



Fundação Educacional do Município de Assis  
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis  
Campus "José Santilli Sobrinho"

**LAIS NASCIMENTO GASPARINI**

**A NOVA PERSPECTIVA DO DIREITO DE FAMÍLIA "CIVIL  
CONSTITUCIONAL"**

**Assis/SP**

**2014**

**LAIS NASCIMENTO GASPARINI**

**A NOVA PERSPECTIVA DO DIREITO DE FAMÍLIA “CIVIL  
CONSTITUCIONAL”**

**Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Instituto Municipal de  
Ensino Superior de Assis, como requisito  
do Curso de Graduação.**

**Orientadora: Dr<sup>a</sup>. Elizete Mello da Silva**

**Área de Concentração: Ciências Sociais e Aplicáveis**

**Assis/SP**

**2014**

## FICHA CATALOGRÁFICA

GASPARINI, Lais Nascimento.

A nova perspectiva do direito de família “civil constitucional”/ Lais Nascimento Gasparini. Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA – Assis, 2014.

32 p.

Orientadora: Elizete de Melo

Trabalho de Conclusão de Curso – Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA.

1. Família. 2. Constituição. 3. Princípios Constitucionais. 4. Afetividade.

CDD: 340

Biblioteca da FEMA.

# **A NOVA PERSPECTIVA DO DIREITO DE FAMÍLIA “CIVIL CONSTITUCIONAL”**

**LAIS NASCIMENTO GASPARINI**

**Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Instituto Municipal de  
Ensino Superior de Assis, como requisito  
do Curso de Graduação analisado pela  
seguinte comissão examinadora:**

**Orientadora: Dr<sup>a</sup>. Elizete Mello da Silva**

**Analisador (a): \_\_\_\_\_**

**Assis/SP**

**2014**

## **DEDICATÓRIA**

**Dedico essa conquista à minha família, motivo da minha existência, formadores do meu caráter, que me acompanharam durante essa caminhada, acreditando na minha realização.**

**Ao meu filho, que é um anjo enviado por Deus para me trazer uma vida de alegria, esperança e magia, dedico não apenas esse trabalho, mas a minha vida.**

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus por ter me dado saúde e força para superar as dificuldades.

Aos meus pais, pelo incentivo, amor e apoio incondicional, devo tudo a eles.

Em especial a minha orientadora, pelo suporte e empenho dedicado à elaboração do trabalho.

A todos os professores, por me proporcionar conhecimento, meus eternos agradecimentos.

De todo meu coração, agradeço também pelas amizades conquistadas ao longo desses anos, obrigado pelos melhores momentos da minha vida.

***“Tem fé no Direito, como o melhor instrumento para a convivência humana, na Justiça, como destino normal do Direito, na Paz, como substituto bondoso da Justiça e, sobretudo, tem fé na Liberdade, sem a qual não há Direito, nem Justiça, nem Paz.”***

***(Eduardo Juan Couture)***

## RESUMO

O presente trabalho visa examinar a Nova Perspectiva do Direito de Família na Constituição de 1988 e no Código Civil de 2002. A família é um instituto que sofreu, ao longo do tempo, profundas modificações. Era antes vista sob a ótica patrimonial, econômica e com fins de reprodução, passou a ser analisada pelos laços de afetividade. A ideia de que a família seria apenas aquela constituída pelo casamento, foi sendo afastada à medida que novos agrupamentos foram se originando e conquistando espaço em meio à sociedade. A Constituição Federal de 1988 ampliou o conceito de família, reconhecendo as novas formas para sua constituição, lhe dando maior proteção. Os princípios constitucionais evoluíram significativamente, principalmente no sentido de reconhecer o pluralismo familiar, existente em virtude das novas espécies de família. Portanto, a pesquisa demonstrará que a família não é mais vista como patrimonialista, apenas com fins econômicos e de reprodução, mas sim, caracterizada pelo afeto, atingindo desta forma a dignidade humana.

**Palavras-Chaves:** Família - Constituição - Princípios Constitucionais - Afetividade.



## **ABSTRACT**

This paper aims to examine the New Perspective of Family Law in the 1988 Constitution and in the Civil Code of 2002. The family is an institution that has suffered, over time, profound changes. It previously was seen in the perspective of assets, economic and breeding purposes, now is considered by ties of affection. The idea that the family would be just the one constituted by marriage, started being removed as new groupings were originating and gaining ground in the midst of society. The Federal Constitution of 1988 extended the concept of family, recognizing new forms to its constitution, giving it greater protection. Constitutional principles evolved significantly, especially in recognizing the familiar pluralism, existing because of the new species of the family. Therefore, the research will demonstrate that the family is no longer seen as assets, only for economic purposes and reproduction, but rather characterized by affection, reaching thus human dignity.

**Key Words:** Family - Constitution - Constitutional Principles - Affection.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>2. ASPECTOS HISTÓRICOS DO DIREITO DE FAMÍLIA.....</b>	<b>13</b>
2.1. NO DIREITO ROMANO.....	13
2.2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E TRANSFORMAÇÕES DA INSTITUIÇÃO FAMILIAR .....	16
<b>3. O CONCEITO DE FAMÍLIA NO CÓDIGO CIVIL DE 1916 .....</b>	<b>18</b>
3.1. O CASAMENTO .....	18
3.2. O PARENTESCO .....	20
3.3. INSTITUIÇÕES DE DIREITO PROTETIVO (TUTELA, CURATELA, AUSÊNCIA) .....	21
3.3.1 Da tutela .....	21
3.3.2 Da curatela .....	21
3.3.3 Da ausência .....	22
<b>4. A NOVA PERSPECTIVA DO DIREITO DE FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO E NO CÓDIGO CIVIL DE 2002. ....</b>	<b>23</b>
4.1. O PRINCÍPIO DO “RATIO” DO MATRIMÔNIO E DA UNIÃO ESTÁVEL. ....	24
4.2. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE JURÍDICA ENTRE OS CÔNJUGES E COMPANHEIROS. ....	24
4.3. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE JURÍDICA DE TODOS OS FILHOS. (CF, ART. 227, PARÁGRAFO 6º, CC, ART. 1596 E 1629) .....	25
4.4. PRINCÍPIO DA PLURALIDADE FAMILIAR.....	26
4.4.1. União estável .....	26

<b>4.4.2. Família monoparental .....</b>	<b>26</b>
4.5. O PRINCÍPIO DA CONSAGRAÇÃO DO PODER FAMILIAR. (CC, ART. 1630 A 1638). .....	27
4.6. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (CF, ART. 227). .....	28
4.7. A AFETIVIDADE COMO DIMENSÃO JURÍDICA.....	28
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>30</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>31</b>

## 1. INTRODUÇÃO

Tem-se por objetivo da presente pesquisa o estudo do Direito de Família, a partir do Código Civil de 1916 até a promulgação da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, destacando-se as transformações ocorridas ao longo do tempo.

Na primeira parte do trabalho, abordam-se os aspectos históricos do direito de família, sob dois pilares: O Direito Romano e a Evolução Histórica e transformações da Instituição Familiar.

A abordagem histórica do tema foca-se no Direito Romano, na figura do pater famílias, onde o homem era considerado a autoridade da família, pois exercia o comando sobre seu patrimônio e todos os seus membros. Após essa concepção histórica, faz-se um apanhado da Evolução Histórica e as transformações da instituição familiar, onde é importante observar a conquista das mulheres e a ampliação dada ao conceito de família.

No terceiro capítulo, faz-se a abordagem do conceito de família no Código Civil de 1916, incluindo dentro deste, o casamento, o parentesco, e as Instituições de direito protetivo (tutela/curatela/ausência), onde é apresentado o conceito de cada um respectivamente.

No capítulo seguinte tratamos da Nova Perspectiva do Direito de Família na Constituição e no Código Civil de 2002, onde de acordo com as mudanças, o legislador positivou aquilo que de fato se vivia na sociedade, ampliando deste modo o conceito de família e lhe dando maior proteção.

Tratando a seguir dentro desse mesmo capítulo sobre os princípios do Direito de Família, entre eles: O princípio do “ratio” do matrimônio e da união estável, princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros, princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, princípio da pluralidade familiar, onde se inclui a união estável e a família monoparental, princípio da consagração do poder familiar,

princípio da dignidade da pessoa humana, e por fim, a afetividade como dimensão jurídica.

## 2. ASPECTOS HISTÓRICOS DO DIREITO DE FAMÍLIA

A origem da família está diretamente ligada à história da civilização, uma vez que surgiu como um fenômeno natural, fruto da necessidade do ser humano em estabelecer relações afetivas de forma estável.

### 2.1. NO DIREITO ROMANO

No Direito Romano, a palavra família podia ser aplicada tanto às coisas como às pessoas. Aplicada às coisas, refere-se ao conjunto de um patrimônio. No respeitante às pessoas, pressupõem parentesco, podendo ter sentido estritamente jurídico. O parentesco jurídico engloba todos sob o poder de um mesmo *pater familias*, sendo transmitido somente pela linha paterna.

A família romana era formada por um conjunto de pessoas e coisas que estavam submetidas a um chefe: o *pater familias*. Esta sociedade primitiva era conhecida como a família patriarcal que reunia todos os seus membros em função do culto religioso, para fins políticos e econômicos.

A família no direito romano era baseada no princípio da autoridade, ou seja, o poder pertencia ao *pater*, o mesmo exercia sobre seus filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*). Sendo assim, podia vendê-los, castigá-los e até mesmo tirar-lhes a vida. A mulher era absolutamente subordinada ao marido e podia até mesmo ser abandonada por ato unilateral do mesmo.

Segundo o autor Carlos Roberto Gonçalves (2010, p.31): “A família era, então, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. O ascendente comum mais velho era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz.”

Inicialmente, o patrimônio da família era somente administrado pelo *pater*. Apenas surgiram patrimônios individuais em uma fase mais evoluída do direito romano,

como por exemplo, os pecúlios, que eram administrados por pessoas que estavam diante da autoridade do *pater*.

Desse modo, percebemos que na família romana o vínculo não era estabelecido pelo sangue e sim decorrente do casamento, entre os quais, a mulher, os filhos, netos, bisnetos e o próprio patrimônio, ficavam sob o poder do *pater*.

No período antes de cristo, em Roma, as uniões tinham como característica de se perpetuarem. No entanto, esse pensamento se modificou como o nascimento de Cristo, onde o casamento passou a ser uma instituição indissolúvel e sacramentada, com finalidade de subsistência e exploração de uma propriedade ou a conservação de um nível social.

Sendo assim, pode dizer-se que naquela época o casamento representava um elo político e econômico, não tendo como objetivo principal um elo de afeto e amor entre os envolvidos, ou seja, o casamento na época romana não era investido pelo sentimento de afeto entre as pessoas e sim pelos aspectos patrimonialistas. O matrimônio servia de estímulo para as uniões entre pessoas economicamente mais abastadas, deixando à margem da família às uniões não matrimoniais, formada geralmente pela camada de baixa renda da população.

Na relação jurídica romana se encontrava a figura do concubinato, o qual se considerava uma relação inferior ao casamento, pois não assegurava os mesmos efeitos deste. A intenção em manter a família restrita ao casamento era garantir com isso, a patrimonialização da família e seus bens sempre a mercê dos comandos do *pater*.

Desta maneira, o homem era considerado a autoridade da família romana, pois exercia o comando sobre seu patrimônio e sobre a vida de todos os seus membros. A organização familiar romana era fundada exclusivamente na figura masculina, ficando todos os descendentes e esposas subordinados as suas vontades e decisões.

Observando a linha de pensamento de Bernardo Castelo Branco constata-se:

Ao longo de vários séculos solidificou-se o conceito da família patriarcal, a partir de suas raízes romanas, representadas em sua essência pelo poder paterno, em razão do qual se atribuía o papel de chefe e senhor das decisões da sociedade familiar, não admitindo qualquer contestação. (2006, p.17)

Reforçando esse pensamento, a história mostra que as mulheres sempre foram inferiorizadas, e com a mulher romana, não foi diferente, pois já nascia subordinada e dependente do homem, pertencia ao seu pai, o qual escolhia o seu marido e a fazia-lhe casar com quem ele desejasse, desse modo, continuando sob a dependência masculina, no caso o marido.

Portanto, a mulher era considerada como uma coisa, propriedade do pai ou do marido, utilizada para suprir as necessidades biológicas masculinas e gerar filhos.

Com o surgimento do Império, a autoridade do *pater* é restringida, garantindo à mulher e aos filhos maior autonomia.

Conforme afirma Arnold Wald (2004, p.02):

No Império, desaparece a gens e concedem-se direitos sucessórios e alimentares aos cognados. O estado limita a autoridade do pater, admitindo-se que o alieni júris possa recorrer ao magistrado no caso de abuso do pater. Desaparece a venda dos filhos pelo pai, e a este só se permite aplicar a módica castigatio (pena moderada).

Na época Imperial, em decorrência da autonomia dada às mulheres, aparecem os divórcios e os adultérios no âmbito familiar e a família romana começa a desmoronar.

Essa inserção da mulher fora do lar, auxiliando na economia familiar, torna-se um marco de mudança na estrutura formalista da família romana matrimonializada.

O autor, Rodrigo da Cunha Pereira observa, que:

A conquista das mulheres de um lugar 'sujeito de desejo', levou a ruína da indissolubilidade do casamento, pois era a subordinação da mulher que sustentava esses casamentos. Uma vez que, se coloca como sujeito e não mais assujeitada, isso repercute no ordenamento jurídico e torna inviável o casamento indissolúvel. (2006, p.05)



Com o passar do tempo, a severidade das regras foi se atenuando. A partir do século IV, o Imperador Constantino instala a concepção cristã da família no direito romano, na qual se sobressaem as preocupações de ordem moral. A família romana foi aos poucos restringindo a autoridade do *pater*, ganhando maior autonomia à mulher e aos filhos, passando assim a administrar os pecúlios.

## 2.2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E TRANSFORMAÇÕES DA INSTITUIÇÃO FAMILIAR

A sociedade sofreu inúmeras mudanças nos últimos anos que não podem deixar de ter conhecimento pelo Direito e para que esta seja protegida de modo efetivo é preciso que a legislação acompanhe as mudanças sociais.

Após a Revolução Industrial iniciou-se um crescente progresso de fragmentação familiar. Houve uma acentuada participação feminina na sociedade. A mulher começou a se destacar, protestando por seus direitos e buscando sua independência.

Desse modo, a mulher passou a protestar contra a discriminação de que sempre foi vítima, não mais se submetendo ao marido, começou a ingressar no mercado de trabalho, garantiu uma série de direitos que davam a ela dignidade, tornando-a capaz de prover o sustento econômico da família junto com seu marido. Este fato fez com que o homem passasse a ajudar nos afazeres domésticos e na criação dos filhos. Com isso, aconteceu uma troca de papéis entre homem e mulher.

Observa Maria Berenice Dias que:

O afrouxamento dos laços entre o Estado e a Igreja esmaeceu os rígidos padrões de moralidade, passando a ter mais colorido a afetividade humana, eliminando preconceitos e apagando formalidades sociais. As relações familiares impregnaram-se de maior autenticidade, com base no amor e na

compreensão, deixando de lado a falsidade institucionalizada e a submissão à legalidade estrita.<sup>1</sup>

Merecendo maior destaque no assunto, a igualdade entre os homens e as mulheres, aos filhos provenientes ou não do casamento; o divórcio, aparecendo como método de dissolução do casamento, e a equiparação aos direitos garantidos à família, seja a estabelecida pelo casamento ou constituída pela união estável ou monoparentais, sendo estas novas concepções no ordenamento jurídico brasileiro.

É importante observar que a mulher, antes tratada com inferioridade, teve sua capacidade reconhecida no que diz respeito à sua posição de cônjuge. Portanto, ao núcleo familiar foi dada maior prioridade ao ser humano, sendo considerado absolutamente inconstitucional violar os direitos que dizem respeito à sua dignidade.

Pode-se concluir que a família, no antigo Código Civil de 1916, era fundada sob o aspecto patriarcal, como função de produção e reprodução de caráter institucional. Mas esse quadro se reverteu com a Constituição de 1988, refletindo obviamente no novo Código Civil de 2002, tornando-se igualitária, deixando de ser comandada pelo pater e se transformando em uma união estabelecida pelo afeto.

Com toda essa ampliação do conceito de família estabelecido pela Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal, ainda em julgamento histórico entendeu que as uniões entre homossexuais deveriam ser consideradas formas de famílias, recebendo assim a mesma proteção do Estado.

---

<sup>1</sup> Disponível em <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1220&idAreaSel=5&seeArt=yes>> - acesso em 24/08/2014.

### 3. O CONCEITO DE FAMÍLIA NO CÓDIGO CIVIL DE 1916

Para compreender o sentido dos direitos de família é necessário entender o sentido da expressão família. O que é a família?

O vocábulo família é usado em vários sentidos. Num conceito mais amplo pode-se definir a família como formada por todas aquelas pessoas ligadas por vínculo de sangue, ou todas aquelas provindas de um tronco ancestral comum; o que corresponde a incluir dentro da órbita da família todos os parentes consangüíneos.

Numa acepção um pouco mais limitada, poder-se compreender a família como abrangendo os consangüíneos em linha reta e os colaterais até quarto grau.

Num sentido ainda mais restrito, constitui a família o conjunto de pessoas compreendido pelos pais e sua prole. É com essa constituição que a maioria das leis se alinha.

Entretanto, embora em sentido estrito se possa dizer que a família se compõe tão só dos pais e de sua prole, o Direito de Família não se circunscreve à disciplina das relações entre essas pessoas, sendo consideravelmente mais amplo.

Assim, trata ele da tutela, curatela, ausência, entre outros assuntos que envolvem relações entre pessoas que não estão necessariamente ligadas por tão próximo parentesco.

#### 3.1. O CASAMENTO

Conforme definição de Sílvia Rodrigues:

Casamento é o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de

regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência. (1981, p. 15)

Portanto o casamento seria um mero contrato, cuja validade e eficácia decorreriam exclusivamente da vontade das partes.

Se o casamento representava um mero contrato, ele necessariamente poderia se dissolver por um distrato. Assim, a sua dissolução ficaria na dependência do mútuo consentimento.

Nos termos do art. 194 do Código Civil de 1916, onde se diz que o presidente do ato, ouvida dos nubentes a afirmação de que persistem no propósito de casar por livre e espontânea vontade, declarado efetuado o casamento nestes termos: *“De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados.”*

Trata-se de uma instituição em que os cônjuges ingressam pela manifestação de sua vontade, feita de acordo com a lei. Portanto dada a expressão para casamento de *“contrato de direito de família”*.

Tal instituição é regida por normas cogentes, ou seja, a norma torna-se obrigatória, mesmo que venha a constranger a vontade do indivíduo a que se aplica, pois está interessa estreitamente ao Estado. Uma vez efetuado o casamento, decorrem dele efeitos necessários, que a vontade das partes não pode afastar. Como por exemplo, o marido não poderá vender bens imóveis próprios do casal, sem a anuência de seu cônjuge. O casamento tem por fim regular as relações sexuais, os cuidados da prole comum e a prestação assistencial mútua. Todos os efeitos do casamento se manifestam automaticamente, expresso em texto de lei, que visa preservar sua estrutura.

A resistência do estabelecimento do divórcio partiu, principalmente da Igreja Católica, que, com persistência, combateu várias tentativas que ameaçaram a indissolubilidade do vínculo matrimonial. Mas não foi forte o bastante para vencer este. E o divórcio foi admitido entre nós pela Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, que alterou o parágrafo 1º do art. 175 da Constituição.

### 3.2. O PARENTESCO

O autor Sílvio Rodrigues, define parentesco como: “*A relação que vincula entre si as pessoas que descendem do mesmo tronco ancestral.*” (1981, p.282)

A definição ficaria mais completa se estivesse expressa a distinção entre o parentesco em linha reta e em linha colateral, disposto nos arts. 330 e 331 do Código Civil de 1916.

Sílvio Rodrigues explica que:

*Parentesco em linha reta é o que se estabelece entre as pessoas que estão uma para com as outras na relação de ascendentes e descendentes; assim, são parentes, na linha reta ascendente, o pai, o avô, o bisavô etc.; são parentes, na linha reta descendente, o filho, o neto, o bisneto etc.*

(...)

*Parentesco em linha colateral é o liame que liga as pessoas que provêm de um só tronco comum, sem descenderem uma das outras. A lei limita referido parentesco ao sexto grau. (1981, p.284)*

A contagem de graus de parentesco em linha reta se dá pelo número de gerações. Deste modo, uma pessoa é parente em primeiro grau de seu pai, em segundo de seu avô e em terceiro de seu bisavô.

Para contagem de graus em linha colateral, sobe-se do parente que se tem em vista, até o ascendente comum, descendo-se, depois, ao outro parente; cada geração corresponde a um grau.

Existe também o chamado parentesco por afinidade, ou seja, é o que liga uma pessoa aos parentes de seu cônjuge. É o parentesco pelo vínculo da afinidade, inclui o sogro, sogra, genro ou nora, essa afinidade na linha reta não desaparece com a dissolução do casamento.

### 3.3. INSTITUIÇÕES DE DIREITO PROTETIVO (TUTELA, CURATELA, AUSÊNCIA)

#### 3.3.1 DA TUTELA

Sílvio Rodrigues conceitua a tutela como: “Instituto de nítido caráter assistencial e que visa substituir o pátrio poder em face das pessoas cujos pais faleceram ou foram suspensos ou destituídos do poder paternal.” (1981, p.398)

O mesmo afirma ainda que:

O Estado, no intuito de proteger o menor, o confia a seus pais, a quem confere o pátrio poder. Morrendo estes, sendo julgados ausentes, ou não podendo exercer aquela função, o Estado transfere o encargo de zelar pela criação, pela educação e pelos bens do menor a terceira pessoa, que é o seu tutor. Assim, a tutela se apresenta como instituto de natureza idêntica ao pátrio poder. Apenas, como o titular do pátrio poder é o progenitor, que ordinariamente ama o filho e anseia por lhe defender os interesses, as prerrogativas do pátrio poder são mais amplas que as da tutela; pelas mesmas razões, a tutela fica sujeita à fiscalização mais estrita do que o poder paternal. (1981, p.398)

Podemos dizer que a tutela, é o conjunto de poderes e encargos conferidos pela lei a um terceiro, o chamado de tutor, para que zele pela pessoa de um menor que se encontra fora do pátrio poder, lhe dando amparo, proteção, auxílio e administrando seus bens.

#### 3.3.2 DA CURATELA

De acordo com a concepção de Sílvio Rodrigues: “Curatela é o encargo público, conferido, por lei, a alguém, para dirigir a pessoa e administrar os bens de maiores, que por si não possam fazê-lo.” (1981, p.410)

Trata-se aqui de um instituto de proteção ao incapaz maior, pessoas que, por serem portadoras de alguma anomalia, não são capazes de realizar suas tarefas diárias, sem ajuda de terceiros; nem são capazes de gerir seus bens, quando proprietários.

Estavam sujeitos à curatela as pessoas declaradas incapazes, como os psicopatas, os surdos-mudos que não puderem expressar sua vontade, os toxicômanos e os pródigos.

### **3.3.3 DA AUSÊNCIA**

Diante o assunto da ausência, Sílvio Rodrigues propõe tal problema:

Por vezes ocorre que uma pessoa desaparece do seu domicílio sem que dela haja notícia, sem que haja deixado representante ou procurador e sem que ninguém lhe saiba o destino ou paradeiro. Se essa pessoa – chamada ausente – tiver bens, surge o problema relativo ao destino de tais bens, quer tendo em vista o interesse do ausente e de seus herdeiros, quer tendo em vista o interesse da sociedade para quem o perecimento de tais bens, que são parte da riqueza social, não deixa de se manifestar inconveniente. (1981, p.419)

Quando se trata se ausência, duas atitudes são possíveis. Uma ditada pela possibilidade de o ausente estar vivo, sendo necessário preservar seus bens, tendo em vista a defesa de seu interesse. A outra, na possibilidade de o ausente ter perecido, visa atender o interesse de seus herdeiros, que, a partir de sua morte, se tornam donos de seu patrimônio.

Diante das duas possibilidades, quer o ausente esteja vivo ou morto, é necessário preservar seus bens, impedindo que os mesmos pereçam ou se deteriorem.

#### **4. A NOVA PERSPECTIVA DO DIREITO DE FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO E NO CÓDIGO CIVIL DE 2002.**

A Constituição Federal de 1988 igualou em condições e em benefícios à Família constituída pelo casamento, como base da sociedade e merecedora da especial proteção do estado, não só a entidade familiar, resultante da união estável entre o homem e a mulher, tendente ao casamento, como também a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, ou seja, a família monoparental.

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, passou a existir outras formas de família, com isso sendo atribuída com maior força uma proteção necessária e regulamentando os seus atos.

O artigo 226 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é o que maior mudança trouxe à estrutura Família. O caput do artigo trata sobre a família da seguinte maneira: “Art. 226. A Família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”.

O Código Civil de 2002 na parte do Direito de Família sofreu mudanças provenientes da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, coube ao Código Civil de 2002 apenas adaptar tais mudanças.

O legislador apenas positivou o que já era um costume, aquilo que de fato se vivia na sociedade, deixando mais amplo o conceito de família e lhe dando maior proteção.

A mudança na concepção de família ocorreu antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988. A lei maior só codificou valores já haviam se firmado, reconhecendo a evolução da sociedade e as uniões de fato.

Os princípios constitucionais do Direito de Família evoluíram significativamente o ordenamento jurídico, principalmente no sentido de reconhecer o pluralismo familiar existente no plano fático, em virtude das novas espécies de família que se constituíram ao longo desse tempo.



A nova perspectiva do Direito de Família “Civil-Constitucional” engloba valores e princípios mais abrangentes, como afirma Maria Helena Diniz, “*o moderno direito de família, marcado por grandes mudanças e inovações, rege-se por princípios.*” Dos quais tratados a seguir.<sup>2</sup>

#### 4.1. O PRINCÍPIO DO “RATIO” DO MATRIMÔNIO E DA UNIÃO ESTÁVEL.

Maria Helena Diniz conceitua tal princípio:

Segundo o qual o fundamento básico do casamento, da vida conjugal e do companheirismo é à afeição entre os cônjuges ou conviventes e a necessidade de que perdure completa comunhão de vida, sendo a ruptura da união estável, separação (extrajudicial ou judicial) e o divórcio (CF, art. 226, inciso 6º; CC, arts. 1.511 e 1.571 a 1.582) uma decorrência da extinção da affectio, uma vez que a comunhão espiritual e material de vida entre marido e mulher ou entre conviventes não pode ser mantida ou reconstituída. O afeto é um valor conducente ao reconhecimento da família matrimonial e da entidade familiar, constituindo não só um direito fundamental (individual e social) da pessoa de afeiçoar-se a alguém, como também um direito à integridade da natureza humana, aliado ao dever de ser leal e solidário. E, além disso, vedada está a qualquer pessoa jurídica, seja ela de direito público ou de direito privado, a interferência na comunhão de vida instituída pela família (CC, art. 1.513).(2010, p.19)

O fundamento básico do casamento é o afeto (amor). Acabando a afetividade, a relação conjugal não tem como prosperar, impondo-se a sua dissolução.

#### 4.2. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE JURÍDICA ENTRE OS CÔNJUGES E COMPANHEIROS.

Segundo Maria Helena Diniz:

---

<sup>2</sup> Disponível em <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1220&idAreaSel=5&seeArt=yes>> Acesso 24/08/2014.

Princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros, no que atina aos seus direitos e deveres, que revolucionou o governo da família organizada sobre a base patriarcal. Com esse princípio desaparece o poder marital, e a autocracia do chefe de família é substituída por um sistema em que as decisões devem ser tomadas de comum acordo entre conviventes ou entre marido e mulher, pois os tempos atuais requerem que a mulher e o marido tenham os mesmos direitos e deveres referentes à sociedade convivencial ou conjugal. (2010, p.19/20)

Na nova ordem constitucional, o homem e a mulher, estão no mesmo patamar jurídico, não existindo mais o preconceito ou tratamento desigual. Seus direitos e deveres passam a ser equivalentes, inclusive na gestão do poder familiar, que passa a ser exercido pelo regime de colaboração ou companheirismo, não sendo utilizada mais a expressão do “pátrio poder”, substituindo por poder familiar.

#### 4.3. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE JURÍDICA DE TODOS OS FILHOS. (CF, ART. 227, PARÁGRAFO 6º, CC, ART. 1596 E 1629)

Conforme Maria Helena Diniz (2010, p.22/23):

“Tal princípio, acatado pelo nosso direito positivo, que (a) nenhuma distinção faz entre filhos legítimos, naturais e adotivos, quanto ao nome, direitos, poder familiar, alimentos e sucessão; (b) permite o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento; (c) proíbe que se revele no assento do nascimento a ilegitimidade simples ou espuriedade e (d) veda designações discriminatórias relativas à filiação. De modo que a única diferença entre as categorias de filiação seria o ingresso, ou não, no mundo jurídico, por meio do reconhecimento; logo só se poderia falar em filho, didaticamente, matrimonial ou não matrimonial reconhecido e não reconhecido.”

No que tange o art. 227, parágrafo 6º da Constituição Federal, se proíbe qualquer distinção discriminatória relativa à filiação. Os filhos havidos os não da relação do casamento ou por adoção terão os mesmos direitos. Por este princípio, portanto, permite o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento e exclui a designação de filhos legítimos e ilegítimos. Regulamentando deste modo tal proibição a isonomia constitucional, conforme dispõe o art. 5, caput, da Constituição Federal.

#### 4.4. PRINCÍPIO DA PLURALIDADE FAMILIAR

Segundo Maria Helena Diniz (2010, p.23):

Princípio do Pluralismo Familiar, uma vez que a norma constitucional abrange a família matrimonial e as entidades familiares (união estável e família monoparental). Todavia, o novo Código Civil, apesar de em poucos artigos contemplar a união estável, outorgando-lhe alguns efeitos jurídicos, não contém qualquer norma disciplinadora da família monoparental, composta por um dos genitores e a prole, olvidando que 26% de brasileiros, aproximadamente, vivem nessa modalidade de entidade familiar.

Diante deste princípio, a norma constitucional passa a proteger todas as espécies de família, reconhecendo outras formas de constituição familiar ao lado do casamento, sendo essas as uniões estáveis e as famílias monoparentais.

##### 4.4.1. União estável

A Constituição Federal em seu art. 226, parágrafo 3, reconhece como entidade familiar a união estável, ou seja, a convivência pública, contínua e duradoura de um homem com uma mulher, sem vínculo matrimonial, vivendo sob o mesmo teto ou não, estabelecida com o objetivo de constituir família, desde que tenha condições de ser convertida em casamento, não havendo impedimento legal para isso.

##### 4.4.2. Família monoparental

No Brasil, a família monoparental é prevista pelo artigo 226 da Constituição Federal em seu parágrafo 4º: *“Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.”*

A importância desta posituação é imensa. Através dela o fenômeno monoparental deixou o mundo fático para adentrar no mundo jurídico. Com isso, a família monoparental ganhou a “especial proteção do Estado.”

Essas famílias são formadas por um dos pais e seus descendentes; se organizam tanto pela vontade unilateral de assumir a paternidade ou a maternidade sem a participação do outro genitor, quanto por circunstância alheias à vontade humana, entre as quais: a morte ou o abandono.

O caso típico é o das mães solteiras que vivem sozinhas por opção, mas sem deixar de lado a maternidade, por conta de sua própria realização pessoal.

Conforme este entendimento, a monoparentalidade e a união estável passam a ser consideradas espécies do gênero “família”, possuindo toda proteção jurídica estatal necessária.

Observa-se que temos três formas de constituição de família, a formada pelo casamento, seja ele civil ou religioso com efeitos civis, a formada pela união estável e a constituída por qualquer de seus pais e seus descendentes.

Mas a instituição do casamento permanece, ainda, sendo o meio básico de consolidar uma união familiar, este não foi substituído pelo reconhecimento constitucional da união estável, considerando-se que a própria Constituição Federal de 1988 prevê a facilitação de sua conversão em casamento.

#### 4.5. O PRINCÍPIO DA CONSAGRAÇÃO DO PODER FAMILIAR. (CC, ART. 1630 A 1638).

Segundo Maria Helena Diniz:

Princípio da Consagração do Poder Familiar, substituindo o marital e o paterno, no seio da família. O poder familiar é considerado como um poder-dever (CC, arts. 1.630 a 1.638). Com isso segue os passos da lei francesa de 1970, que preferiu falar em autoridade parental, abandonando a locução

pátrio poder, por ser aquela mais consentânea à sociedade conjugal dos tempos modernos, que é paritária, e ao poder-dever por ela exercido e das normas dos EUA, que adotam a parental authority, como ensina Krause. (2010, p.23)

Basicamente, quer dizer que o poder de dirigir a família não é mais somente o paterno, mas sim de ambos os genitores, desaparecendo o poder marital.

#### 4.6. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (CF, ART. 227).

Segundo Maria Helena Diniz:

“Princípio do respeito da dignidade da pessoa humana (CF, ART. 1º, III), que constitui base da comunidade familiar (biológica ou socioafetiva), garantindo, tendo por parâmetro a afetividade, o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente (CF, art. 227).” (2010, p.23)

A dignidade da pessoa humana é um dos mais importantes princípios de direito fundamental. Representa um valor moral inerente à pessoa, portanto, todo ser humano é possuidor desse preceito.

#### 4.7. A AFETIVIDADE COMO DIMENSÃO JURÍDICA.

Segundo o conhecido Dicionário Aurélio, afeto significa “*afeição por alguém; inclinação; simpatia, amizade, amor*”.

Não tem como ignorar a teoria de que ninguém é feliz sozinho. Todos nós precisamos de colaboração para, de certa forma, crescer e ter um desenvolvimento saudável, principalmente quando ainda criança, essencial para a vida adulta. Pois é recebendo afeto que aprendemos a dar afeto, criando assim um círculo de desenvolvimento afetivo, onde aquele que recebe carinho, que foi bem cuidado, será um bom educador, saberá se cuidar e contribuir para o crescimento dos demais.

Não é preciso ter um grande conhecimento em psicologia para reconhecermos que o afeto é um elemento fundamental na vida de cada ser humano. O que somos hoje é reflexo do que recebemos anteriormente em nossas vidas.

Portanto é indispensável a todo ser humano o afeto, um tratamento que seja digno e respeitoso. Desta forma surgiu uma nova concepção de família na perspectiva do direito “civil constitucional” designada de relações homoafetivas.

De acordo com Maria Berenice Dias: “*o afeto merece ser visto como uma realidade digna de tutela.*”<sup>3</sup>

O que antes era considerado imoral, hoje é perfeitamente aceitável. Cada um tem a sua orientação sexual, o que importa não é a forma em que as pessoas se unem, mas sim a afetividade, além de qualquer outra consideração.

---

<sup>3</sup> Disponível em <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/30557-32172-1-PB.pdf>>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em vista do que se sustentou foi necessária a compreensão da parte histórica que envolve a família e o Direito de Família. No Direito Romano existia a figura de um chefe familiar, provém dessa concepção a família patriarcal, que aos poucos foi ficando por terra. Pois não era dirigida pela maioria das vezes pelos laços de afeto, e sim por laços de autoridade, sendo assim, uma unidade econômica, religiosa e política.

O conceito de família se ajustou à medida que as transformações sociais ocorreram, exigindo desse modo um posicionamento eficaz do legislador, ao que tange tal fato. A família passou a se constituir mediante o afeto.

A concepção de família no Código Civil de 1916, este já revogado, era influenciado pelo direito romano, possuía características semelhantes a figura do pater.

Analisando os Princípios Constitucionais do Direito de Família, permite-se notar que com o Princípio da Igualdade Jurídica dos cônjuges e dos filhos dissolve-se a figura do pater, concebendo a visão afetiva da família, onde seus direitos e deveres se igualam.

A partir da promulgação da Constituição, as possibilidades de constituição familiar são várias, não mais somente tendo o casamento como sua base. Aparece a união estável, a família monoparental e ainda a afetividade como dimensão jurídica, sendo essa entidade familiar formadas pelos laços de afetividade.

## REFERÊNCIAS

BRANCO, Bernardo Castelo. **Dano Moral no Direito de Família**. São Paulo: Editora Método, 2006.

CUNHA, Marcia Elena de Oliveira. **O afeto face ao princípio da dignidade da pessoa humana e seus efeitos jurídicos no direito de família**. @BuscaLegis. Ccj.ufsc.br Disponível em <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/30557-32172-1-PB.pdf> <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/30557-32172-1-PB.pdf>> Acessado em 24/08/2014.

DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito e a justiça**. 2. ed. Ver. Atual. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, vol. 5: Direito de Família**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_ **Curso de direito civil brasileiro, volume 5: direito de família**. 25. ed. - Sao Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 6: direito de família**. 7. ed. rev. e atual. - Sao Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 05.

RODRIGUES, Silvio, 1917 - **Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1981 - 1982.

SILVA, Carla Paranhos da .**Transformações na Família**. ViaJus. Disponível em <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1220&idAreaSel=5&seeArt=yes> > Acesso em 24/08/2014.

WALD, Arnold. **Curso de Direito Civil Brasileiro: O Novo Direito de Família**. 15º ed. São Paulo: Saraiva, 2004.