominou-a *seminarium reipublicae*. De onde obtém-se que "onde e quando a família se mostrou forte, aí floresceu o Estado; onde e quando se revelou frágil, aí começou a decadência geral" (MONTEIRO; SILVA, 2009, p. 1).

Dessa forma, considerando que todo homem, desde o nascimento, torna-se membro de uma família e a ela permanece unido por toda a sua existência, mesmo que venha formar uma outra, enorme se faz o estudo profundo das íntimas relações pessoais, patrimoniais, sociológicas, multiculturais e bioéticas da família, que, por sua vez, formam o objeto do direito de família.

Concebem Monteiro e Silva (2009, p. 1) que

[...] desde logo evidencia-se a importância desse estudo, tão de perto ligado à própria vida. Dentre todas as instituições, públicas ou privadas, a da família reveste-se da maior significação. Ela representa, sem contestação, o núcleo fundamental, a base mais sólida em que repousa toda a organização social.

Para Paulo Nader (2010, p. 19),

[...] a organização da família se processa à luz de princípios e de regras oriundos dos vários instrumentos de controle social: a lei, a moral, a religião e as regras de trato social. O estatuto doméstico se forma, assim, pela intervenção do Estado e por disposições internas, captadas na moral, na religião e nas regras de trato social.

O direito de família pode ser definido como o ramo do direito civil que estuda a família e seus institutos. Suas normas são normas de ordem pública, ou cogentes, dada a íntima relação que guardam com a pessoa humana, sendo, portanto, nula qualquer disposição que porventura traga qualquer prejuízo à manutenção do equilíbrio familiar<sup>1</sup>.

No que tange ao conceito de família, sabe-se que a palavra família deriva do latim *familia*, que se origina de *famulus*, designando o servidor, o criado. A família podia ser entendida como o *locus* onde reinava o *pater*, abrigando, em seu âmago, além deste, a esposa, os filhos, o patrimônio, os criados e os servos (NADAUD, 2002, p. 22).

Diversos autores procuraram conceituá-la, como Mazeaud e Chabas (1976, p. 6) que apontam que a família, mais do que retratar as relações criadas pela natureza, devia ser organizada segundo o ideal de vida social dominante, sendo sua definição formada no critério de autoridade da família. Jean Carbonnier (1992, p. 20-26) conceitua a família como o conjunto de pessoas unidas pelo casamento, pela filiação ou por parentesco e afinidade, resultantes do casamento e da filiação, âmbito em que o Estado não penetra: *le non-droit de famille* – onde aduz "a chaque famille son droit". Para Gerard Cornu (2001, p. 7), a família é um grupo natural, constituído sob formas diversas, representada por um conjunto de pessoas unidas por casamento, filiação, adoção ou parentesco resultante de uma descendência comum.

Clóvis Bevilacqua (1950, p. 41-42, 67) conceituou-a baseando-se nos valores tradicionais da família reconhecida pela doutrina civilista: a família legítima, valorizando a moralidade e a estabilidade necessária para a execução da sua função social oriunda do casamento,

[...] baseada num plexo de normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e efeitos, a relação entre pais e filhos, o vínculo de parentesco e os institutos complementares da tutela e da curatela, sendo imprescindíveis para a existência do ato: a dualidade de sexos, a celebração na forma da lei e o consentimento válido.

---

1 - Embora as normas reguladoras da parte patrimonial do direito de família, como as relacionadas ao regime de bens, sejam normas de ordem privada.

Na concepção de Caio Mário da Silva Pereira (2010, p. 23), família é, antes de mais nada, diversificação, pois pode ser entendida como o grupo de pessoas que descendem de um tronco ancestral comum, compondo-a num sentido mais amplo o casal, sua prole, seus enteados, os genros e as noras, os cunhados, em muito lembrando a concepção da *gens* romana.

Para Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2000, p. 17-18),

[...] a família é uma entidade histórica, ancestral como a história, interligada com os rumos e desvios da história ela mesma, mutável na exata medida em que mudam as estruturas e a arquitetura da própria história através dos tempos, a história da família se confunde com a própria humanidade.

Para Orlando Gomes (1999, p. 22), a família era definida como o grupo constituído pelos cônjuges e pela prole, oriunda do casamento válido, disciplinado pela lei civil; ou também pode ser entendida como prefere Euclides de Oliveira (2003, p. 24), "como aquele lugar idealizado onde é possível a integração dos sentimentos, esperanças e valores, visando a realização pessoal do indivíduo".

San Tiago Dantas (1991, p. 3), a seu turno, destaca uma visão sociológica da família, fincada no aspecto de coesão do grupo.

A família apresenta-se como uma organização social ligada de perto à própria vida. Entretanto, a conceituação da família oferece muita complexidade, pois o Código Civil não a define, nem existe identidade de conceitos para os diversos ramos do saber, entre eles a sociologia, o direito ou a antropologia; "o direito civil moderno apresenta uma definição mais restrita, considerando membros da família as pessoas unidas por relação conjugal ou de parentesco". A família é, ainda, no entender de Venosa (2009, p. 1), "um fenômeno fundado em dados biológicos, psicológicos e sociológicos, regulados pelo direito".

Vem ainda a família, na concepção de Rolf Madaleno (2000, p. 15), "apresentada de forma larga ou estreita, de formatação variada, de acordo com os costumes, crenças, ideologias de cada tempo".

Pode assim a família ser entendida

[...] como o organismo social a que pertence o homem pelo nascimento, casamento, filiação ou afinidade, que se encontra inserido em determinado momento histórico, observada a formação política do Estado, a influência dos costumes, da civilização, enfim, a que se encontra inserida.

O conceito de família, célula *mater* da sociedade, sofreu alterações de caráter ampliativo pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002, diferindo-se das formas antigas em face das suas finalidades, composição e papel de seus componentes em seu seio, com a mulher adquirindo os mesmos direitos que o marido.

Inovou desta forma, a atual Constituição Federal em reconhecer como entidade familiar não só a família "legítima" constituída pelos laços matrimoniais, mas também aquela oriunda da união estável e da monoparentalidade, conferindo a estas um caráter de legitimidade. Veda em seu artigo 227§ 6º designações discriminatórias no tocante à filiação, no sentido que trouxe à luz a legitimidade entre todos os filhos, independentemente de seu nascimento ser fruto do casamento ou não (MALUF, 2010a, p. 6).

Dessa forma, analogamente, não poderia mais haver na família a qualificação de legítima ou ilegítima, sendo essa constituída de várias formas: pelo casamento, pela união estável ou pela monoparentalidade (MONTEIRO; SILVA, 2009, p. 4).

Decorre desta concepção que, na atualidade a constituição da família transcende uma formalidade e finca-se como núcleo sócio-afetivo necessário à plena realização da personalidade de seus membros segundo os ditames da noção de dignidade da pessoa humana, sob os quais se forma o Estado, e a Carta Magna adota como princípio fundamental à luz do artigo 1º, III (MALUF, 2010a, p. 7).

A Constituição de 1988, em sua magna importância, alargou nos artigos 226 e 227 o conceito tradicional de família, inicialmente atrelada ao casamento, reconhecendo outras entidades familiares, gerando assim efeitos devastadores na ordem jurídica do direito de família, que "se pretendia pacificada pela tradição, pela ordem natural dos fatos e pela influência grandiloquente do direito canônico" (MALUF, 2010a, p. 7).

Dessa forma, na moderna concepção da família, esta se funda por um ato originário, seja o casamento, a união estável, seja a filiação. A coesão entre seus membros, o poder nela exercido e a durabilidade dessa coesão dão, nas palavras de Rui Geraldo Camargo Viana (2000, p. 39), "a conotação de verdadeira instituição".

A legislação emprega a palavra família em diversos sentidos, tendo em vista o critério sucessório, alimentar, o da autoridade e o das implicações fiscais e previdenciárias.

Por meio da aplicação do critério sucessório, a família abrange os indivíduos chamados pela lei para herdar uns dos outros. São eles os parentes em linha reta ascendentes e descendentes *ad infinitum*, os cônjuges, os companheiros e os colaterais até o quarto grau, segundo a disposição constante nos artigos 1.829, I a IV – que institui o ordem da vocação hereditária – 1.839, 1.843 e 1.790 do Código Civil brasileiro.

Para efeitos alimentares, à luz dos artigos 1.694 a 1.697 do Código Civil, considerou-se família os ascendentes, os descendentes e os irmãos. Pelo critério da autoridade, a família restringe-se a pais e filhos, pois aqui se manifesta o poder familiar, que, conforme entendimento de Caio Mário da Silva Pereira (2010, p. 18), se faz sentir na criação e educação dos filhos.

De acordo com o critério fiscal, em relação ao imposto de renda, a família define-se em relação aos seus componentes: os cônjuges e seus dependentes.

Entende Ferrara (1921, p. 54) que, apesar de não se ter chegado a um conceito jurídico definitivo da família, esta pode ser entendida como o "grupo fechado de pessoas, composto de pais e filhos, e de outros parentes, unidos pela convivência de fato, numa mesma economia e sob a mesma direção".

Aponta Maria Helena Diniz (2007) que três são, didaticamente, as espécies de família, conforme sejam oriundas do matrimônio, do companheirismo ou da adoção, embora em relação ao filho não seja feito nenhum tipo de discriminação, de acordo com sua origem, à luz dos artigos 226 § 4º e 227 § 6º da Constituição Federal, da Lei n. 8.069/90 e do artigo 1.596 do Código Civil atual. Advém, finalmente, a família substituta que se configura pela guarda, tutela ou adoção, como dispõe a Lei n. 8.069/90.

Apresenta, ainda, a família, diversos caracteres peculiares: o *caráter biológico*, exteriorizando-se como o agrupamento natural do ser humano, criando diversos direitos e deveres entre os seus membros; o *caráter psicológico*, que se traduz pelo elemento imaterial, metafísico, espiritual que liga os seus componentes; o *caráter econômico*, por meio do qual o homem amparado em seu núcleo se mune dos elementos necessários para sua sobrevivência; o *caráter religioso*, "uma vez que a família é, como instituição, um ser eminentemente ético ou moral, principalmente por influência do Cristianismo, não perdendo esse caráter pela laicização do direito", destaca Planiol o Cristianismo como um dos responsáveis pela formação do novo conceito da família, "pois a considerava o agrupamento familiar unicamente do ponto de vista moral e que esta concepção acabaria por triunfar" (DINIZ, 2007, p. 12-14); o *caráter político*, pois, por ser a célula *mater* da sociedade, dela nasce o Estado, como preconizou Lhering; e o *caráter jurídico*, por ter a família uma estrutura interna que é regulada por normas jurídicas, como constituem-se as do direito de família (DINIZ, 2007, p. 12-14).

Vemos assim que, na pós-modernidade, "a cara da família mudou. O seu principal papel, é de dar suporte emocional ao indivíduo foi substituída por um grupo menor, em que há flexibilidade e eventual intercambialidade de papéis e, indubitavelmente, mais intensidade no que diz respeito a laços afetivos" (WAMBIER, 1993, p. 83).

Está hoje consagrada, no entender de Rui Geraldo Camargo Viana (2000, p. 26-39), a família com pluralidade de tipos, que numa concepção moderna pode ser traduzida como uma realidade social.

De forma sintética, a família pode ser entendida "como sendo o grupo de pessoas unidas por relação conjugal ou parental, permeada por afeto e interesses comuns, onde o homem inserido e protegido tem a possibilidade de desenvolver plenamente sua personalidade e potencialidades" (MALUF, 2010a, p. 9).

O conceito de família tomou outra dimensão no mundo contemporâneo, estendendo-se além da família tradicional, oriunda do casamento, para outras modalidades, muitas vezes

informais, tendo em vista o respeito à dignidade do ser humano, o momento histórico vigente, a evolução dos costumes, o diálogo internacional, a descoberta de novas técnicas científicas, a tentativa da derrubada de mitos e preconceitos, fazendo com que o indivíduo possa, para pensar com Hanna Arendt – *sentir-se em casa no mundo* (MALUF, 2010a, p. 9).

Na síntese de nosso pensamento, advém daí a possibilidade de legitimação das novas modalidades de família, que, flexibilizando a rigidez conceitual desta em seu desenvolvimento histórico, adquire um caráter eminentemente social (MALUF, 2010a, p. 9).

Diversas são as formas de família que vigem na atualidade. O conceito tradicional mudou, abarcando formas novas. Podemos antever que o modelo prevalente de formação familiar é a família nuclear, ou seja, composta pelos pais e por sua prole.

Os arranjos familiares obedecem a uma enorme gama de tipos, a saber: família matrimonial; família formada na união estável; concubinária; monoparental; unilinear; homoafetiva; famílias recompostas; mosaico; pluriparental; anaparental; eudemonista; paralela; com suas peculiares repercussões no campo do direito, tendo todas elas em comum o desejo de inserção e de proteção do ser humano, em um *locus* onde possam desenvolver suas potencialidades e peculiaridades, tendo em vista o princípio constitucional do primado da dignidade da pessoa humana.

Nas palavras de Maria Berenice Dias (2009, p. 38), “despontam novos modelos família mais igualitárias nas relações de sexo e idade, mais flexíveis em suas temporalidades, em seus componentes, menos sujeitos a regras e menos sujeitas à regra e mais ao desejo”.

Nesse sentido, podemos perceber que a formação atual da família obedece aos ditames pessoais, às liberdades individuais, em frontal valorização dos direitos da personalidade e dos direitos humanos.

A Constituição Federal, entretanto, regula a formação familiar em seus artigos 226 e 227, reconhecendo a proteção de três modalidades de família: a família matrimonial, a família formada na união estável – ambas com a nítida prevalência da dualidade de sexos – e a família monoparental.

Em consonância com o momento histórico vigente, vemos que a atual Constituição Federal brasileira, amparada pela nova noção do constitucionalismo moderno, protege a supremacia da dignidade da pessoa humana em seu artigo 1º, III; a liberdade, a igualdade, em seu artigo 5º; e, em seu artigo 3º, IV, visa promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, valorizando assim o ser humano como sujeito de direito e visando outorgar-lhe, de forma mais ampla, a inserção e o respeito à cidadania.

Dessa sorte, a afetividade singrou os mares do reconhecimento formal funcionando como cimento basilar para a formação familiar e parental na atualidade.

Além da família matrimonial, da família formada na união estável, da família monoparental e da família formada por pessoas do mesmo sexo, iremos nos deter em novos conceitos de família que também se apresentam na pós-modernidade: anaparental, pluriparental, eu-demonista, e paralela.

A denominada *família anaparental*, não regulada pelo legislador, pode ser definida como a relação familiar baseada na *affectio* e na convivência mútua, entre pessoas que apresentem grau de parentesco.

O exemplo mais clássico recairia sobre os casos em que duas irmãs – via de regra solteiras ou viúvas – residam juntas e assim amealhem um patrimônio comum.

Para Sérgio Resende de Barros (2008, p. 1), a noção de família anaparental se baseia no afeto familiar, mesmo sem contar com a presença dos genitores. De origem grega, o prefixo *ana* traduz ideia de privação; nesse caso, designa a existência da família sem pais.

Aqui se insere também a família formada por uma só pessoa, tendo em vista a proteção do bem de família e a consequente aplicação da Lei n. 8.009/90 e da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal (STF).

Como a Lei n. 8.009/90 não determina expressamente o número de pessoas que deve compor a unidade familiar para sua aplicação, podemos entender que também é passível de ser aplicada à pessoa individualmente considerada independentemente de seu estado civil. O sentido social da norma busca garantir a proteção do patrimônio pessoal. Essa finalidade permite desvendar a exata extensão da lei. Caso contrário, sacrificar-se-ia a interpretação teleológica para prevalecer a interpretação literal.

A possibilidade da instituição de bem de família à pessoa sozinha (não apenas a solteira, mas também a viúva, a casada que está separada de fato), por certo, consiste na questão mais intrincada no tema da legitimidade para a instituição do bem de família. É imprescindível a convivência *more uxorio* para se instituir bem de família?

Pensamos que não. Diante de uma perspectiva acentuadamente humanista e pluralista, que atingiu a gênese da formação familiar na pós-modernidade, parece-nos bastante viável reconhecer o direito personalíssimo de não se vincular afetivamente a outra pessoa, sem que, no entanto, haja qualquer comprometimento dos direitos reconhecidos àqueles que integrem uma unidade familiar em quaisquer das formas existentes na atualidade.

Nesse sentido, entendemos que inexistente qualquer óbice à instituição do bem de família por pessoa sozinha, como dispõem os artigos 1.711 e 1.722 do novo Código Civil.

Outra forma de família que vem crescendo na atualidade é a *família pluriparental* – também denominada família mosaico –, que pode ser entendida como a entidade familiar que surge com a ruptura de anteriores vínculos familiares e a consequente formação de novos vínculos, que incluem os filhos oriundos das relações anteriores e também aqueles que o casal tem em comum.



Suas características principais podem ser definidas como portadoras de múltiplos vínculos, ambiguidade de compromissos e interdependência.

Entendemos, entretanto, que o vínculo que permanece entre os pais e os filhos nas famílias mosaico é de monoparentalidade, mesmo porque permanecem inalteradas as relações parentais – que englobam direitos e deveres – dos pais com os filhos.

A lei pátria confere a possibilidade de adoção pelo companheiro do cônjuge do genitor, configurando a chamada adoção unilateral, à luz do disposto no artigo 1.626, § único, do Código Civil e no artigo 41, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, permanecendo, entretanto, a obrigatoriedade de anuência do pai registral.

Também a *família eudemonista* desponta no universo familiar na atualidade. Pode ser entendida como a família cuja formação decorre do afeto, ou seja, cuja viabilidade produz felicidade nos seus componentes, bem supremo da existência humana<sup>2</sup>.

Na concepção de Maria Berenice Dias (2009, p. 53-54):

Surgiu um novo nome para essa tendência de identificar a família pelo seu envolvimento efetivo: família eudemonista, que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros. O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, como se infere da primeira parte do § 8º do art. 226 da CF: o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos componentes que a integram.

A *família paralela*, por seu turno, é aquela que se forma a despeito do princípio da monogamia, observado no ordenamento legal pátrio. O Código Civil denomina de concubinato as relações não eventuais existentes entre homem e mulher impedidos de casar. O artigo 1.521 refere que não podem casar as pessoas casadas. Preferimos denominar esse concubinato de família paralela para diferenciá-lo do concubinato em que existe apenas uma família. Portanto, na família paralela, um dos integrantes participa como cônjuge de mais de uma família.

Caso o impedimento seja o casamento anterior, temos duas situações: será união estável se o casamento foi faticamente desfeito, ou será concubinato se o casamento anterior coexistir com o novo relacionamento. É válido ressaltar que essa modalidade convivencial não é vista com bons olhos pela sociedade.

---

2 - "Ética baseada na noção aristotélica de 'eudaimonia' ou felicidade humana... Embora próxima da 'ética da virtude', essa abordagem distingue-se daquele quando é eliminada a identificação grega entre a ação virtuosa e a felicidade. O eudemonismo pode também variar conforme as noções do que é, de fato, a felicidade. Assim, os cirenaicos acentuam o prazer sensual; os estóicos salientam o desapego em relação a bens mundanos, como a riqueza e a amizade. Tomás de Aquino dá mais atenção à felicidade como contemplação eterna de Deus e assim por diante" (DIAS, 2007, p. 52).

Para Maria Berenice Dias (2007, p. 195-196):

Os relacionamentos paralelos, além de receberem denominações pejorativas, são condenados à invisibilidade. Simplesmente a tendência é não reconhecer sequer sua existência. Somente na hipótese de a mulher alegar desconhecimento da duplicidade das vidas do varão é que tais vínculos são alocados no direito obrigacional e lá tratados como sociedades de fato. Muitas uniões que persistem por toda uma existência, muitas vezes com extensa prole e reconhecimento social, são simplesmente expulsas da tutela jurídica.

De qualquer forma, "negar a existência de famílias paralelas – quer um casamento e uma união estável, quer duas ou mais uniões estáveis – é simplesmente não ver a realidade" (MALUF, 2012, p. 283).

Dessa sorte, já existe na jurisprudência pátria menção significativa de proteção da família paralela para fins de concessão de benefícios patrimoniais. Quando finda a relação afetiva, comprovada a concomitância com o casamento, deve o patrimônio acrescido no período ser dividido, na proporção do tempo da manutenção do duplo vínculo.

É válido ressaltar que a jurisprudência em sua maior parte nega o reconhecimento dessa modalidade de família, não a identificando como união estável. Quando muito, há o reconhecimento de uma sociedade de fato, partilhando-se os bens adquiridos nesse período desde que comprovada a efetiva participação para sua aquisição (DIAS, 2009, p. 49-51).

Quanto à *família formada pelo casamento*, temos na lição de San Tiago Dantas (1991, p. 14) que, "na sociedade moderna ocidental, o matrimônio monogâmico é a base geral sobre a qual se assenta a família". Aduz que

[...] não obstante a influência do Cristianismo no instituto, a antiguidade greco-romana preparou solidamente as bases da sociedade para a prática milenar da família monogâmica que se conhece... embora cada vez mais se busque, dentro da evolução social a que se assiste, o equilíbrio do homem e da mulher na relação conjugal, em cujo fundamento se prevê uma sobreposição do interesse social sobre o interesse individual (SAN TIAGO, 1991, p. 13-14).

Antiga é a lição de Modestino (livro XXIII, t. II, fr. 1): "casamento é a conjunção do homem e da mulher, que se associam para toda a vida, a comunhão do direito divino e do direito humano" (MONTEIRO; SILVA, 2009, p. 3).

Historicamente, apresentou-se o casamento em quatro fases como aduz Maurício Pessoa (2000, p. 218):

[...] o casamento consensual, que se originou no direito romano, o casamento exclusivamente religioso, com fundamento no Direito Canônico até o Concílio de Trento, o casamento civil e religioso vigente desde o concílio de Trento até o Código de Napoleão e finalmente o casamento civil obrigatório, correspondente à secularização do casamento.

Na Idade Média, o casamento assumiu um papel essencialmente religioso. As disposições jurídicas que o regiam eram as do direito canônico, e a Igreja reprovava toda união extramatrimonial, notadamente o concubinato. O casamento legítimo era o celebrado em face do consentimento dos nubentes e durava a vida inteira.

Para Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva (2009, p. 24), casamento é

[...] a união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem os seus filhos...a reprodução não é mais a finalidade precípua do casamento, devido ao fato de que muitos casais optam por não ter filhos, mas o mútuo adjutório sim, sempre foi e será não só a finalidade, mas o efeito jurídico do casamento.

A principal finalidade do casamento é estabelecer uma comunhão plena de vida, como prevê o artigo 1.511 do Código Civil, oriundo do amor do casal, baseado na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges e na mútua assistência; sendo os demais objetivos que normalmente se atribuem ao casamento secundários – não essenciais –, como a procriação ou a satisfação sexual.

Embora não traga consignada a doutrina pátria uma definição expressa do que seja em si o casamento, podemos entendê-lo como um ato solene, com forma prevista em lei que tem em vista a formação de um grupo social, que visa ao amparo mútuo dos seus partícipes em todas as esferas da vida íntima, baseado em afeição genuína, com finalidade de crescimento interior, desenvolvimento das intrínsecas potencialidades, visando ao bem-estar, à felicidade, à perpetuação do ser humano em observância da higidez da sociedade.

Como ato formal, traz consignados alguns requisitos basilares como a dualidade de sexos, o consentimento válido e a celebração perante a autoridade competente para que seja válido.

A *união estável*, por sua vez, representa a feição informal da família, por meio da qual a generalização do fato social fez que fosse reconhecida juridicamente. Na atualidade, recebe amparo constitucional no artigo 226, § 3º, da Constituição Federal. Considera-se união estável a entidade familiar estabelecida entre o homem e a mulher de forma pública, contínua e duradoura, com *animus* de constituir uma família, diferentemente do concubinato, que se restringe às relações entre homens e mulheres impedidos de casar.

Pode ser entendida como a entidade familiar constituída por um homem e uma mulher que convivem em posse do estado de casado, que se converteu em relação jurídica em virtude da Constituição, que lhe atribuiu dignidade de entidade familiar própria, com seus direitos e deveres.

Também a *família monoparental* representa uma forma de família presente na atualidade. Essa, por sua vez, configura-se de forma desvinculada da ideia de um casal e seus filhos, pois é formada pela presença e inter-relação da prole com apenas um dos seus genitores por diversas razões: viuvez, divórcio, separação judicial, adoção unilateral, não reconhecimento da prole pelo outro genitor, inseminação artificial (homóloga – após a morte do marido, ou de mulher solteira; heteróloga), produção independente (DINIZ, 2007, p. 11).

Tal como aduz Paulo Lôbo (2008, p. 67),

[...] a família monoparental não é dotada de um estatuto próprio, com deveres específicos, sendo-lhe aplicáveis as regras do direito de família, atinentes às relações de parentesco em geral. Na ocorrência de aquisição de maioridade ou emancipação do filho, deixa de existir o poder parental, reduzindo-se a entidade monoparental apenas às relações de parentesco, inclusive no que tange ao direito alimentar.

Na atualidade, as estatísticas comprovam que um número bastante elevado de famílias é fincado sob o véu da monoparentalidade, fazendo, portanto, urgir à lei a sua regulamentação. Em análise ao resultado do censo realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em 1990, apontou-se para a marca de 13,9% o total de famílias monoparentais formadas naquele período (LEITE, 1997, p. 130).

Desmembra-se a família monoparental na *família unilinear*, formada pela genitora e por sua prole, oriunda das técnicas de reprodução assistida, em sua modalidade heteróloga.

Entre todas as formas de família elencadas aqui que convivem harmonicamente na pós-modernidade, a *família homoafetiva* e a *família formada nos estados intersexuais* são as que denotam maior discussão.

A família formada por pessoas do mesmo sexo vem desbravando os mares do preconceito e do desconhecimento para se fincar no mesmo rol de entidade familiar que as demais. Assim sendo, o direito à orientação sexual passou a ser visto como um direito fundamental do ser humano previsto na Carta Constitucional.

Presente desde os primórdios, a prática homossexual começou seu processo de descriminalização nos idos dos anos 1930, na Dinamarca, sendo seguido por diversos países europeus.

Somente no final do século XX, com o advento de inúmeras leis protetivas aos direitos dos homossexuais, o uso das liberdades individuais e os preceitos oriundos dos direitos humanos fizeram que parte da comunidade mundial aceitasse, mesmo que de forma velada, a existência

da prática homossexual – agora não mais vista como crime, mas sim como uma livre manifestação da sua personalidade e a necessidade premente da positivação legal de sua proteção.

No Brasil, a família formada por pessoas do mesmo sexo apresenta muitas controvérsias, pois a doutrina pátria admite o casamento ou a constituição de união estável somente entre pessoas de sexos diferentes, e ainda não outorgaram os Diplomas legais de forma expressa a possibilidade do reconhecimento do *status familiae* a esse grupo populacional.

A Constituição Federal, em seu artigo 226, reconhece como família aquela fundada no casamento (§§ 1º e 2º), na união estável (§ 3º), ou na monoparentalidade (§ 4º), em nada referindo expressamente a formação da família por homossexuais.

Dispõe ainda no mesmo artigo 226, § 5º, "os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher".

Diferentemente do Código Civil de 1916, que reconhecia a família somente se constituída em face do casamento, o Código Civil de 2002, nos artigos 1.723 a 1.727, reconhece a união estável como entidade familiar, embora o texto legislativo contenha a necessidade da dualidade de sexos.

Diferentemente do modelo brasileiro é a posição da comunidade internacional sobre o tema. Grande parte dos países ocidentais já estendeu o reconhecimento familiar aos homossexuais – e aos transgêneros –, sendo sob a forma de casamento, advindo de emendas constitucionais, seja sob a forma de partenariat, advindo da elaboração de lei especial.

Com a evolução dos costumes e das relações interpessoais, restou uma lacuna na lei. O que fazer com os homossexuais? Estes compõem a estrutura social, demonstram-se cada vez mais ativos na coletividade e no ambiente de consumo, integram relações com intensa carga emocional e afetiva de caráter estável e duradouro, que requer amparo legal. E visam, sobretudo, à aquisição de direitos civis plenos, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

A proteção contra as arbitrariedades do Estado é um direito dos cidadãos. Com a afirmação do chamado Estado Social de Direito, alçado numa sociedade livre, justa, pluralista, solidária, que se propõe isenta de preconceitos, valorizar a busca da justiça social, com a afirmação dos chamados direitos sociais, onde entendemos que a livre expressão da sexualidade encontra-se elencada, embasada que está no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Ademais, o exercício da sexualidade é um direito da personalidade, bem como o direito à composição familiar.

Depois da apresentação de inúmeros projetos de lei visando regular a família homoafetiva no Brasil, como os projetos de lei n. 1.151/95, 1.151-A/97, 5.252 de 2001, 2.285/07 (denominado Estatuto das Famílias) e o 4.914/2009. Em maio de 2011, o STF equiparou a entidade familiar formada por pessoas de mesmo sexo como união estável, equiparando, pois, esta à família formada na união estável, já referida. Em 25 de novembro de 2011, foi mais longe o Superior Tribunal de Justiça, autorizando o casamento de duas mulheres no

Sul do país, abrindo assim precedente para a regulamentação do casamento homossexual no Brasil, com todos os desdobramentos daí decorrentes de cunho sucessório, patrimonial, aquisição do *status familiae* e adoção de menores.

É válido ressaltar que, na comunidade internacional, diversos países já reconhecem o casamento sexualmente neutro, havendo, entretanto, divergências estruturais no que tange à adoção de menores, ou mesmo acesso às técnicas de reprodução assistidas por casais do mesmo sexo.

O Brasil, numa postura bastante moderna, alterando a antiga Resolução n. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, possibilitou o acesso aos homossexuais às técnicas de reprodução assistida.

No que tange à *família formada nos estados intersexuais*, ela abrange os indivíduos transexuais e intersexuais, mostrando a problemática da identidade de gênero – no caso dos transexuais –, e na identidade sexual de cunho anatômico e biológico – no caso dos intersexuais.

Com profundos desdobramentos no campo do direito, a questão envolvendo o transexual permeia os direitos da personalidade, uma vez que se situa na esfera do direito à vida, notadamente no que tange à felicidade pessoal – fim precípua do Estado; o direito à identidade de gênero; à intimidade; à livre expressão sexual; à integridade física e psíquica; ao recato; o direito à privacidade entre tantos outros que visem possibilitar a plena inserção do indivíduo na sociedade (MALUF, 2010a, p.176-178).

Procede-se ao diagnóstico da síndrome transexual, o tratamento feito por uma equipe multidisciplinar e a conseqüente submissão à cirurgia redesignatória, amparada pela Resolução n. 1.652/02 e pela Resolução, ambas do Conselho Federal de Medicina.

Após o diagnóstico de transexualidade, o preenchimento dos requisitos legais para a realização da cirurgia redesignatória e o procedimento cirúrgico em si, as questões legais envolvendo os transexuais – entre elas a alteração do nome – determinam fortemente sua inclusão social e afetiva.

Existe uma possibilidade legal de se proceder à alteração do prenome individual por motivo de modificação cirúrgica do sexo da pessoa. Com a entrada em vigor da Lei n. 9.708/98 alterando o artigo 58 da Lei n. 6.015/73, o transexual operado teria base legal para alterar o seu prenome, substituindo-o pelo apelido público e notório pelo qual é conhecido no meio em que vive, desde que não prejudique o grupo em que vive, visando assegurar, assim, os direitos básicos da cidadania (MONTEIRO; SILVA, 2009, p. 116).

Uma vez alterado seu assento registral, decorrente da alteração do sexo do indivíduo, sanam-se as dúvidas quanto à habilitação para o casamento. Assim, podemos entender que o casamento convolado com um indivíduo transexual pode ser perfeitamente válido, tendo em vista o longo caminho percorrido por ele desde o seu diagnóstico até a sua alteração registral; observadas as deliberações das Cortes de direitos humanos e dos princípios cons-

titucionais, o novo sexo, fruto da intervenção cirúrgica e da adequação fisiopsíquica, daria a conformação do sexo social do indivíduo e geraria, portanto, a diferenciação sexual requerida pela lei brasileira. Logo, não se incluiria esse no rol do casamento inexistente, mas, dada a sua inegável peculiaridade, persiste a possibilidade de esse ser anulável, tendo em vista a existência de possível erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge, caso o outro nubente ignorasse os fatos antes do casamento, além da presença de defeito físico irreparável que tornasse impossível a convivência comum fruto de cicatrizes ou sequelas cirúrgicas que inviabilizassem a vida conjugal normal, tal como dispõe o artigo 1.557, I, III, do Código Civil<sup>3</sup>.

Quanto à possibilidade de o transexual solteiro ou divorciado contrair matrimônio ou constituir união estável, pensamos que, uma vez diagnosticada a transexualidade, realizadas a cirurgia redesignatória e a retificação do assento registral, nada obsta ao casamento do transexual, pois, nas questões envolvendo disforia de gênero, o sexo a ser valorizado para integrar as relações jurídicas deve ser o sexo psíquico do indivíduo (MALUF, 2008, p. 35).

Permanecem inalteradas as relações identitárias dos filhos havidos anteriormente à cirurgia redesignatória. Nada obsta que proceda naturalmente ao processo de adoção, passando, pois, a ser o transexual redesignado, por exemplo, pai de A e B e mãe de C e D.

Quanto à família formada pelo intersexual, esta observa suas próprias peculiaridades, pois o indivíduo em questão apresenta a genitália ambígua – o pseudo-hermafroditismo, e não a disforia de gênero, apesar da conformação anatômica normal. Assim, a cirurgia reparadora vai adequar a genitália ao genótipo do indivíduo ou, se realizada mais tardiamente, adequar-se ao sexo social desse mesmo indivíduo, agora plenamente habilitado à formação da família casamentária ou por meio da união estável. A Resolução CFM n. 1.664, de 12 de maio de 2003, dispõe sobre as normas técnicas necessárias para o tratamento de pacientes portadores de anomalias de diferenciação sexual.

Entendemos que sua conjugalidade não se encontra comprometida, pois a adequação fenotípica do sexo em face do genótipo (tal como já referido) não impõe uma alteração do sexo, mas uma acomodação ante uma anomalia que a própria natureza gerou.

Uma vez que o maior problema do portador de intersexualidade é justamente adequar o sexo a estruturas somáticas que apresenta e com isso inseri-lo no mundo jurídico, pensamos que nenhuma menção desonrosa ou desclassificatória imputar-se-lhe-à em matéria de filiação. Ou seja, ante a incapacidade procriativa que apresenta, resta-lhe o recurso da adoção para que se perfaça a continuidade de sua família, e esta se regulará pelos princípios constitucionais e legais apresentados nos Diplomas legais: o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

---

3 - A questão envolvendo os parceiros dos transexuais desperta grande interesse científico. Dá-se ao desejo de homens por transexuais e transgêneros o nome de ginandromorfilia, que se constitui como interesse erótico separado e particular (MALUF, 2012, p. 230).

Podemos concluir de forma muito sintética que a pós-modernidade consagrou diversas modalidades de família, desconhecidas na atualidade, visando especialmente, tendo em vista seu caráter eudemonista e modificador, tentar fazer que o homem possa finalmente alcançar a tão sonhada felicidade e inserção.

## The family in the modernity – legal and philosophic aspects

**Abstract** – In human context, a family is a group of people affiliated by consanguinity, affinity, or co-residence. In most societies it is the principal institution for the socialization of children. Extended from the human "family unit" by biological-cultural affinity, marriage, economy, culture, tradition, honour, and friendship are concepts of family that are physical and metaphorical, or that grow increasingly inclusive extending to community. A family group consisting of a father, mother and their children is called a nuclear family. This term can be contrasted with an extended family. There are also concepts of family that break with tradition within particular societies, or those that are transplanted via migration to flourish or else cease within their new societies. As a unit of socialization and a basic institution key to the structure of society, the family in terms of genealogy is a field which aims to trace family lineages through history. The different types of families occur in a wide variety of settings, and their specific functions and meanings depend largely on their relationship to other social institutions. The term "nuclear family" is commonly used, to refer to conjugal families, there is as well extend families, no married couples, same sex family – whose number is getting higher year after year, as also the single-parent-headed households does. Also the term *blended family* or *stepfamily* describes families with mixed parents: one or both parents remarried, bringing children of the former family into the new family. We can understand that way that the desires of the individual person are efficiently mobilized and used to control the interpersonal relationships and control the masses, giving influence to religion through moral prohibitions, economic powers, human rights and law. In that way, we could conclude that many kinds of families could coexist in modernity, because of their own preferences, and bring a new face to a very old and strong institution.

**Keywords:** family, origin, definition, new forms, legal recognition.

## REFERÊNCIAS

BARROS, S. R. de. Direitos humanos da família: princípios operacionais. 2008. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/direitos-humanos-dafamilia-principais-e-operacionais.cont>>. Acesso em: 29 maio 2010.

BEVILAQUA, C. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1950. v. 2.

CARBONNIER, J. *Droit Civil – la famille – les incapacités*. Paris: PUF, 1992.



- CORNU, G. *Droit Civil – la famille*. 7. ed. Paris: Montchrestien, 2001.
- COULANGES, F. *A cidade antiga*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- DIAS, M. B. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- DINIZ, M. H. *Curso de direito civil brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FERRARA. *Trattato di diritto civile italiano*. Roma: Atheneum, 1921. v. 1.
- GOMES, O. *Direito de família*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- HIRONAKA, G. M. F. N. *Direito Civil: estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- LEITE, E. de O. A família monoparental como entidade familiar. In: LEITE, E. de O. *Direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. 2.
- MADALENO, R. *Novas perspectivas no direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000.
- MALUF, A. C. do R. F. D. Casamento inexistente, nulo e anulável. *Revista do Advogado*, v. 28, n. 98, jul. 2008.
- MALUF, A. C. do R. F. D. *Novas modalidades de família na pós-modernidade*. São Paulo: Atlas, 2010a.
- MALUF, A. C. do R. F. D. *Curso de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2010b.
- MAZEAUD, H.; CHABAS, F. *Leçons de droit civil*. 6. ed. Paris: Montchrestien, 1976. t. I et II.
- MONTEIRO, W. de B.; SILVA, R. B. T. da. *Curso de Direito Civil*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2.
- NADAUD, S. *L'homoparentalité – une nouvelle chance pour la famille?* Paris: Fayard, 2002.
- NADER, P. *Curso de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Gen, Forense, 2010. v. 5.
- OLIVEIRA, E. de. *União estável, do concubinato ao casamento*. 6. ed. São Paulo: Método, 2003.
- PEREIRA, C. M. da S. *Instituições de direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Gen, Forense, 2010.
- PESSOA, M. O casamento no direito civil constitucional. In: VIANA, R. G. C.; NERI, R. M. de A. (Org.). *Temas atuais de direito civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- SAN TIAGO DANTAS, F. C. de. *Direito de família e das sucessões*. Revisado e atualizada por José Gomes Bezerra Câmara e Jair Barros. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- VENOSA, S. de S. *Direito Civil: direito de família*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v. 6.
- VIANA, R. G. C. V. A família. In: VIANA, R. G. C.; NERY, R. M. de A. (Org.). *Temas atuais de Direito Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.