



Faculdade de Direito

André Gustavo Calazans Dourado

**A MUDANÇA NO CONCEITO DE FAMÍLIA REPRESENTADA  
PELA EC N° 66/2010, À LUZ DA TEORIA DO AFETO**

Brasília-2011

André Gustavo Calazans Dourado

**A MUDANÇA NO CONCEITO DE FAMÍLIA REPRESENTADA  
PELA EC N° 66/2010, À LUZ DA TEORIA DO AFETO**

Monografia apresentada para  
obtenção do título de Bacharel em  
Direito pela Universidade de  
Brasília. Orientadora: Professora  
Suzana Borges Viegas de Lima.

Brasília-2011

André Gustavo Calazans Dourado

**A MUDANÇA NO CONCEITO DE FAMÍLIA REPRESENTADA PELA EC N° 66/2010,  
À LUZ DA TEORIA DO AFETO**

Esta monografia foi julgada adequada para a obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade de Brasília.

Banca examinadora:

---

**Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Suzana Viegas de Lima- Mestrado - UnB**

---

**Membro: Prof. Frederico Henrique Viegas de Lima- Pós- doutorado - UnB**

---

**Membro: Prof. Bistra Stefanova Apostolova - Mestrado - UnB**

Brasília

2011

*Agradeço a Deus, princípio e base de tudo.*

*Agradeço à Prof.<sup>a</sup> Suzana Borges Viegas de Lima, por sua orientação interessada e de fundamental importância na realização deste trabalho.*

*Aos arquivistas e servidores da biblioteca Desembargador Antônio Melo Martins pelo auxílio e paciência durante as pesquisas e buscas.*

### Soneto da Fidelidade

“De tudo ao meu amor serei atento  
Antes, e com tal zelo, e sempre, e tanto  
Que mesmo em face do maior encanto  
Dele se encante mais meu pensamento.  
Quero vivê-lo em cada vão momento  
E em seu louvor hei de espalhar meu canto  
E rir meu riso e derramar meu pranto  
Ao seu pesar ou seu contentamento  
E assim, quando mais tarde me procure  
Quem sabe a morte, angústia de quem vive  
Quem sabe a solidão, fim de quem ama  
Eu possa me dizer do amor (que tive):  
Que não seja imortal, posto que é chama  
Mas que seja infinito enquanto dure.”

Vinicius de Moraes

## RESUMO

Este trabalho analisa o surgimento da EC nº66/2010 de acordo com a mudança histórica da função da família, desde o caráter patrimonialista até o valor afetivo. Para fundamentar essa nova percepção, a evolução histórica do conceito de família no Brasil é demonstrada em diferentes períodos históricos. O caráter inovador dessa nova emenda constitucional é explicado de acordo com as construções doutrinárias de diferentes autores do Direito de Família que estudam a importância do afeto no âmbito familiar, como Maria Berenice Dias, Paulo Lôbo e Rolf Madaleno, não sendo ocultada a harmonia do Novo Divórcio com os princípios basilares da Constituição Federal de 1988, como a liberdade e a dignidade humana. O questionamento sobre o papel da EC nº66/2010 é enfrentado com a argumentação sobre a importância da autonomia conjugal e o afeto como elemento de união familiar. Há ainda o esforço em associar o novo divórcio com outros movimentos legislativos ligados ao afeto, como o projeto de lei de reconhecimento da união homoafetiva e o Estatuto das Famílias.

Palavras-chave: Conceito-Família-Divórcio-Afeto-Autonomia-Liberdade-Dignidade.

## LISTA DE ABREVIATURAS

ADIN- Ação direta de inconstitucionalidade

Art.- Artigo

CF- Constituição Federal

CNBB- Confederação Nacional dos Bispos do Brasil

EC - Emenda Constitucional

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

IBDFAM- Instituto Brasileiro de Direito de Família

Nº. - Número

PEC- Projeto de emenda constitucional

PL- Projeto de lei

STF- Supremo Tribunal Federal

STJ- Superior Tribunal de Justiça

TJDFT. - Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

TJRS. - Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

## Sumário

### Introdução

1. Do histórico do divórcio no Brasil
  - 1.1. A influência do catolicismo na indissolubilidade do casamento
  - 1.2. A evolução do direito de família com o advento da lei do divórcio
  - 1.3. O Impacto social do formalismo do direito de família
  - 1.4. A mudança de paradigma com a PEC do divórcio
  - 1.5. A coerência da EC nº66/2010 com os Princípios da Constituição de 1988
2. Novo divórcio: banalização do casamento ou avanço no conceito de família?
  - 2.1. A valorização da autonomia do casal com a EC nº66/2010
  - 2.2. O casamento como busca da satisfação pessoal e da felicidade
  - 2.3. A importância da família com base no afeto e no respeito mútuo
  - 2.4. Vínculos formais e famílias de aparência
  - 2.5. Do fim do questionamento sobre culpa na separação judicial
  - 2.6. O crescimento da procura pelo divórcio no Brasil
3. A Valorização do afeto como fundamento do novo divórcio
  - 3.1. A construção doutrinária do afeto como valor basilar da família
  - 3.2. Decisões judiciais que simbolizam o conceito afetivo de família.
  - 3.3 Outras manifestações legislativas do direito de família com base no afeto: Estatuto das famílias e uniões homoafetivas

### Conclusão

### Referências bibliográficas



## Introdução

O presente estudo visa mostrar a grande mudança representada pela EC nº66/2010. Não será apresentada nas seguintes páginas somente uma explicação pontual que apenas afirme que o novo divórcio extinguiu a separação. Ao contrário, pretende-se mostrar uma nova visão do divórcio que foi construída durante a história desde a visão canônica da família até a ideia contemporânea de família com base no afeto. Portanto, a extinção do instituto da separação não é um fato isolado da história nem das novas visões sobre o Direito de Família.

Quanto à metodologia deste trabalho, haverá uma predominância da pesquisa bibliográfica com consulta a obras dos principais doutrinadores do Direito de Família, tais como Maria Berenice Dias, Paulo Lôbo e Rolf Madaleno. Além disso, os artigos presentes nas diversas páginas eletrônicas serão consultados com o devido cuidado para um trabalho acadêmico. Decisões jurisprudências serão de grande importância, além dos dados estatísticos do IBGE.

O primeiro capítulo objetiva explicar uma relação entre a EC nº66/2010 e as diferentes visões históricas sobre o divórcio. Haverá uma justificação a respeito da influência católica sobre a família brasileira desde as instituições do Direito Canônico até as novas visões do Direito de Família englobantes dos conceitos de afeto e respeito mútuo. Dessa forma, a pertinência desse capítulo é demonstrar que a EC nº66/2010 não surgiu de forma isolada das construções doutrinárias do Direito de Família, mas a partir de uma lenta mudança de paradigma que alterou a visão sobre o que é importante em uma relação familiar.

O último tópico sobre o histórico do divórcio visa demonstrar a adequação entre os princípios da Constituição Federal de 1988 com a atual legislação sobre o divórcio. Tendo em vista a necessidade de harmonização, o capítulo

demonstrará que os princípios fundamentais da Constituição de 1988, como o da dignidade da pessoa humana e o da valorização da família, se aplicam plenamente à nova legislação sobre o divórcio. Não se deve olvidar que a valorização da autonomia do ser humano, consagrada pela nossa atual Constituição, impede ingerências excessivas do Estado e consagra a liberdade do cidadão nas questões individuais. Isso, inclusive, é o ponto fundamental da emenda constitucional em estudo.

O segundo capítulo expõe o problema central do estudo, que é o questionamento sobre os efeitos da EC nº66/2010 sobre o casamento. Seria essa nova legislação sobre o divórcio uma forma de banalização do casamento, como defende a CNBB (Confederação Nacional dos Bispos do Brasil), em que a família estaria vulgarizada com a facilidade para o fim do vínculo matrimonial? A fundamentação dessa resposta mostrará uma série de argumentos que rejeitam essa ideia de banalização, como a valorização da autonomia conjugal e importância do afeto como elemento de união familiar. Se não há mais a mínima condição de convivência e respeito, para que manter a existência desse vínculo jurídico, por meio do instituto da separação, para depois de certo período extingui-lo?

O último tópico do segundo capítulo consiste na exposição estatística do crescimento no número de divórcios diretos sendo que a separação judicial se manteve no mesmo patamar. Com base nesse dado estatístico, pretende-se demonstrar que houve um crescimento pela busca do divórcio direto, observando que não havia uma legislação que valorizasse este instituto de forma plena. Contudo, vale ressaltar que não é objetivo dessa parte do trabalho estabelecer que o novo divórcio seja uma consequência direta desse dado estatístico. Deve-se ter em mente que vários fatores serão expostos como fundamentos para o surgimento da EC nº66/2010, como a evolução histórica do conceito de divórcio, as novas correntes do Direito de Família e os princípios constitucionais aplicáveis na referida emenda constitucional.

O terceiro capítulo é voltado para a teoria do afeto, que fundamentará a explicação da razão de a EC nº66/2010 ser inovadora e consonante com os estudos contemporâneos sobre o Direito de Família. Não se deve esquecer de

que o fundamento dessa teoria, que valoriza os vínculos psicológicos, está nas interpretações psicanalíticas sobre as relações familiares. Ainda, a escolha dessa teoria como base também se apoia nos ensinamentos dos diversos docentes, como os professores da UnB José Geraldo de Sousa Júnior e o Menelick de Carvalho Neto, que sempre alertam para a importância da interdisciplinaridade em todas as áreas do conhecimento científico. Diante do exposto, a Teoria do Afeto, com a valorização das relações psicológicas, é a mais adequada para fundamentar a importância dessa nova legislação sobre o divórcio.

Na parte final desse capítulo, há a intenção de demonstrar que a Teoria do Afeto, que foi usada para fundamentar a importância da EC nº66/2010, é também aplicável em outros projetos de lei relacionados com o Direito de Família em tramitação no Congresso Nacional. Exemplo disso é o projeto de lei do Estatuto das Famílias, que pretende reconhecer diversas formas de relacionamentos como entidades familiares com direitos à proteção jurídica. Outro exemplo é o tão polêmico projeto de reconhecimento das uniões homoafetivas, que pretende demonstrar que o afeto protegido juridicamente não deve estar restrito às relações heterossexuais. A semelhança entre os dois projetos está na pretensão do reconhecimento jurídico da existência de diferentes tipos de relacionamentos - que tenham por base o afeto - no âmbito familiar.

Por fim, a conclusão pretende reiterar de forma sucinta e objetiva as diversas questões abordadas durante o trabalho. O principal papel dessa parte do estudo será a explanação de que diversos fatores explicam a importância da EC nº66/2010 para o Direito de Família, como a valorização do respeito entre os entes familiares, além do fato de impedir relações que se baseiem na aparência e no formalismo.

## 1. Do histórico do divórcio no Brasil

### 1.1 A influência do catolicismo na indissolubilidade do casamento

Embora o Estado Brasileiro seja laico, conforme estipula a Constituição Federal de 1988, não pode ser negada a influência do Direito Canônico em diversos campos políticos e sociais do nosso país. Inclusive o Direito não está imune aos ideais da tradição católica, que, durante séculos, ditou parâmetros sociais em diversos países do mundo ocidental. Para exemplificar essa força cristã no Direito, Clóvis Beviláqua usa a seguinte passagem para descrever a natureza da família:

A esses fatores biológicos e psíquicos se vem avaliar outros de natureza sociológica. E sua indicação é fácil de apresentar a quem não pretenda descer a uma análise minuciosa. A família primitiva é vacilante, inconsciente, não toma um caráter fixo e dissolve-se em pouco tempo, ligada que se acha somente pelas energias biológicas. Mas a disciplina social, pouco a pouco, intervém, pela religião, pelos costumes, pelo Direito e a sociedade doméstica se vai, proporcionalmente, afeiçoando por moldes mais seguros, mais definíveis e mais resistentes. Somente depois dessa elaboração é que alguns escritores querem que exista família, que assim seria um produto seródico da vida social. Penso, ao contrário, que não passa ela de uma criação natural, que a sociedade amolda e aperfeiçoa<sup>1</sup>.

A partir dessa concepção, pode-se observar que esse consagrado autor do Direito brasileiro se utilizava de influências da tradição religiosa para descrever a família. De acordo com essa tradição, a família legítima está intimamente ligada à instituição do casamento. Eventuais uniões informais, com base apenas no afeto e no amor livre, não seriam legítimas por não terem o vínculo sagrado da bênção de Deus para oficializar a procriação. Para justificar a forte presença da religião no casamento, é estabelecida uma ligação entre Homem e Deus, como se observa na seguinte mensagem elaborada pelo Papa João Paulo II:

---

<sup>1</sup>BELIVAQUA (1962, p. 17)

Segundo o desígnio de Deus, o matrimônio é o fundamento da mais ampla comunidade da família, pois que o próprio instituto do matrimônio e o amor conjugal se ordenam à procriação e educação da prole, na qual encontram a sua coroação<sup>2</sup>.

A intenção do representante máximo da Igreja Católica nessa declaração é fundamentar uma possível ligação entre os “desígnios de Deus” e a função da família. A partir dessa lógica de ligar a relação homem/Deus e outra entre homem/mulher, parece-nos mais clara a explicação dada pela Igreja Católica para a indissolubilidade do casamento. A fundamentação está na relação eterna entre Deus e o homem, que deve ser copiada na outra entre homem e mulher. De acordo com essa ideia, se Deus nunca deixa o ser humano desamparado e solitário, não há lógica para um homem deixar sua mulher, ou vice-versa. A fidelidade no matrimônio cristão possui o mesmo fundamento na confiança existente entre Deus e homem, como se torna claro na declaração do Papa João Paulo II:

Radicada na doação pessoal e total dos cônjuges e exigida pelo bem dos filhos, a indissolubilidade do matrimônio encontra a sua verdade última no Desígnio que Deus manifestou na Revelação: Ele quer e concede a indissolubilidade matrimonial como fruto, sinal e exigência do amor absolutamente fiel que Deus Pai manifesta pelo homem e que Cristo vive para com a Igreja<sup>3</sup>.

Observa-se, dessa passagem, que a Igreja Católica nega qualquer forma alternativa de união familiar. A única válida seria a decorrente do matrimônio abençoado pelos representantes de Cristo na Terra. Não há espaço para as “uniões de fato”, que seriam a negação do poder de Deus sobre os homens. Não haveria interesse público em uniões que não obedecessem aos ditames religiosos. Marco Túlio de Carvalho Rocha resume o desinteresse da Igreja

---

<sup>2</sup> JOÃO PAULO II (1981, p. 27)

<sup>3</sup> JOÃO PAULO II (1981, p. 371)

Católica pelas uniões com base no caráter íntimo do amor na seguinte passagem:

O amor que o catolicismo entende constituir o cerne da família não se confunde com o “afeto” a que faz referência a nova doutrina familiarista brasileira. Trata-se de amor voltado a corroborar os princípios morais, os dogmas da religião e as responsabilidades publicamente assumidas pelos cônjuges. É adstrito ao matrimônio<sup>4</sup>.

Está claro que a essência da família defendida pelo catolicismo não valoriza o afeto, mas a adequação aos vínculos morais e dogmáticos defendidos pela religião, não existindo reconhecimento de outras formas de uniões amorosas que não seja o matrimônio.

## 1.2 A evolução do direito de família com o advento da lei do divórcio

Ainda com forte ligação com a Igreja Católica, surge, no Código Civil de 1916, o conceito de desquite, que se caracteriza pela dissolução da sociedade conjugal, mas com a manutenção do casamento. Na realidade, em muitos casos, a impossibilidade da vida em comum fazia com que muitos casais criassem novos vínculos amorosos, embora o casamento oficial continuasse existindo. Tal situação era completamente contrária ao princípio da autonomia e o da dignidade humana, pois tornava o vínculo real e afetivo marginalizado e o casamento oficial, muitas vezes só de aparência legal, reconhecido. Essa relação marginalizada era conhecida como concubinato, que Paulo Lôbo explica de maneira sucinta:

Com o desquite os cônjuges legitimavam a separação dos corpos, partilhavam o patrimônio comum, definia-se o sistema de guarda dos filhos e arbitravam-se os alimentos. O desquite poderia ser amigável ou litigioso. Impedidos de casar novamente, os

---

<sup>4</sup> ROCHA (2009, p. 15)

desquitados caíam no limbo da ilegitimidade de suas novas uniões familiares, repercutidas no número gigantescos de concubinatos, considerados meras sociedades de fato<sup>5</sup>.

Entretanto, não se devem estudar as concepções sociais do Brasil de 1916 sem entender que as normas jurídicas da época estavam arraigadas aos dogmas católicos sobre a família. A influência católica sobre o mundo jurídico no século XIX, época em que foi idealizado o Código Civil de 1916, era tão forte que as definições do Código Canônico e do civilista eram semelhantes. Tal fato se observa da definição de dissolução do casamento do Código Civil de 1916, que diz no artigo 315, Parágrafo Único: “O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges...”. Já o Código Canônico afirma no Cân. 1141: “O matrimônio ratificado e consumado não pode ser dissolvido por nenhum poder humano nem por nenhuma causa, exceto a morte”. Portanto, em ambos os ordenamentos, a dissolução do casamento está intimamente ligada com a morte. O jurista Pablo Gagliano observa essa relação entre Igreja e Estado no Brasil do começo do século XX, da seguinte forma:

Com efeito, se um dos primeiros atos, com a Proclamação da República em 1889, foi a subtração do Direito Canônico sobre as relações familiares, especialmente o matrimônio, não há como rejeitar que nosso primeiro Código Civil, publicado em 1916 (mas concebido originariamente no século XIX), incorporou concepções do sistema religioso até então predominante<sup>6</sup>.

A união entre Religião e Direito no ramo da família trouxe uma realidade de exclusão e preconceito para inúmeras famílias. Muitos casais apenas perdiam o afeto, mas deveriam arcar com o fardo de manter uma relação fictícia, enquanto a real relação era alvo de repulsa pela sociedade. Essa situação perdurou durante longo período na sociedade brasileira, desde o começo do século XX até a edição da Lei do Divórcio de 1977.

Observa-se que não havia qualquer valorização do afeto entre o casal, apenas importando no desquite o acordo patrimonial e a guarda dos filhos.

---

<sup>5</sup> LOBO (2010, p.142)

<sup>6</sup> GAGLIANO (2010, p. 37)

Inúmeras mulheres eram humilhadas apenas com a qualificação de desquitadas, que virou sinônimo de mulher sem honra. Mary del Priore assim relata a situação dos desquitados:

Desquitados de ambos os sexos eram vistos como má companhia, mas as mulheres sofriam mais com a situação. As “bem casadas” evitavam qualquer contato com elas. Sua conduta ficava sob a mira do juiz e qualquer passo em falso lhes fazia perder a guarda dos filhos<sup>7</sup>.

Em um ambiente de muita luta, foi aprovada a instituição da primeira lei que permitia a extinção do vínculo matrimonial que não fosse pela morte. Para permitir essa extinção, foi criado pela legislação o conceito de divórcio, que substituiu o do desquite. Contudo, não se deve esquecer de que existia uma forte resistência à criação dessa lei por parte das forças católicas, que defendiam a ideia de desvalorização da família representada pela criação do divórcio. Rodrigo da Cunha Pereira, em sua notável obra *Divórcio: Teoria e Prática*, expõe da seguinte forma a resistência das forças conservadoras na época:

As forças antidivorcistas apregoavam o fim dos casamentos e das famílias com a nova Lei n.º6515 de 1977. Como todo moralismo, preferiam manter a hipocrisia a ver a realidade à volta. A resignação histórica das mulheres já não sustentaria mais os casamentos; afinal, deixaram de ser sujeitadas ao marido para serem donas da própria vida, na medida em se apropriaram do próprio desejo. Compreendeu-se, então, que os casamentos só se sustentam se houver afeto e desejo em mantê-los, não mais sendo mantidos pelo sagrado princípio da indissolubilidade do vínculo conjugal.

Não se deve imaginar que a aprovação da lei em estudo foi revolucionária. Várias concessões foram feitas para que o divórcio fosse instituído no Brasil. Para que os conservadores se conformassem com a lei, o divórcio foi dificultado e ainda foi incluído na lei o instituto da separação, que não extinguiu o vínculo conjugal. O motivo que a doutrina da época afirmava para

---

<sup>7</sup> PRIORE (2005, p.295)



essa dificuldade de efetivação do divórcio era a tentativa de reconciliar o casal. Contudo, parece ser a clara a influência dos setores religiosos nesses entraves para o divórcio, como bem observa Rodrigo da Cunha Pereira na já citada obra:

... Para que fosse aprovada a lei nº 6515, em 16.12.1977, foi necessário fazer algumas concessões, e o divórcio foi dificultado ao máximo: só era possível se divorciar uma única vez, era necessário o prazo de cinco anos de separação de fato para o divórcio direto e três anos para o indireto (ou por conversão). O desquite, embora tivesse mudado o nome para a separação, continuaria existindo; afinal, os católicos não deveriam se divorciar. E assim foi mantido o esdrúxulo e inútil instituto da separação judicial. A Constituição da República de 1988, art. 226, § 6º, reproduzindo o sistema dual de dissolução do casamento, repetiu a velha fórmula. Apenas reduziu os prazos para dois anos para a concessão do divórcio direto e de um ano para a conversão da separação judicial em divórcio<sup>8</sup>.

Apesar da resistência ao divórcio, a Lei 6515/77 não trouxe o fim da família, pelo contrário, houve a abertura do conceito de família para o princípio da afetividade. O Estado diminuiu sua intervenção na esfera privada. Os casais, finalmente, tiveram a chance de poder escolher seus pares de acordo com o afeto e de ter o reconhecimento do Estado. Mesmo que a abertura não fosse completa, a possibilidade do divórcio já representava uma conquista para a sociedade brasileira, que, durante um longo período histórico, viveu sob uma forte influência moralista do Estado. A essência do divórcio, como um fator de independência, está resumida por Rodrigo da Cunha Pereira na obra anteriormente citada:

O divórcio foi introduzido no Brasil em um contexto político-histórico-social em que a liberdade dos sujeitos é a expressão que deve dar comando, já que a família se despatrimonializou, perdeu sua hierarquia e deixou de ser essencialmente um núcleo econômico e de reprodução. Na verdade, ela ganhou vida, autenticidade, desprende-se mais do Estado, e as suas essências reguladoras passaram a ser, principalmente, o amor e o afeto<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> PEREIRA (2010, p.7)

<sup>9</sup> PEREIRA (2010, p.8)

Diante de tal argumentação, a Lei do divórcio de 1977 tem pontos positivos e negativos. Entre os de avanço, estão os ideais de autonomia do casal e de valorização do afeto. Isso demonstra que houve a ruptura de uma completa negação da indissolubilidade do casamento. As relações patrimoniais, que antes eram predominantes no Direito de Família, deveriam, a partir da lei, estar em harmonia com os valores afetivos.

Contudo, os pontos de retrocesso e conservadorismo também existem. A restrição de um único divórcio já demonstra essa intervenção excessiva do Estado em assuntos particulares. O período de separação de fato e judicial, como exigência para o divórcio, demonstra a barreira criada pelo legislador. No balanço da Lei do divórcio de 1977, há um avanço no campo do direito de família, mas com pontos de intervenção estatal excessiva que seriam suprimidos pelas futuras gerações.

### 1.3 O impacto social do formalismo do Direito de Família

Antes do estudo da realidade social, vale ressaltar o que caracteriza o formalismo no conceito de família. A origem da noção formal de família está na nossa tradição jurídica, que, durante séculos até a Constituição de 1988, vinculou família ao casamento legalmente constituído. Portanto, não havia fundamento para a proteção legal de outras realidades familiares, como a união estável. Pode-se dizer que o Estado criou um padrão de família que, de acordo com determinado período histórico, merecia reconhecimento. Marco Túlio de Carvalho Rocha assim observa essa realidade brasileira:

Durante séculos a tradição jurídica identificou “família” com a realidade social criada pelo casamento. No Brasil, o conceito jurídico de família foi ampliado pela Constituição da República de 1988 ao se referir, expressamente, a duas outras formas de entidades familiares: a união estável e família formada por um ascendente e seus descendentes. Somente na Constituição da República de 1988 a disjunção entre o princípio de proteção estatal

da família e o casamento tornou-se clara: "*art. 226: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado*"<sup>10</sup>.

Diante desse quadro de exclusão de outras formas familiares, a análise do Código Civil de 1916 traz a percepção da motivação para a exclusão de outros tipos de família, que é a fixação dos bens patrimoniais. O objetivo dessa exclusão da proteção legal de outros tipos de família era evitar que estas fossem beneficiadas na divisão patrimonial estabelecida no Código Civil de 1916. A intenção do legislador da época foi reservar para a família estabelecida no casamento todo o aparato de proteção legal dos interesses patrimoniais, como bem observa Paulo Lôbo:

É na origem e evolução histórica da família patriarcal e no predomínio da concepção do homem livre proprietário que foram assentadas as bases da legislação sobre a família, inclusive no Brasil. No Código Civil de 1916, dos 290 artigos da parte destinada ao direito de família, 151 tratavam de relações patrimoniais e 139 de relações pessoais. A partir da década de 70 do século XX essas bases dessas bases começaram a ser abaladas com o advento da nova legislação emancipadora das relações familiares, que desmontaram as estruturas centenárias ou milenares do patriarcalismo<sup>11</sup>.

Assim, percebe-se que as legislações sobre o Direito de Família anteriores à Constituição de 1988 valorizavam excessivamente as questões patrimoniais. Isso gerava um forte ambiente de exclusão social, pois havia indivíduos que, por não se adequarem a esse padrão, não gozavam dos mesmos direitos patrimoniais consagrados a outros que se encaixavam nesse modelo.

Tendo em vista a característica da sociedade brasileira do começo do século XX, de ser extremamente patrimonialista e individualista, o ser humano incapaz de incorporar esses bens patrimoniais era considerado como cidadão de segunda classe. Tanto era assim que a figura do bastardo - aquele ser concebido fora do casamento - era motivo de repulsa social e exclusão por parte daqueles cidadãos de 'bem'. Havia diferença de tratamento legal dado

---

<sup>10</sup> ROCHA (2009, p. 9)

<sup>11</sup> LOBO (2010, p.24)

aos filhos ilegítimos. Essa diferença é explicada por Paulo Lôbo com base no interesse patrimonial, como exposto na seguinte passagem:

No que se refere à filiação, a assimetria do tratamento legal aos filhos, em razão da origem e do pesado discrimine causado pelo princípio da legitimidade, não era inspirada na proteção da família, mas na proteção do patrimônio familiar. A caminhada progressiva da legislação rumo à completa equalização do filho ilegítimo foi delimitada ou contida pelos interesses patrimoniais em jogo, sendo obtida a conta-gotas: primeiro, o direito a alimentos, depois, a participação em 25% da herança, mais adiante, a participação em 50% da herança, chegando finalmente à totalidade dela<sup>12</sup>.

Como conclusão deste tópico, a relação entre proteção patrimonial e exclusão social pode ser estabelecida como consequência de uma legislação sobre família que elegia um padrão familiar como oficial. Restava às outras formas de família o preconceito e a exclusão da participação na divisão dos bens patrimoniais. Não havia valorização da característica afetiva do relacionamento. Dessa forma, inúmeras famílias ligadas pelo afeto eram excluídas da proteção estatal devido ao excessivo intervencionismo do legislador na moral e nos costumes, como bem retrata a Desembargadora Maria Berenice Dias em sua obra *Conversando sobre o direito das famílias*:

Antes do divórcio, a indissolubilidade do casamento não possuía outro efeito senão o de vedar a possibilidade de constituição de outra família. A lei, ao preservar intacto o vínculo matrimonial, ainda quando já desfeito o vínculo afetivo, negava a realidade da vida. Manter o casamento após o desquite era uma ficção com o único objetivo de tentar impedir a constituição de novas uniões. O legislador, assumindo o papel de paladino da justiça, da moral e dos bons costumes, simplesmente recusava qualquer direito a quem ousasse constituir relacionamentos extramatrimoniais<sup>13</sup>.

O objetivo da exclusão das uniões extramatrimoniais era preservar a transmissão do patrimônio à família constituída de forma legítima. O papel do Estado nesse contexto social era excluir as relações baseadas no afeto para

---

<sup>12</sup> LOBO (2010, p.142)

<sup>13</sup> DIAS (2004, p.15)

defender formas institucionalizadas de família mesmo que não representassem a realidade de um ambiente familiar.

#### 1.4 A mudança de paradigma com a PEC do divórcio

Na esteira dos ideais da Constituição Federal de 1988, surge a Emenda Constitucional nº 66 de 2010, que estabelece o divórcio direto sem a necessidade do decurso de certo prazo. Não olvidemos que a promulgação da Constituição Federal de 1988 já representa uma grande mudança para o avanço da abrangência do divórcio. Além dos conceitos das garantias fundamentais e o da dignidade da pessoa humana, a Constituição já consagrava o divórcio direto ao estabelecer a sua aplicação de forma imediata, exigindo-se os dois anos de separação de fato. Todavia, a verdadeira revolução para o conceito de divórcio foi a promulgação da chamada “PEC do Amor”, que consagra a autonomia dos cidadãos, que agora possuem ampla liberdade de escolha de seus pares. Como observa Rodrigo da Cunha Pereira, na obra *Divórcio: Teoria e Prática*:

É esta evolução histórica, social e política que possibilitou e viabilizou a aprovação da Emenda Constitucional nº 66 de 2010, facilitando e simplificando o divórcio de casais. Ela é fruto do amadurecimento da sociedade e da evolução do pensamento jurídico. Em outras palavras, significa menor intervenção do Estado na vida privada das pessoas. Afinal, por que o Estado deve estabelecer regras e prazos para o fim do casamento? Embora ele tenha se separado da igreja pela Constituição de 1891, a dificuldade do divórcio era resquício da intervenção desta moral religiosa. O estado precisa estar dissociado das religiões, para que se possa ter boas religiões e liberdade de crer ou não crer e um bom Estado Democrático de Direito<sup>14</sup>.

Vale ressaltar, apesar da divergência da CNBB (Confederação Nacional dos Bispos do Brasil) em relação à promulgação da “PEC do Amor”, que não houve uma grande polêmica desse projeto de lei para a sociedade, como aconteceu

---

<sup>14</sup> PEREIRA (2010, p.8)

com a PEC que aprovou o divórcio em 1977. A razão é o amadurecimento da nossa cultura, que passou a valorizar as condições reais de um relacionamento, como o afeto e o amor. Outro motivo para a aceitação da PEC é que a religião atualmente já não exerce a mesma influência que exercia na década de 70 do século XX. A sociedade já percebe que há uma separação entre Religião e Estado. Há assuntos de autonomia privada em que o Estado não deve interferir sob a condição de causar exclusão e preconceito. Entre esses assuntos está o divórcio. Pablo Gagliano assim sintetiza a importância da PEC do Divórcio de 2010:

Em 2010, com a promulgação da “PEC do Amor”, a separação judicial deixou de ser contemplada na Constituição. Desapareceu, igualmente, o requisito temporal para o Divórcio, que passou a ser exclusivamente direto, tanto o por mútuo consentimento dos cônjuges quanto o litigioso. Trate-se de completa mudança de paradigma sobre o tema, em que o Estado busca afastar-se da intimidade do casal, reconhecendo a sua autonomia para extinguir, pela sua livre vontade, o vínculo conjugal, sem a necessidade de requisitos temporais ou de motivação vinculante. É o reconhecimento do divórcio como o simples exercício de um direito potestativo<sup>15</sup>.

A principal característica do moderno conceito de família que foi incorporada na EC nº66/2010 foi o afeto. O que dita agora um relacionamento não é o interesse patrimonial, mas o valor do afeto e do respeito mútuo. Se não há mais a possibilidade da vida em comum, não há mais razão para a intervenção estatal. A desembargadora Maria Berenice Dias, em um artigo cujo título é *Até que Enfim*, enaltece desta forma a Emenda Constitucional nº 66 de 2010:

O avanço é significativo e para lá de salutar, pois atende aos princípios da liberdade e respeita a autonomia da vontade. Afinal, se não há prazo para casar nada justifica a imposição de prazos para o casamento acabar. Com a alteração, acaba o instituto da separação. As pessoas que eram separadas judicialmente passam ao estado civil de divorciadas. Mas, de tudo, o aspecto mais significativo da

---

<sup>15</sup> GAGLIANO (2010, p.43)

mudança que se avizinha talvez seja o fato de que o Estado vai acabar com uma injustificável interferência na vida dos cidadãos. Enfim passa a respeitar o direito de todos de buscar a felicidade que não se encontra necessariamente na manutenção do casamento, mas, muitas vezes, com o seu fim<sup>16</sup>.

Nesse trecho, Maria Berenice Dias ressalta a importância da felicidade no casamento. A espera por um prazo para o fim do casamento é interpretado como um fator de entrave à efetivação da liberdade e da autonomia de vontade. Dessa forma, o novo divórcio surge para terminar com esse incômodo para o casal que pretende terminar o relacionamento.

### 1.5 A Coerência da EC nº66/2010 com os princípios da Constituição de 1988

Antes de especificar quais princípios serão estudados, vale ressaltar a razão da relevância dos princípios fundamentais no Direito de Família. No campo do Direito Constitucional, há o entendimento de que os princípios constitucionais devem ser analisados de forma sistêmica e harmônica. A efetividade dos preceitos constitucionais não ocorre sem uma visão estrutural da Constituição Federal pautada no basilar princípio da dignidade da pessoa humana. Portanto, todo o direito privado, incluindo o de família, necessita estar harmonizado com os princípios fundamentais. Há uma boa alusão que relaciona o poder da Constituição e o direito privado com o poder do sol no sistema solar no artigo de Flávio Tartuce:

Prospera em larga margem, pelo entusiasmo da nova geração de civilistas, a visualização do Direito Privado como um sistema solar, de acordo com a feliz simbologia de Ricardo Lorenzetti, jurista argentino. Nesse sistema, o sol é a Constituição Federal de 1988, e o planeta principal, o Código Civil. Em torno desse planeta principal estão os satélites, que são os estatutos legais específicos, caso, por exemplo, do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso, normas de grande afeição ao Direito de Família. Pois bem, do sol, que é a Constituição Federal, irradiam raios solares que atingem todo o sistema. Esses raios solares são os princípios constitucionais<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup>DIAS, Maria Berenice. *Até que Enfim*. Obtido via internet: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=513>

<sup>17</sup>TARTUCE (2010, p.38)

Na relação do Direito de Família com a Constituição Federal, há uma mudança de paradigma proporcionada pela Constituição Cidadã de 1988. Anteriormente, a família era rígida e hierárquica. Existia uma desproporcionalidade de poder em que o caráter patriarcal ditava a legalidade no âmbito familiar. Portanto, a discriminação gerava a exclusão de parcelas da sociedade não favorecidas, como as mulheres. Contudo, a promulgação da nossa Lei Maior favoreceu a existência da família baseada no amparo mútuo e no afeto, afastando o engessamento das relações familiares. A efetividade dos princípios constitucionais na mudança no conceito de família é, dessa forma, exposta por Rolf Madaleno:

Promulgados novos princípios destinados a promover a releitura de um Direito de Família outrora engessado e hierarquizado, têm-se por revogados todos os dispositivos ainda insertos na legislação ordinária e em especial no vigente Código Civil brasileiro, que ainda contemplem teimosamente, uma relação de privilégio ou no caminho inverso, de discriminação. Vive a família de hoje um processo de emancipação de seus componentes, todos disputando espaços próprios de crescimento e de realização de suas personalidades, convertendo-se para o futuro em pessoas socialmente úteis, em qualquer idade, pois ninguém mais deseja e ninguém mais pode ficar confinado à mesa familiar, e ninguém mais pode ser alijado por diferença de sexo, raça ou idade, da convivência social<sup>18</sup>.

Há, portanto, uma necessidade de reformulação das funções do Direito Civil de acordo com a Constituição de 1988. Nas palavras de Maria Berenice Dias: “A intervenção do Estado nas relações de Direito Privado permite o revigoração das instituições de Direito Civil e, diante do novo texto constitucional, forçoso redesenhar o Direito Civil à luz da Constituição”<sup>19</sup>. O grande êxito da Lei Magna foi reconhecer e exigir a aplicação imediata de seus princípios fundamentais. Portanto, para propiciar essa concretude dos princípios, faz-se necessário que o Direito de Família se adeque plenamente aos preceitos constitucionais. Esse ideal é explicitado por Flávio Tartuce no artigo *Princípios constitucionais e direito de família*:

---

<sup>18</sup> MADALENO (2008, p.17)

<sup>19</sup> DIAS (2009, p.36)



Ora, é notório que na realidade pós-positivista, os princípios constitucionais ganharam um novo papel; dos princípios gerais do Direito houve um salto evolutivo à realidade dos princípios constitucionais, com emergência imediata. Como decorrência lógica dessa conclusão, muitos dos princípios da atual Direito de Família brasileiro encontram *substactum* constitucional. Além disso, com o Código Civil de 2002, os princípios ganham fundamental importância, eis que a atual codificação utiliza tais argumentos tais regramentos como linhas mestras do Direito Privado...<sup>20</sup>.

Tendo em vista que o presente tópico visa expor a congruência entre a EC nº66/2010 e os princípios constitucionais, cumpre ressaltar que não serão analisados todos os princípios do direito de família, mas aqueles com forte caráter constitucional. Ou seja, os princípios que demonstram, de forma explícita, a mudança de paradigma para uma sociedade democrática e republicana. Portanto, a adequação da EC nº66/2010 com os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da isonomia será demonstrada nas linhas que se seguem.

O princípio da dignidade da pessoa humana é defendido por diversos autores do Direito de Família como o de maior aplicação nas relações familiares. Como afirma Flávio Tartuce: “De fato, não há ramo do Direito Privado em que a dignidade da pessoa humana tenha mais ingerência ou atuação do que o Direito de Família”<sup>21</sup>. Enfim, tal princípio máximo — de origem na visão racional kantiana, em que o Homem é visto como um fim em si mesmo — enaltece a percepção do homem como ser concreto.

Logo, a EC nº66/2010, estabelecendo a afetividade e a autonomia como elementos do conceito de família, está em completa consonância com esse *princípio dos princípios*, pois uma boa relação afetiva contribui para a concretização da dignidade humana. Mário Luiz Delgado, no artigo intitulado *Direitos da personalidade nas relações de família*, define de forma bastante explícita a influência desse princípio na formação da família e, conseqüentemente, do indivíduo, como se observa:

Especificamente no direito de família, mais do que em qualquer outro ramo, em razão de a família ser considerada núcleo irradiante, preservante e disseminador da própria espécie humana, além de constituir o agrupamento social com maior

---

<sup>20</sup> TARTUCE (2010, p.40)

<sup>21</sup> TARTUCE (2010, p. 42)

responsabilidade na formação das novas gerações, e, por isso mesmo, especialmente protegida pelo Estado, a tutela dos direitos de personalidade deve ser assegurada plenamente, tanto no curso das relações familiares como diante de seu rompimento, cabendo ao direito oferecer instrumentos para impedir, coibir ou prevenir a sua violação. Somente diante do respeito a esses direitos poderá ser assegurada, no seio familiar, a realização do valor fundante do ordenamento jurídico, que é o da dignidade da pessoa humana<sup>22</sup>.

Devido à pessoa humana ser ao valor central do nosso ordenamento jurídico, observa-se uma forte tendência de *personalização* do Direito Privado. Ao contrário do Código Civil de 1916, que era predominantemente patrimonialista, o de 2002, influenciado pela nossa Constituição Cidadã de 1988, incorporou desta e transportou para o Direito Civil o ideal de valorização do ser humano.

Tal tendência é assim exposta por Flávio Tartuce: “Diante desse regramento inafastável de proteção da pessoa humana é que está em voga falar em personalização ou repersonalização do Direito Privado”<sup>23</sup>. Diante desse movimento de personalização, a EC nº66/2010 possui forte aspecto humanista na medida em que propõe o alargamento da autonomia humana e, dessa forma, dos direitos de personalidade. O ser humano está mais livre e independente com a EC nº66/2010. Portanto, o direito de liberdade individual é amparado de forma exemplar. A adequação da formação do ambiente familiar com o respeito aos direitos de personalidade é exposta da seguinte maneira no artigo anteriormente citado de Mário Delgado:

A família deve, pois, ter o seu regulamento interno adequado ao pleno desenvolvimento da personalidade humana. Ela é a “formação social”, como diz PIETRO PERLINGIERE, “lugar-comunidade tendente à formação e ao desenvolvimento da personalidade de seus participantes; de maneira que exprime uma função instrumental para a melhor realização dos interesses afetivos e existenciais de seus componentes”. Razão pela qual os pais não podem, por exemplo, impor aos filhos qualquer regra de comportamento que se afaste daquele valor maior da dignidade humana. A família desempenha relevantíssimo papel na promoção da pessoa humana, deixando de ser tutelada no instante em que deixar de cumpri-lo<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> DELGADO (2008, p. 294)

<sup>23</sup> TARTUCE (2010, p.41)

<sup>24</sup> DELGADO (2008, p.294)

O princípio da solidariedade social, tratado no artigo 3º, I, da Constituição Federal que diz: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária”. Obviamente, ele tem repercussão nas relações pessoais. A solidariedade existe, não só no ambiente público, mas no privado, devido à necessidade de cuidado do trato no ambiente familiar.

Contudo, o sentido da solidariedade não pode ser relacionado apenas com a prestação de assistência aos pais em idade avançada ou de alimentos oferecidos aos filhos. Deve-se interpretar a solidariedade de maneira mais abrangente, com reflexos nas relações afetivas, materiais e sociais. A necessidade da valorização do respeito mútuo e do afeto impera na definição da solidariedade no âmbito familiar.

Por exemplo, não basta a simples afirmação do pai de que os alimentos foram oferecidos ao filho e que não há mais dever na criação. É necessária a solidariedade afetiva para que haja a formação de cidadãos pautada na dignidade. Como demonstra Tartuce, há o papel fundamental do afeto na construção da solidariedade familiar, no artigo já citado:

Destaque-se que a solidariedade não é somente patrimonial, mas também moral, sexual, social, afetiva e psicológica. O princípio da solidariedade familiar implica respeito e consideração mútuos nos relacionamentos entre os membros da família. Como decorrência lógica desse espírito de solidariedade, surge o *afeto*, apontado, atualmente, como principal fundamento das relações familiares. Mesmo não constando a palavra *afeto* no Texto Maior como um direito fundamental, pode-se afirmar que ele, como valor jurídico, decorre da valorização constante da dignidade humana e também da solidariedade familiar<sup>25</sup>.

A referência feita pela Constituição Federal à sociedade solidária sugere uma negação do individualismo exacerbado do século XIX. Há uma nova ordem constitucional baseada em um equilíbrio entre liberdade e igualdade. Logo, a pura associação do desenvolvimento com o individualismo liberal gera uma sociedade extremamente desigual. A necessidade da igualdade e de

---

<sup>25</sup> TARTUCE (2010, p.45)

mecanismos que a tornem concreta, como a solidariedade social, torna o ambiente familiar mais justo e harmônico. A falência do individualismo é assim exposta no artigo de Adriana Scheleder e Renata Tagliare divulgado no site do IBDFAM:

Assim, denota-se que a solidariedade perpassa os limites do individualismo existencial. "A família deixa de ser considerada um valor em si mesma, passando a ser entendida como merecedora da tutela jurídica na medida em que represente um ambiente no qual seus integrantes possam se desenvolver plenamente. O individualismo, exaltado na lógica "cada um por si e Deus por todos", conforme menciona Maria Celina Bodin de Moraes, "foi substituída pela perspectiva solidarista, em que a cooperação, a igualdade substancial e a justiça social se tornam valores precípuos do ordenamento"<sup>26</sup>.

Há, em relação à EC nº66/2010, uma harmonia com o princípio da solidariedade social no Direito de Família. Com a demonstração de que o caráter afetivo é predominante na solidariedade familiar na medida em que o valor psicológico se sobrepõe ao material, a EC nº66/2010 consagra esse princípio quando enaltece o afeto e autonomia. Enfim, a preponderância do conceito afetivo de família na EC nº66/2010 corresponde à mesma definição de família que elege o afeto como componente fundamental do princípio da solidariedade social. No artigo anteriormente citado, as autoras explicam a relação do afeto com a solidariedade da seguinte forma:

A família não deve mais ser entendida como uma relação de poder, ou de dominação, mas como uma relação afetiva, o que significa dar a devida atenção às necessidades manifestas pelos filhos em termos, justamente, de afeto e proteção. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não somente do sangue. No estágio em que se encontram as relações familiares e o desenvolvimento científico, tende-se a encontrar a harmonização entre o direito de personalidade ao conhecimento da origem genética, até como necessidade de concretização do direito à saúde e prevenção de doenças, e o direito à relação de parentesco, fundado no princípio jurídico da afetividade. O princípio da afetividade especializa, no campo das relações familiares, o macroprincípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da

---

<sup>26</sup> SCHELEDER E TAGLIARE, O princípio da solidariedade, a teoria humanista e os direitos humanos fundamentais como meios de valorização do afeto quando do estabelecimento de vínculos de filiação. Artigo divulgado no site de IBDFAM no dia 01/02/2008 no endereço eletrônico: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=377>

Constituição Federal), que preside todas as relações jurídicas e submete o ordenamento jurídico nacional<sup>27</sup>.

A proteção da solidariedade familiar não está restrita à Constituição Federal de 1988. O Código Civil de 2002, quando diz no artigo 1511: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”, também faz denotar que a solidariedade é um impulso para o casamento. A ausência da comunhão de vida entre os cônjuges tira o propósito da união e a torna prejudicial. A existência da EC nº66/2010 permite a plenitude da solidariedade familiar, na medida em que a inexistência do interesse de comunhão de vida já põe fim ao casamento, sem a necessidade da excessiva interferência estatal que mantém uniões na Lei sem vínculo com a realidade.

O princípio da igualdade, que prevê tratamento isonômico a todos, sem distinção, perante a lei, é coerente com a EC nº66/2010. A abstenção de interferência na vida pessoal do casal feita pelo Estado favorece a isonomia na relação Cidadão/Estado. A razão disso é o aumento da liberdade individual frente ao Estado proporcionando um equilíbrio de poder. Vale expor que o nosso Texto Maior indica a importância da autonomia nas relações privadas, como uma garantia do cidadão de preservar a intimidade frente à ingerência estatal. De acordo com o que está exposto no artigo 5<sup>a</sup>, inciso X, da Constituição Federal:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação<sup>28</sup>;

---

<sup>27</sup> SCHELEDER E TAGLIARE, O princípio da solidariedade, a teoria humanista e os direitos humanos fundamentais como meios de valorização do afeto quando do estabelecimento de vínculos de filiação. Artigo divulgado no site de IBDFAM no dia 01/02/2008 no endereço eletrônico: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=377>

<sup>28</sup>Constituição Federal de 1988 acessada no endereço eletrônico:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) data da consulta: 21/04/2011

De acordo com essa previsão constitucional, a *intimidade* e *vida privada* são conceitos resguardados como *invioláveis*, não devendo o Estado, a não ser quando necessário para preservar a integridade física ou moral, interferir na intimidade do casal. O benefício da abstenção do Estado no divórcio para a sociedade é não devassar a vida pessoal e, dessa forma, não trazer constrangimento. A consagração da liberdade do casal na legislação analisada expõe um aumento da isonomia do indivíduo em relação ao poder estatal e, conseqüentemente, a consagração do princípio da igualdade. A nova tendência do Direito de Família de considerar a igualdade de direitos e a autonomia de seus membros é desta forma exposta por Rolf Madaleno:

De qualquer modo a doutrina é praticamente unânime em reconhecer a natureza privada do Direito de Família, especialmente quando cada vez mais a ciência familista propugna pela igualdade de exercício dos direitos, e procura conferir maior liberdade e autonomia aos partícipes das relações jurídicas de ordem familiar, como vem acontecendo com as novas conquistas da igualdade de gêneros, no campo da filiação, nos novos modelos de formação familiar, na maior liberalidade na disposição de bens, pela possibilidade de alteração dos regimes matrimoniais no curso das núpcias e agora com as separações e divórcios administrativos, realizados por escritura pública<sup>29</sup>.

Concluindo, a EC nº66/2010 se mostra compatível com esses três princípios basilares da Constituição Federal. As argumentações, baseadas na Doutrina do Direito de Família e na própria letra da Lei Maior, demonstram a harmonia da nova legislação com esses princípios constitucionais, que prezam pelo afeto, dignidade e respeito mútuo no âmbito familiar. Ao contrário da influência patrimonialista que imperou durante um longo período em nossa história, o caráter humanista do Direito Privado impactou a visão contemporânea sobre o papel da família no século XXI. A causa dessa mudança de paradigma está vinculada à centralidade sobre o ser humano existente em nossa Lei Fundamental, uma nova visão que se refletiu no novo entendimento legal sobre o divórcio.

---

<sup>29</sup> MADALENO (2008, p.10)

## 2. Novo divórcio: banalização do casamento ou avanço no conceito de família?

### 2.1 A valorização da autonomia do casal com a EC nº66/2010

Apesar de a EC nº66 de 2010 ter sido elogiada por diversos estudiosos do Direito de Família, como Paulo Lôbo e Maria Berenice Dias, que a caracterizou como inovadora, há setores da sociedade brasileira que a criticam, como a CNBB, que a apreciou duramente a proposta da "PEC do Divórcio". A Igreja Católica, em diversas ocasiões, definiu a PEC como vulgarizante e contra a valorização da família. É o que pode ser constatado de acordo com a seguinte declaração do Bispo Dom Luiz Soares Viera divulgada na *internet*:

Na opinião do vice-presidente da entidade, dom Luiz Soares Viera, ao se facilitar o fim do casamento, acaba-se "banalizando" a questão. "Se facilitar muito, eu acho que se banaliza mais ainda o matrimônio, que já está banalizado. O único problema é esse. Daqui a pouco, a pessoa vai na frente de qualquer juiz e diz que não é mais casada e depois vai na frente de qualquer ministro de igreja e casa de novo. É banalizar demais uma coisa que é muito séria."<sup>30</sup>

Vale ressaltar, conforme descrito no capítulo anterior, que os membros das instituições católicas usaram a mesma argumentação para tentar impedir a instauração do divórcio no Brasil. Convém questionar se a Lei do divórcio criada em 1977 realmente desvalorizou a família. Pelo contrário, a sociedade brasileira do século XXI percebeu que o valor da família está na existência do afeto e do respeito mútuo entre seus componentes. O amadurecimento ocorreu quando se tornou claro que as interferências estatais não são capazes de promover um ambiente familiar saudável e tranquilo. Só os próprios participantes da família podem analisar se alguém é ou não agradável ou honesto e quais os valores e características considerados essenciais. Com o objetivo de enaltecer a importância do princípio da autonomia, Rodrigo da

---

<sup>30</sup> Entrevista divulgada no portal de notícias do Uol pelo site: [www.noticias.uol.com.br/cotidiano/2009/05/21/ult5772u4070.jhtm](http://www.noticias.uol.com.br/cotidiano/2009/05/21/ult5772u4070.jhtm). Data: 21/05/2009.

Cunha Pereira, em artigo intitulado *Uma Princiologia para o Direito de Família*, assim o define:

O princípio da AUTONOMIA E DA MENOR INTERVENÇÃO ESTATAL é a consideração de uma das cruciais questões da contemporaneidade: o limite do público e do privado. O público e o privado são a dicotomia que nos permite pensar no espaço da vida privada em confronto com normas-regras de interesse público. É este princípio que nos leva a refletir se o Estado poderia determinar que existe um culpado e um inocente. Isto, além de ser uma intervenção em excesso na vida privada, está na contramão do discurso psicanalítico em que todo o sujeito deve se responsabilizar pelos seus atos. O Estado poderia estabelecer normas para a União Estável como já estabeleceu, transformando uma união livre em um casamento pelo regime da comunhão parcial de bens, como o fez o art. 1725 do CCB 2002<sup>31</sup>.

Uma das características da família que tem sido estudada e valorizada na atual doutrina do Direito de Família é o alargamento da autonomia do casal frente ao Estado. Ao contrário do modelo familiar defendido pela CNBB – em que o formalismo do Estado é valorizado na medida em que um tipo de família é valorizado e outro é marginalizado – a atual concepção de família pretende harmonizar-se com os fatores reais de afeto. Portanto, um dos motivos da repulsa da Igreja Católica à existência do divórcio é a defesa do formalismo como elemento fundamental para a existência da família. Tanto que a importância da autonomia é explicada da seguinte maneira por Luiz Fachin no artigo *Inovação e Tradição do Direito de Família Contemporâneo*:

O desenho familiar não tem mais uma única configuração. A família se torna plural. Da superação do antigo modelo da *grande-família*, na qual avultava o caráter patriarcal e hierarquizado da família, uma unidade centrada no casamento, nasce a família constitucional, com a progressiva eliminação da hierarquia, emergindo uma restrita liberdade de escolha; o casamento fica dissociado da legitimidade dos filhos. Na família constitucionalizada começam a dominar as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação. Proclama-se, com mais assento, a concepção eudemonista: não mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem

---

<sup>31</sup> PEREIRA (2010, p. 49)



para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade<sup>32</sup>. (grifos nossos)

O que houve, na realidade, foi uma mudança de paradigma. Mas o que propiciou essa nova realidade sobre a família? Há um consenso entre os doutrinadores sobre a relevância da Constituição Federal de 1988 e seus ideais democráticos. A nossa Lei Maior alargou o conceito de família quando protegeu a união estável e igualou os filhos, sendo estes oriundos ou não do casamento. A partir dessa base constitucional, houve um imenso esforço da doutrina familiarista em buscar uma mudança no conceito de família para que o afeto fosse predominante. É o que observa o autor Marcos Ehrhardt Júnior no artigo *Desafios do Direito de Família Contemporâneo: em Busca de uma Nova Compreensão para o Conceito de Família*:

Ao longo dos anos, profundas foram as transformações verificadas no âmbito das relações familiares. Inicialmente concebida como célula fundamental de qualquer agrupamento social, a família, que poderia ser descrita como um núcleo de proteção de interesses econômicos e de reprodução, fundada essencialmente no matrimônio e em rígidas hierarquizações para a garantia da segurança jurídica e preservação do patrimônio familiar, revelou-se, nas palavras de MARIA CELINA BODIN DE MORAES, “o espaço privilegiado de realização pessoal dos que o compõem”, onde podemos destacar, entre outros aspectos, a afetividade, como seu fundamento e finalidade, permitindo a desconsideração do móvel econômico para prestigiar a estabilidade e ostensibilidade de relacionamentos que se apresentem publicamente de modo comprometido com um projeto de vida em comum, baseado na igualdade entre cônjuges e na igualdade entre filhos no domínio familiar<sup>33</sup>.

Para concluir este tópico, cumpre frisar que a EC nº66 de 2010 foi determinante para propiciar a evolução da autonomia do casal, pois foi concedida ampla liberdade de escolha, não existindo mais a interferência estatal em assuntos que são estritamente particulares. Mas a defesa da autonomia não significa que o Estado não possa atuar no campo do direito de

---

<sup>32</sup> FACHIN (2010, p.36)

<sup>33</sup> EHRHART JUNIOR (2010, p. 179)

família. Ainda há assuntos em que é fundamental a atuação da Justiça, como na guarda dos menores e na defesa da prestação alimentícia.

## 2.2 O casamento como busca da satisfação pessoal e da felicidade.

O ponto central deste tema está vinculado ao conceito de personalidade, ideal consagrado na Constituição Federal de 1988, quando estabelece que qualquer pessoa é detentora de direitos inerentes, como os de personalidade e identidade, dentre outros. A compreensão da evolução histórica dos direitos de personalidade facilita o entendimento da importância da luta para a construção da identidade pessoal. A característica inicial do direito de personalidade é a identificação com instituições sociais, como a religião. Antigamente não existia uma separação entre o social e o individual. A construção da família estava relacionada com um ideal que identificasse o ser com o social. Fustel de Coulanges, analisando as características do casamento na sociedade romana da antiguidade, explica a ligação entre religião e matrimônio da seguinte forma:

A família antiga seria, pois, uma associação religiosa, mais que associação natural. Também veremos como a mulher só será de fato levada em conta quando cerimônia sagrada do casamento a tiver iniciado no culto; que o filho deixa de fazer parte da família quando renuncia ao culto ou quando se emancipa; o filho adotado, ao contrário, se torna verdadeiro para a família, quando, embora não tenha laços de sangue, passa a ter na comunhão do culto algo melhor que isso; o legatário que se recusar a adotar o culto dessa família não fará jus à sucessão; enfim, como o parentesco e o direito à herança são regulamentados não pelo nascimento, mas de acordo com os direitos de participação no culto, conforme o estabeleceu a religião. Sem dúvida, não foi a religião que criou a família, mas foi seguramente esta que fixou suas regras e, como, resultado, o ter a família antiga recebido uma constituição muito diferente da que teria sido se tivesse sido baseada nos sentimentos naturais apenas<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> COULANGES (2006, p. 45)

Infere-se das palavras de Coulanges que não há espaço para a satisfação pessoal em uma sociedade que não dissocia o indivíduo do social. Os direitos de personalidade não surgiam com o nascimento, mas pela comunhão de valores sociais, como os de origem religiosa. Em oposição a essa concepção de ser puramente social, surge, no direito moderno, com a Declaração dos Direitos do Homem, a noção de personalidade relacionada com a capacidade de exercer direitos na vida civil. Portanto, a pessoa natural é definida como um ente protegido pela ordem jurídica. O ponto fundamental para a relevância dos valores pessoais na família é a construção da ideia de dignidade. A importância do homem e de suas características essenciais, como a honestidade e afetividade, são relevantes a partir da ideia de universalidade dos direitos de personalidade, conforme se pode observar nesta passagem da obra de Adriana Caldas do Rego Freitas Maluf:

Assim também concebe Adriano de Cupis, para quem os direitos da personalidade, em face de seu caráter de essencialidade, são em sua maior parte direitos inatos, que não se exaurem em sua determinação e recebem proteção jurídica nos ordenamentos modernos, com origem em uma universalização da pressão dos ideais da sociedade em reconhecê-los e protegê-los como tais<sup>35</sup>.

Tendo como sustentáculo da importância dos valores pessoais a construção dos direitos de personalidade, pode-se sugerir a construção de uma divisão esquemática desses direitos no âmbito familiar em três direitos: 1) direito à identidade pessoal 2) direito à integridade física e 3) direito à intimidade. O primeiro revela os sinais identificadores das pessoas perante a sociedade e família. A identidade pessoal está relacionada com o uso do nome e das diversas formas de individualização do ser em relação ao meio social. Já o direito à integridade física abrange a proteção da integridade corporal. Isso não quer dizer a simples preservação das identidades físicas. A pessoa deve estar em harmonia com o corpo e essa ideia envolve as questões de gênero e sexualidade. Finalmente, cumpre citar o direito à intimidade, que se

---

<sup>35</sup> MALUF (2010, p.54)

relaciona com a inserção social do indivíduo concomitante com o respeito às necessidades íntimas.

Portanto, as atuais correntes no Direito de Família elegeram a importância da satisfação pessoal como digna de proteção constitucional. A razão disso é a completa consonância do direito à realização individual com o princípio da dignidade da pessoa humana. Não haveria respeito a esse princípio sem a valorização da vida, do nome, da intimidade, da identidade, entre outros. A construção do âmbito de proteção do ser humano permitiu que a satisfação individual fosse defendida no ordenamento jurídico para que a família continuasse coesa e harmônica. Adriana Caldas do Rego Freitas Maluf explica que esse caráter volitivo se expandiu em diversas situações no Direito de Família, como se observa:

Valoriza-se a manifestação volitiva das partes no que tange à liberdade de contrair matrimônio; na dissolução amigável do casamento; na amplitude de reconhecimento da paternidade; na legalização do concubinato; no controle de natalidade; na doação de material genético e formação dos gametas quando da inseminação artificial; nas diversas formas de concepção da estrutura familiar, entre as quais se destaca, em algumas legislações, o casamento homossexual<sup>36</sup>.

Todos os exemplos expostos nessa citação demonstram a ampliação da proteção dos direitos individuais no Direito de Família. Mudança que se torna possível com a efetivação dos princípios fundamentais da nossa Lei Maior, como a dignidade humana e a liberdade.

### 2.3 Da importância da família com base no afeto e no respeito mútuo

Em contraposição ao conceito formal, baseado nas formas legais e institucionalizadas, a importância contemporânea da família valoriza as

---

<sup>36</sup> MALUF (2010, p.48)

relações afetivas com base no respeito às diferenças. Mas como estabelecer a concretização do respeito? O princípio da igualdade é o que sustenta a importância da tolerância ao diferente. Sendo um dos fundamentos do ideal de Estado democrático de Direito, a igualdade deve existir primeiramente no âmbito formal. Ou seja, o reconhecimento expresso na própria lei sobre a relevância do princípio da igualdade já significa a proteção teórica do que é diferente. Contudo, não basta o simples valor legal do princípio da igualdade para que haja o respeito entre os membros da família; é necessário que o conceito de igualdade material concretize os preceitos existentes nos textos legais para que as efetivas desigualdades sejam suprimidas.

Portanto, o reconhecimento do princípio da igualdade pela Constituição Federal de 1988 surtiu grandes efeitos em diversos ramos no Direito de Família. Por exemplo, quando a Lei Maior, com base neste princípio, enaltece a igualdade entre homens e mulheres, favorece a valorização do respeito mútuo entre o casal. A autora Maria Berenice Dias assim relaciona o valor constitucional da igualdade e as consequências nas relações familiares no *Manual de Direito das Famílias*:

Não bastou a Constituição proclamar o princípio da igualdade em seu preâmbulo. Reafirmou o direito à igualdade ao dizer: todos são iguais perante a lei. E foi além. De modo enfático, foi até repetitiva ao afirmar que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, decantando mais uma vez a igualdade de direitos e deveres de ambos no referente à sociedade conjugal. Assim, é a carta constitucional a grande artífice do princípio da isonomia no direito das famílias. A supremacia do princípio da igualdade alcançou também os vínculos de filiação, ao ser proibida qualquer designação discriminatória com relação aos filhos havidos ou não da relação de casamento ou por adoção. Em boa hora o constituinte acabou com a abominável hipocrisia que rotulava a prole pela condição dos pais. Também em respeito ao princípio da igualdade é livre a decisão do casal sobre o planejamento familiar, sendo vedada qualquer tipo de coerção por parte das instituições privadas ou públicas. É limitada a interferência do Estado, que deve propiciar os recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> DIAS (2009, p. 65)

Consagrado o valor do respeito mútuo, a relação familiar afetiva traz ao ambiente a harmonia e a coesão que permitem a formação de cidadãos mais humanos. Não há como existir uma criação saudável em um meio no qual impera a desigualdade, o desrespeito e a discriminação. Ao contrário do tradicional meio familiar baseado na hierarquia, a convivência familiar respeitosa glorifica a família, de acordo com Paulo Lôbo:

O direito à convivência familiar, tutelado pelo princípio e por regras jurídicas específicas, particularmente no que respeita à criança e ao adolescente, é dirigido à família e a cada membro dela, além de ao Estado e à sociedade como um todo. Por outro lado, a convivência familiar é o substrato da verdade real da família socioafetiva, como fato social facilmente aferível por vários meios de prova. A posse do estado de filiação, por exemplo, nela se consolida. Portanto, há direito à convivência familiar e direito que dela resulta<sup>38</sup>.

A convivência familiar serve para estabelecer uma realidade familiar saudável. Sem um concreto vínculo socioafetivo, não há consolidação das funções efetivas da família, além de trazer sequelas na formação de indivíduos sem a noção de identidade com outros membros familiares.

#### 2.4 Vínculos formais e famílias de aparência

O entendimento da antiga concepção de família se baseia no patriarcalismo, em que as relações entre os membros eram hierarquizadas e engessadas. Cada um tinha o seu dever. O homem, antigo chefe da família, liderava a família e estabelecia o papel de todos os componentes do grupo. O objetivo dessa hierarquia era vincular o patrimônio à instituição da família legítima. Contudo, houve uma completa alteração na compreensão de família com a consagração da repersonalização das relações familiares. A partir disso, há novos princípios que influenciam a proteção jurídica do Estado sobre a família. Não se valoriza mais a institucionalização, mas os reais fatores de

---

<sup>38</sup> LOBO (2010, p.69)

vínculo familiar, como a liberdade, a igualdade, a solidariedade e a afetividade.

Para uma melhor compreensão da importância do afeto para o conceito de família, o estudo do impacto do formalismo sobre a família é fundamental. O patriarcalismo é o conceito-chave para as diversas restrições às outras organizações familiares. Tendo como máxima expressão a legislação romana, o patriarcalismo é identificado com a supremacia do homem sobre a mulher e a prole advinda do matrimônio. Situação que gerava exclusão para as mulheres, que não eram consideradas capazes legalmente, além de eleger o homem como o grande líder da família. Qual seria a consequência desse conceito para a sociedade? A eleição de um tipo de organização familiar (a patriarcal), como digna de proteção jurídica, gerou um sentimento fortemente preconceituoso. As outras formas de famílias foram renegadas pela sociedade e inúmeras tentativas de banimento aconteceram. Tanto que os valores familiares, que não eram codificados de forma específica pelas Constituições brasileiras, mereceram um capítulo especial na Constituição da República de 1934. Essa codificação é interpretada por Rodrigo da Cunha Pereira, em sua obra: *Direito de Família: Uma Abordagem Psicanalítica*, como uma tentativa de inibir as novas direções do Direito de Família que iriam além desse conceito patriarcal, como se observa da seguinte passagem:

A partir do momento em que o texto constitucional passou a mencionar a família e dizer que ela se constitui pelo casamento civil, é sinal de que talvez o contexto apontasse para outras direções. É certo que há imposições da própria cultura, mas se os elementos culturais fossem tão determinantes, não haveria necessidade de se legislar sobre eles, pois seriam leis naturais. Há também razões políticas a partir da separação Igreja/Estado, razões econômicas, etc. Mas a história nos revela mais e nos possibilita ver os fatos a distância, com uma isenção maior e um envolvimento menor no processo histórico evolutivo. Podemos verificar, portanto, que a lei, ao dizer que a família é o casamento civil e que este é indissolúvel, estaria querendo cercear algo que se lhe contrapõe. Ou seja, se havia necessidade de se impor o casamento civil é porque deveria haver outras formas de constituir família que iriam, ou queriam, surgir a partir do Brasil República. É como os

Dez Mandamentos. Eles só existem porque existem aqueles dez desejos que se lhes contrapõem<sup>39</sup>.

Vários exemplos poderiam demonstrar o quadro de exclusão gerado pela família patriarcal. Entre estes, pode-se citar a completa negação da capacidade jurídica da mulher ou a imposição do casamento como a única forma legítima de constituição de família. A existência do ambiente familiar pautado pela hierarquia demonstra que o afeto não era considerado como um valor intrínseco ao vínculo familiar. Valorizava-se a imposição do poder e a manutenção da família com base no medo da exclusão. Isso resultava em um desequilíbrio entre a família formal, considerada protegida e reconhecida legalmente, e a real, que muitas vezes era a afetiva, mas ocultada pela sociedade. Um exemplo dessa incoerência era a o conceito de concubinato, tão controverso e frequente em nossa história.

Apesar da existência da relação entre homem e mulher fora do casamento ser comum, as pessoas se recusavam a ser identificadas com o concubinato. Apesar de muitos tribunais brasileiros terem reconhecido valores jurídicos ao concubinato, a denominação de concubina era considerada uma ofensa. Isso só serve para exemplificar como diversas famílias concretas com base no afeto coexistiam com a negação jurídica de seus direitos ao mesmo tempo. Rodrigo da Cunha Pereira, em obra anteriormente citada, já demonstra a situação controversa do concubinato:

Não é em vão, e a troco de nada, a recusa das pessoas de se nomearem concubinos/concubinas. É preciso entender isto. Ou, mais que entender, ver a carga de preconceito que se instalou ao longo do tempo sobre tal palavra e o peso que ela passou a ter. Ela, antes de ter sentido técnico-jurídico, é a indicação de um modo de vida ou um estado, a marca de um (pré)conceito que se formou ao longo do tempo. Por exemplo, nomear uma mulher de concubina é socialmente uma ofensa; é como se referisse à sua conduta moral e sexual de forma negativa. No entanto, no sentido jurídico, e mais especificamente na linguagem dos tribunais, é uma expressão de largo uso e que melhor traduziu, até agora, uma forma de vida entre homem e mulher com consequências inclusive patrimoniais...<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> PEREIRA (1999, p. 34)

<sup>40</sup> PEREIRA (1999, p. 65)



Esse exemplo do concubinato só serviu para mostrar a consequência adversa para a sociedade do conceito tradicional de família. Quando as relações de afeto são ofuscadas pelas aparências de famílias justas e legítimas, ocorre a exclusão dos laços familiares efetivos, uma realidade que gera sofrimento e preconceito. Não há como mensurar a dor e a exclusão trazidas por um conceito tão restritivo e institucional de família. Diversos cidadãos não eram considerados “de bem” por não serem frutos de uma relação “justa” e “legítima”, além de serem excluídos do convívio social por não se encaixarem naquilo que era considerado pela sociedade como família.

## **2.5 Do fim do questionamento sobre culpa na separação judicial**

O presente tópico visa expor como o fim da caracterização da culpa como elemento essencial para o fim do casamento contribuiu para a evolução do conceito de família. Ao contrário de uma possível banalização do casamento, o fim da atribuição da culpa possui o objetivo de valorizar a intimidade e a autonomia do casal. Não é saudável levar ao judiciário o debate sobre questões pessoais que acabam devassando a vida íntima para no final trazer ódio e ressentimento.

Na atual doutrina do Direito de Família, há uma forte tentativa de renomados autores, como Paulo Lôbo e Maria Berenice Dias, de justificar a inutilidade do debate sobre a culpa na esfera das relações familiares, como no caso da separação judicial. Para demonstrar a necessidade da supressão da discussão sobre a culpa no âmbito familiar, Paulo Lôbo argumenta com a inconstitucionalidade da caracterização da culpa tendo em vista o respeito às garantias fundamentais que resguardam a esfera individual, como se observa:

Quando o poder judiciário, mobilizado pelo cônjuge que se apresenta como abandonado e ofendido pelo outro, investiga a ocorrência ou não da causa alegada e da culpa do indigitado ofensor, ingressa na intimidade e na vida privada da sociedade

conjugal e da entidade familiar. A constituição (art.5º, X) estabelece que “invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”, sem qualquer exceção ou restrição. Ora, nada é mais íntimo e privado que as relações entretidas na convivência familiar. Sob esse importante ângulo, não pode a lei ordinária excepcionar, de modo tão amplo, a garantia constitucional da inviolabilidade, justamente no espaço privado e existencial onde ela mais se realiza<sup>41</sup>.

Em relação à discussão da culpa, não se deve concluir que esses doutrinadores pretendem eliminar este critério no Direito. Há o entendimento de que a culpa é relevante quando existe ofensa à integridade humana, seja física ou moral, ou a um bem tutelado juridicamente. Inclusive no âmbito familiar, a investigação da culpa se mostra relevante em certos casos, como na situação em que um cônjuge necessita usar o nome de casado e, para isso, se torna relevante a investigação da culpa para que não haja prejuízo ao que se consagrou com o novo nome de casamento, por exemplo.

Contudo, para a contemporânea corrente do Direito de Família, em regra geral, não há mais sentido para a indicação de culpa nas separações, pois “independentemente de quem seja o culpado, a guarda é atribuída ao pai e mãe que realize o princípio do melhor interesse da criança”<sup>42</sup>. Não é só no assunto sobre guarda, mas, também, em relação aos alimentos e à partilha de bens que a discussão sobre culpa se mostra irrelevante, segundo Paulo Lôbo. A iniciativa de suprimir a caracterização da culpa não se restringe no âmbito doutrinário, há iniciativas legislativas para acabar com as referências à culpa, como se entende da citação de Paulo Lôbo:

Na perspectiva da evolução do direito de família, é oportuna a iniciativa do Projeto de Lei n. 507/2007, da Câmara dos Deputados, que suprimirá todas as referências às causas subjetivas e à culpa na separação judicial, estabelecendo única causa subjetiva assim enunciada: *Art. 1572. Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, quando cessar a comunhão da vida.* Correta a justificativa do projeto, quando ressalta a incongruência do modelo adotado pelo Código<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> LÔBO (2010, p.156)

<sup>42</sup> LÔBO (2010, p.156)

<sup>43</sup> LOBO (2010, p. 157)

Outra grande estudiosa do Direito de Família, Maria Berenice Dias, mostra-se contra a adequação da culpa ao âmbito familiar. A razão disso é a falta de coerência em indicar culpados em um ambiente pautado pelo afeto. A grande jurista ainda ressalta que não há sentido em definir culpa, pois há uma forte carga de sofrimento em qualquer separação. Portanto, há uma crítica à falta de atitude do legislador, que intervém indicando culpados em situações extremamente pessoais, como adverte Dias:

Ao longo da história do direito das famílias o que se constata é a falta de sensibilidade do legislador para com as especialidades da matéria familiar. Prefere ignorar que o bem jurídico tutelado é a dignidade das pessoas que compõem a família e acaba fazendo importação de institutos, como a culpa, que encontram em outros ramos do direito civil espaço mais propício à sua assimilação e aplicação<sup>44</sup>...

Para concluir este tópico, cumpre ressaltar que a dissolução do vínculo matrimonial é uma garantia que decorre do fim do afeto. Ao contrário da “falta de sensibilidade” com as questões familiares relatadas por Maria Berenice Dias, o novo divórcio expõe a preocupação do legislador com a dignidade humana. Quando se consagra a liberdade, há uma humanização das relações jurídicas.

## 2.6 O Crescimento da procura pelo divórcio no Brasil

Não se deve ocultar o papel das pressões dos dados sociais para que a EC nº66 de 2010 fosse aprovada. Se a procura pelo divórcio não fosse frequente, não haveria uma urgência para que os legisladores facilitassem a concessão deste. Contudo, não é só no Brasil que houve esse aumento na busca pelo divórcio.

---

<sup>44</sup> DIAS (2009, p. 110)

As alterações sociais da Revolução Industrial, caracterizadas pela ascensão do movimento feminista, inclusão da mulher no mercado de trabalho e a própria revolução sexual nos anos sessenta do século XX, expõem fatores que modificam o ideal de família estática e sagrada em que cada um tinha uma função determinada. Esse fenômeno social no ocidente modificou a antiga estabilidade da família para que esta se tornasse dinâmica, como mostra Gagliano:

Em fecundo estudo, CONSTANCE AHRONS e ROY RODGERSS, debruçados nas alterações sociais experimentadas no século passado, observaram que, somente nas últimas décadas, a idealizada noção “sagrada” da tradicional família americana havia sido seriamente desafiada. Fatores de variada ordem como o movimento feminista, o aumento da força de trabalho da mulher e a revolução sexual frequentemente eram citados como responsáveis pelo aumento do número de divórcios<sup>45</sup>.

Antes da análise da EC nº66 de 2010, cabe ressaltar que já existia uma grande busca pela concessão do divórcio entre os anos de 1996 a 2006. Já em relação à separação, no mesmo período, houve uma estabilidade na procura. Como relacionar esses dados com a edição da EC nº66/2010? Há uma incoerência entre a grande demanda da sociedade brasileira pelo divórcio e a inexistência de uma legislação que o valorizasse, de forma plena.

Ou seja, infere-se, pelo crescimento do número de divórcios, que existe uma maior aceitação social desse instituto que passou a ser visto com mais naturalidade e sem a grande estigmatização da mulher “divorciada”, como existia na época da edição da antiga Lei do Divórcio de 1977. Mudança estatística assim exposta por Gagliano:

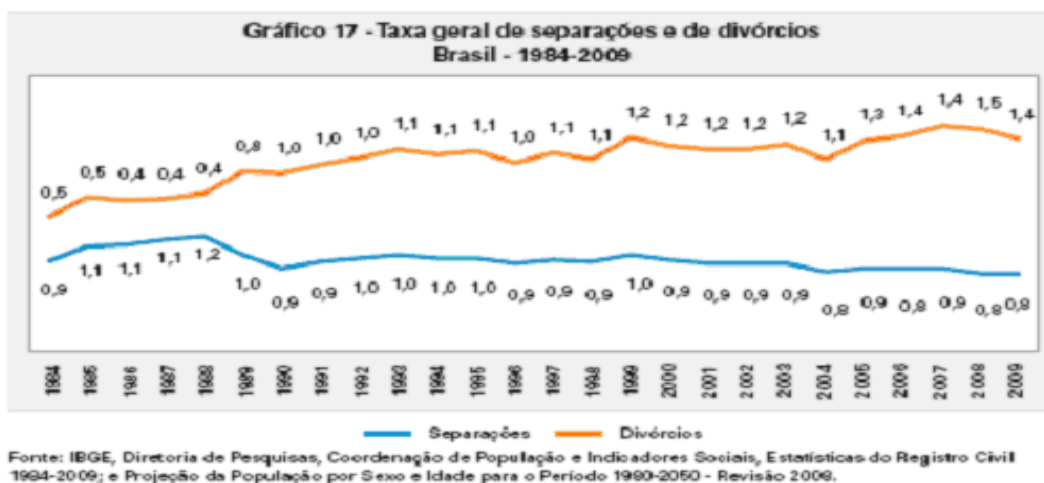
Enquanto as separações judiciais mantiveram-se estáveis em relação a 2005, com taxa de 0,9%, os divórcios cresceram 1,4%. Esse resultado revela uma gradual mudança de comportamento na sociedade brasileira, que passou a aceitar o divórcio com maior naturalidade, além da agilidade na exigência legal, que para iniciar processo exige pelo menos um ano de separação judicial ou dois anos de separação de fato. De 1996 a 2006, a pesquisa mostrou que a separação judicial manteve o patamar mais frequente e o divórcio atingiu a maior taxa dos últimos dez anos. Em 2006, os divórcios

---

<sup>45</sup> GAGLIANO (2010, p.44)

diretos foram 70,1% do total concedido no país. Os divórcios indiretos representaram 29,9% do total...<sup>46</sup>.

Os números do IBGE mostram o grande crescimento do número de divórcios desde 1984 até 2009. Apesar de neste último ano existir um decréscimo do divórcio, a média histórica expõe a preponderância do divórcio sobre a separação judicial, como pode ser constatado de acordo com o seguinte gráfico divulgado no site do IBGE<sup>47</sup>:



Entretanto, o surgimento da EC nº66 de 2010 não é uma relação de causa e efeito restrita tão somente aos dados estatísticos sobre o divórcio. É claro que a demanda social representada pela intensa procura pelo divórcio é um componente que influi na valorização deste. Se os fatos não mostrassem isso, para que os legisladores iriam se empenhar em fazer uma emenda constitucional sobre divórcio? Todavia, há outros fatores de igual importância para a edição da EC nº66/2010, como a mudança atual do conceito de família que valoriza o afeto, as novas correntes dos estudos de autores civilistas que prezam pela autonomia da vontade, assim como os entendimentos jurisprudenciais condizentes com a doutrina baseada no conceito de afeto.

<sup>46</sup> GAGLIANO (2010, p.45)

<sup>47</sup> Gráfico divulgado no dia 12/11/2010 na internet na página oficial do IBGE no site: [http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia\\_visualiza.php?id\\_noticia=1753](http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1753). Consulta realizada no dia 19/04/2011.

Portanto, os valores estatísticos devem ser interpretados não de forma isolada, mas de acordo com os outros aspectos expostos no presente trabalho.

### 3. A valorização do afeto como fundamento do novo divórcio.

#### 3.1 A construção doutrinária do afeto como valor basilar da família

Antes de nos concentrarmos no valor jurídico do afeto e suas consequências diretas na nova legislação sobre a família, incluindo a Emenda Constitucional nº66/2010, vale ressaltar as origens da elaboração do conceito de família baseada no afeto. Tendo em vista a grande importância do processo de interdisciplinaridade no meio científico, não é valioso o estudo do Direito como se este fosse um campo próprio e isolado das outras áreas do conhecimento. Ao longo da graduação no curso de Direito, sempre nos restou clara a influência da Filosofia, História e Sociologia nos conceitos fundamentais do mundo jurídico.

A partir desse processo de comunicação, a contribuição da psicologia para a formação do conceito de família muito utilizado na doutrina jurídica e em diversos tribunais foi primordial. A ideia enfatizada nessa disciplina, conceituando que os elementos psíquicos possuem uma função mais integrativa para a família do que os laços sanguíneos, repercutiu no campo jurídico. O interesse dos estudiosos do Direito por um novo conceito de família pretendia construir uma concepção mais humana sobre as relações familiares.

Ao contrário da tradicional definição de família limitadora, buscava-se, com esta influência da Psicologia, incluir diversas parcelas da sociedade excluídas da proteção jurídica, como os casais em uniões estáveis ou filhos concebidos fora do casamento. Diversos estudiosos do Direito de Família se influenciaram por essa explicação psíquica da família, entre os quais Maria Berenice Dias, Rolf Madaleno e Rodrigo da Cunha Pereira, que assim conceitua família, em sua obra: *Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social*:

Podemos dizer que a família é uma estruturação psíquica em que cada membro ocupa um lugar, uma função. Lugar de pai, lugar de mãe, lugar de filhos, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente. Tanto é assim, uma questão de “lugar”, que um indivíduo pode ocupar o lugar de pai ou mãe, sem que seja pai ou mãe biológicos. Exatamente por ser uma questão de lugar, de função exercida, que existe o milenar instituto da adoção. Da mesma forma, o pai ou mãe biológicos podem ter dificuldade em ocuparem este lugar de pai ou de mãe, tão necessários e essenciais à nossa estruturação psíquica e formação como seres humanos e Sujeitos de Direitos<sup>48</sup>.

Observada a influência do ramo da Psicologia no Direito de Família, não podendo ser olvidada a elaboração teórica de Freud sobre o estado emocional do ser humano, surge a chamada “Teoria do Afeto”, que se baseia nos aspectos concretos vivenciados pelos membros nas relações familiares, como o respeito mútuo, o amor e a consideração. Não importa para a caracterização da família as limitações formais impostas pela legislação. Não há como identificar um fundador para tal teoria, pois vários autores, das diversas áreas, como a Psicologia e Direito, contribuíram para a sua consolidação. Pode-se dizer que é de autoria coletiva.

Contudo, para sistematizar o presente estudo, será focada a interpretação jurídica para essa teoria feita, especialmente, por Rolf Madaleno, Maria Berenice Dias e outros estudiosos do Direito. A razão desta seleção é o objetivo deste trabalho em demonstrar a associação da EC nº66/2010 com a principal característica da “Teoria do Afeto”: a valorização do caráter afetivo da relação familiar, não existindo sentido na intervenção estatal para manter relação que não mais se sustenta. Para uma melhor compreensão da teoria, vale citar o entendimento de Maria Berenice Dias sobre o afeto:

Afeição e afeto têm origem nas palavras *affectio* ou *affectus*, compostas da preposição *ad*, que significa “para”, e de uma forma nominal do verbo *facere*, que significa “fazer”. Segundo Sérgio Resende de Barros, “feito para” traduz o fato de ser ou estar feito para o outro, mutuamente. O afeto é elemento essencial das relações interpessoais, sendo um aspecto do exercício do direito à

---

<sup>48</sup> PEREIRA (2001, p.8)



intimidade garantido pela Constituição Federal. A afetividade não é indiferente ao Direito, pois é o que aproxima as pessoas, dando origem aos relacionamentos que geram as relações jurídicas, fazendo jus aos status de família<sup>49</sup>.

Apesar da inovação e da inclusão presentes na “Teoria do Afeto”, em que diversas pessoas foram “vistas” pelo mundo jurídico, não devem ser ocultadas as críticas feitas por alguns doutrinadores do Direito. As dúvidas sobre a interpretação afetiva da família repousam na abrangência do conceito que não se enquadraria plenamente no Direito e, ainda, na alegação de que os defensores dessa teoria apenas associam a família com o afeto. Crítica que pode ser exemplificada pela indagação feita por Marco Túlio de Carvalho Rocha sobre a relevância do afeto no Direito, como se observa na seguinte passagem:

Como se não bastasse o modo inapropriado com que o afeto tem sido invocado por parte da doutrina jurídica brasileira, o “afeto” não é um dado da realidade capaz de identificar a família nem mesmo em sentido filosófico-científico. Há realidades afetivas que extrapolam os limites da família e realidades não afetivas que se incluem no conceito de família. Exorbitam do conceito de família a mera amizade e o namoro. Faltam-lhes outros elementos que comparecem com frequência na formação da família: estabilidade, intuito de formação de família, coabitação e dependência econômica<sup>50</sup>.

Com todo o respeito à opinião desse renomado jurista, é clara a concepção estática e conservadora que esse autor possui sobre a essência da família. Primeiramente, o fato de o conceito de afeto não ser abarcado totalmente pelo Direito não significa a sua inaplicabilidade no campo jurídico. O caráter interdisciplinar é essencial para permitir a evolução de qualquer área da Ciência. Quando o autor, de forma automática, exclui o afeto do sentido “filosófico-científico”, demonstra a falta de comunicação e incapacidade de incorporar conceitos advindos de outras áreas do saber.

---

<sup>49</sup> DIAS (2006, p. 69)

<sup>50</sup> ROCHA (2010, pp.61/62)

Outra infelicidade é sustentar, como elementos da família, a “dependência econômica” e a “coabitação”. Ou seja, um casal, em que os cônjuges sejam independentes economicamente, não seria família de acordo com essa concepção. A necessidade da coabitação também impediria que diversos casais, em que cada par viva em sua própria residência, se enquadrassem nesse conceito de família. Essas incoerências só provam a falta de sintonia desse jurista com as concepções de família atentas aos processos de autonomia e modernização. Há no ideal dele de família a antiga definição da submissão ao homem ser um dever feminino, posto que a existência da dependência econômica fosse fundamental. Maria Berenice, em *Conversando sobre o direito das famílias*, refuta essa possível necessidade de coabitação na seguinte afirmação:

A flexibilização decorrente da contemporaneidade vem permitindo que os relacionamentos antes clandestinos e marginalizados adquiram visibilidade, o que acabará conduzindo a sociedade à aceitação de todas as formas que as pessoas encontram para viver. Basta lembrar que nem mais o convívio sob o mesmo teto é indispensável para o reconhecimento de uma entidade familiar, bastando para a sua configuração a manutenção de uma vida em comum. Estão acabando os casamentos de fachada, não se justificando relacionamentos paralelos e furtivos, nascidos do medo da rejeição social<sup>51</sup>.

Restando rebatidas as críticas ao valor afetivo da família, cumpre explicar se realmente as restrições impostas pela Lei à formação de novos tipos de família foram exitosas. Pelo contrário, as pessoas continuaram em busca da felicidade mesmo sendo alvo de preconceitos. Ainda que o Direito negasse a existência de novas formações familiares, as demandas em relação a estas questões chegaram à Justiça.

Por exemplo, os relacionamentos fora do matrimônio foram solucionados como sociedade de fato para depois serem legalizados e reconhecidos. Esta insistência da sociedade, enfrentando o que é institucionalizado para buscar a

---

<sup>51</sup> DIAS (2004, pp.22/23)

felicidade, só comprova a força da Teoria do Afeto na evolução do Direito de Família. Como seria a configuração da família sem a busca do reconhecimento das uniões baseadas no afeto? Certamente, ainda a família estaria marcada pela exclusão e preconceitos contra aqueles que não eram protegidos pelos legisladores. A promulgação da EC nº66/2010 só corrobora o triunfo da “Teoria do Afeto” e enaltece a felicidade e autonomia como condicionantes de uma família estruturada. A evolução das percepções sobre família, com base na busca pelo afeto, é assim retratada pela Desembargadora Maria Berenice Dias no obra anteriormente citada:

O silêncio da lei, no entanto, não foi suficiente para arrefecer a velha mania do ser humano em buscar a felicidade. Os egressos das relações findas enlaçavam-se em novas uniões. Mesmo sem nome, mesmo sem lei, as pessoas uniam-se e acabavam batendo às portas do Judiciário para resolver eventuais conflitos. Tímida e preconceituosa, a Justiça encontrou uma saída que gerou enorme distorção: ver em tais relacionamentos uma sociedade de fato, expurgando-os do âmbito do Direito de Família. Simulando que a origem não era uma aproximação da ordem da afetividade, o chamado concubinato ou união livre era definido como mera associação lucrativa. Obviamente um absurdo. O magistrado, arvorando-se qualidades mágicas, buscou transformar uma sociedade de afeto em sociedade de fato<sup>52</sup>.

Cumprido deixar claro que o intuito deste trabalho não é considerar o afeto como o único valor fundamental da família. Essa exclusividade nas relações afetivas não é suficiente para definir um ambiente social como familiar. Se isso fosse sensato, haveria uma consagração de relacionamentos sem o mínimo caráter de lealdade pela simples afirmação de que o afeto existe. Imagine-se o caso de um simples encontro esporádico. Neste exemplo, não pode ser negada a existência de certo afeto, contudo a falta de lealdade e comprometimento impossibilita a caracterização da família. Portanto, o dever de lealdade é identificado com um valor ético por Maria Berenice Dias:

Esses exemplos são suficientes para evidenciar que não basta a inserção do afeto como elemento identificador dos vínculos

---

<sup>52</sup> DIAS (2004, p.15)

familiares. A percepção dessa realidade foi a grande vitória alcançada pelo IBDFAM em sua bem sucedida trajetória. Mas, além do afeto, é impositivo invocar também a ética como elemento estruturante do Direito de Família. Ao se confrontar com situações em que o afeto é o traço diferenciador das relações interpessoais, não se podem premiar com a irresponsabilidade comportamentos que afrontam o dever de lealdade que merece ser prestigiado como integrante da estrutura familiar<sup>53</sup>.

Mas qual seria a origem que explicasse essa mudança de visão sobre a família no Direito Brasileiro? Em diversas análises, esta mudança de paradigma é uma consequência da consagração dos ideais da Lei Maior. O caráter democrático da Constituição Federal, criando diversas maneiras para os cidadãos defenderem seus direitos, como a ação popular e a civil pública, criou um ambiente de intensa valorização da liberdade e da cidadania. Foi uma revolução no Direito, que repercutiu no campo das relações familiares, criando a “democratização dos sentimentos, na qual o respeito mútuo e liberdade individual vêm sendo preservados”<sup>54</sup>. O processo democrático culminou na diminuição da interferência estatal no divórcio representada pela EC nº66/2010. Em um artigo intitulado: *A família afetiva – O afeto como formador de família*, o advogado Thiago Simões expõe assim o valor constitucional do afeto:

Se o mesmo texto constitucional dispõe em seu art. 3º, I que nossa República tem como objetivo fundamental *promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*, o não reconhecimento de AMOR, do AFETO como formador da família e da relação de parentalidade é ir de encontro com as bases constitucionais do nosso Estado Democrático de Direito. Este reconhecimento só iria trazer benefícios às situações fáticas que se alongam no tempo. Tratar os filhos que igualmente são amados, respeitados e queridos no meio familiar seria uma justiça social e uma confirmação de uma responsabilidade social<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> DIAS (2004, p.17)

<sup>54</sup> DIAS, (2004, p.23).

<sup>55</sup> SIMOES, A família afetiva – O afeto como formador de família. Artigo divulgado no site de IBDFAM no dia 24/10/2007 no endereço eletrônico: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=336>

Com base em nosso Texto Maior, essa “explosão” do caráter afetivo na doutrina jurídica no Direito de Família não está restrita à EC nº66/2010. Outras propostas legislativas em tramitação no Congresso Nacional, como a união homoafetiva e o Estatuto das Famílias, também se apoiam nas relações afetivas como pilares na construção de famílias reais e democráticas. Todavia, estas proposições serão analisadas de forma mais aprofundada adiante no tópico 3.3.

Para concluir o estudo da “Teoria do Afeto”, cabe ressaltar que a mais profunda conexão entre a EC nº66/2010 e a interpretação afetiva das relações familiares está na rejeição do formalismo legal no divórcio. Assim como o novo divórcio não traz mais a exigência de aguardar certo período para a concretização do fim do matrimônio, a “Teoria do Afeto”, da mesma forma, não valoriza imposições legais. Ao contrário, para esta teoria, os sentimentos humanos, como a ética e a lealdade, se sobrepõem aos ditames legais. Assim expõe Maria Berenice Dias no livro *Conversando sobre o direito das famílias*:

Não é a imposição legal de normas de conduta que consolida a estrutura conjugal. São simplesmente a sinceridade de sentimentos e a consciência dos papéis desempenhados pelos seus membros que garantem a sobrevivência do relacionamento, como sede de desenvolvimento e realização pessoal. No atual estágio das relações afetivas, o fundamental é a absoluta lealdade recíproca, viés que deve pautar todos os vínculos amorosos, principalmente quando existente um projeto de comunhão de vidas, uma identidade de propósitos<sup>56</sup>.

### 3.2 Decisões judiciais que simbolizam o conceito afetivo de família

Com o intuito de expor que a valor afetivo da família não está restrito às argumentações doutrinárias, torna-se relevante pesquisar se a jurisprudência brasileira está ou não em sintonia com essa nova interpretação do conceito de família baseada no afeto. Outro propósito desta busca pelo entendimento dos tribunais sobre a família é demonstrar que a Teoria do Afeto não é restrita aos vínculos psicológicos e, dessa forma, sem aplicabilidade jurídica. Pelo

---

<sup>56</sup> DIAS (2004, p.37)

contrário, as decisões judiciais, que serão exemplificadas, mostram situações que antes entendidas pelo Judiciário como ilegais, foram reconhecidas de acordo com o valor afetivo da família.

Para consolidar a importância desse reconhecimento jurisprudencial do afeto, as decisões selecionadas não foram buscadas de forma aleatória, mas de acordo com o valor doutrinário de cada tribunal. Primeiramente, os entendimentos do vanguardista Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tão conhecido na Doutrina pelo progressismo jurídico, como no caso das uniões homoafetivas, serão analisados. Já, de forma oposta, as decisões do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, de caráter mais conservador, também merecem destaque. Não poderia ser olvidada a atual compreensão do Tribunal da Cidadania, que pacifica as questões jurídicas infraconstitucionais, sobre o afeto na família.

Vale ressaltar o recente julgamento da Suprema Corte, em 05/05/2011, que reconheceu, de forma unânime, o caráter de entidade familiar às uniões homoafetivas. A relevância do julgamento da ADIN 4277 para esta pesquisa é expor a consagração do conceito de família com base no afeto. Não é apenas nas novas proposições legislativas, como a EC nº 66/2010, em que o valor afetivo se consagra, mas o engajamento do Judiciário, representado nessa decisão do STF, já consolida a revolução da visão sobre o papel da família, desvinculada das amarras formais e apoiada no carinho e afeto.

As questões jurisprudenciais estudadas irão englobar vários assuntos do Direito de Família. A razão do estudo não se restringir apenas ao caráter afetivo do divórcio é expor que a “Teoria do Afeto” é utilizada em diversos assuntos pelos diferentes tribunais. Por exemplo, o fator identificador da união estável, usado na jurisprudência, é a existência do afeto. Portanto, não é apenas no divórcio que a teoria tem sido aplicada.

O primeiro precedente do TJRS mostrará que, apesar desta Corte ser pioneira no reconhecimento do caráter socioafetivo da família, não há o prestígio de forma abusiva do afeto. Como se observa nesta situação em que o filho, possuindo plena capacidade financeira de se sustentar, não foi

merecedor de alimentos, tendo em vista que o afeto não pode ser usado de forma leviana com o argumento de que houve abalo emocional. Se assim fosse, estaríamos diante de uma indústria de indenizações baseadas em simples alegação de sofrimento. É o que se denota da ementa deste processo do TJRS:

**Ementa: ALIMENTOS. FILHO MAIOR E CAPAZ. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ABALO EMOCIONAL PELA AUSÊNCIA DO PAI. 1. Sendo o filho maior, capaz, apto ao trabalho e com receita própria, com plenas condições de prover seu próprio sustento, descabe impor ao genitor encargo alimentar ou mesmo a obrigação de custear-lhe os estudos ou visando, ainda, o pagamento de prestações pretéritas da sua faculdade. 2. O pedido de reparação por dano moral no Direito de Família exige a apuração criteriosa dos fatos e o mero distanciamento afetivo entre pais e filhos não constitui situação capaz de gerar dano moral, nem implica ofensa ao (já vulgarizado) princípio da dignidade da pessoa humana, sendo mero fato da vida. 3. Embora se viva num mundo materialista, nem tudo pode ser resolvido pela solução simplista da indenização, pois afeto não tem preço, e valor econômico nenhum poderá restituir o valor de um abraço, de um beijo, enfim de um vínculo amoroso saudável entre pai e filho, sendo essa perda experimentada tanto por um quanto pelo outro. Recurso desprovido. (SEGREDO DE JUSTIÇA) <sup>57</sup>.**

Mostra-se claro que o objetivo da colenda Corte gaúcha nesta decisão não foi restringir a aplicação do valor afetivo da família nem negar-lhe a validade como fator integrador das relações pessoais. A relevância dessa ementa é deixar explícito que o argumento de falta de afeto não pode ser usado de maneira indiscriminada para conseguir vantagens financeiras. Vale lembrar que, apesar de o afeto ser essencial na família, sempre haverá situações de conflito no meio familiar. Logo, divergências de caráter meramente pessoais não ensejam recompensas financeiras sob a alegação de falta de afeto.

Já em outro acórdão, o tribunal gaúcho entende que o valor afetivo de pai e filho não está vinculado à situação biológica. Esta posição ocorreu em um caso de guarda pleiteada pela tia paterna. De acordo com a sétima câmara

<sup>57</sup> Brasil, TJRS, Apelação Cível Nº 70032449662, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 26/05/2010. Disponível em [http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=valor+afetivo&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=&as\\_q=](http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=valor+afetivo&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=&as_q=). Acesso em 24/04/2011

cível do TJRS, o vínculo afetivo, construído pelo convívio entre a tia e a criança, prevaleceu sobre as determinações sanguíneas, de acordo com a seguinte ementa, que exhibe a abrangência da “Teoria do Afeto” além das características biológicas:

**Ementa:** APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. AÇÃO DE GUARDA PLEITEADA PELA TIA PATERNA. ESTUDO SOCIAL QUE COMPROVA QUE A AUTORA REÚNE PLENAS CONDIÇÕES DE ATENDER AS NECESSIDADES DO SOBRINHO. EXISTÊNCIA DE VÍNCULO AFETIVO ENTRE A TIA E A CRIANÇA CONSTRUÍDOS A PARTIR DO CONVÍVIO. GUARDA DEFINITIVA DEFERIDA. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS E JURÍDICOS FUNDAMENTOS. PRECEDENTE DESTE TRIBUNAL. APELAÇÃO DESPROVIDA. (SEGREDO DE JUSTIÇA) <sup>58</sup>.

A partir dessa ementa, observa-se o respeito ao convívio e aos vínculos afetivos. Como estaria a situação da criança se outro fosse o entendimento? Ocorreria, provavelmente, uma relação traumática já que o menor seria privado do afeto de quem sempre o educou. Dessa forma, a “Teoria do Afeto” foi usada para propiciar a preponderância do vínculo familiar concreto, baseado no amor e consideração mútua, sobre os laços genéticos.

Em relação ao TJDFT, cumpre esclarecer que, mesmo em uma corte tida como majoritariamente conservadora nos entendimentos doutrinários, a “Teoria do Afeto” já se mostra presente em diversos acórdãos. Será usado, como exemplo dessa inovação, um processo em que o reconhecimento voluntário de paternidade não prevaleceu tendo em vista a falta de afeto entre o suposto pai e o filho. É o que diz a seguinte ementa:

CIVIL. FAMÍLIA. RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO DE FILHO. ESCRITURA PÚBLICA. ANULAÇÃO. MODIFICAÇÃO DO REGISTRO DE NASCIMENTO. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. EXAME DNA. PATERNIDADE BIOLÓGICA EXCLUÍDA. NÃO DEVE PREVALECER O

---

<sup>58</sup> Brasil, TJRS, Apelação Cível Nº 70026534024, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Julgado em 18/02/2009. Disponível em: [http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=valor+afetivo&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=&as\\_q=](http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=valor+afetivo&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=&as_q=). Acesso em 24/04/2011



RECONHECIMENTO DE FILHO, REALIZADO DE FORMA VOLUNTÁRIA, SE EXCLUÍDA A PATERNIDADE BIOLÓGICA E NÃO EXISTENTE ENTRE AS PARTES QUALQUER VÍNCULO SOCIOAFETIVO. DECISÃO QUE MELHOR ATENDE AOS INTERESSES DO MENOR, NA MEDIDA EM QUE PERMITE QUE SE POSSA BUSCAR A VERDADEIRA FILIAÇÃO E, CONSEQÜENTEMENTE, ESTABELEÇER A PARTIR DE ENTÃO VERDADEIROS VÍNCULOS DE AFETO COM O VERDADEIRO PAI. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO<sup>59</sup>.

Esse julgado serve de paradigma da inclusão do afeto nas relações familiares na medida em que o simples registro de nascimento não caracteriza a relação pai/filho. Nessa situação, não há nenhum tipo de afeto que possa exprimir uma real atribuição de papéis familiares. Depreende-se, desse processo, que se houvesse afeto no presente caso, a caracterização da paternidade poderia ser reconhecida. Isso significa que o acórdão reconhece o afeto como integrante da relação familiar. A solução indicada pela turma do TJDFT, ressaltando a inexistência de afeto, foi orientar ao menor buscar pelo verdadeiro pai para que os verdadeiros vínculos afetivos fossem criados. Tal orientação só demonstra a preocupação da respectiva turma com os efetivos laços concretos de amor e respeito tão defendidos pela “Teoria do Afeto”.

O Tribunal da Cidadania, o STJ, oferece vários exemplos da aplicação do conceito afetivo de família em seus julgados. Não é apenas no reconhecimento de união estável ou na filiação entre pai e filho que a Corte Superior exalta o caráter afetivo da família. Em questões controversas para a sociedade, como nos casos de uniões homoafetivas, o STJ usa o valor afetivo das relações pessoais para reconhecer a existência jurídica de situações familiares antes tidas como inexistentes pelo Direito, como no caso da possibilidade de adoção de crianças por casais homossexuais.

Neste exemplo, a Corte Superior se deparou com a situação fática de uma criança que vivia sob a guarda de duas mulheres que mantinham um relacionamento amoroso. Com o respectivo estudo social, houve a constatação de que já existia um convívio saudável para o menor e a guarda deste foi reconhecida para o casal homoafetivo:

---

<sup>59</sup> Brasil, TJDFT, Apelação Cível: nº487572, Sexta Turma Cível, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios: César Loyola, Julgado em 02/03/2011. Disponível em: <http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?DOCNUM=10&PGATU=1&I=20&ID=62205,74353,18234&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER>

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES. VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA. 1. A questão diz respeito à possibilidade de adoção de crianças por parte de requerente que vive em união homoafetiva com companheira que antes já adotara os mesmos filhos, circunstância a particularizar o caso em julgamento. 2. Em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se rapidamente, a interpretação da lei deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal. 3. O artigo 1º da Lei 12.010/09 prevê a "garantia do direito à convivência familiar a todas e crianças e adolescentes". Por sua vez, o artigo 43 do ECA estabelece que "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos". 4. Mister observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo. 5. A matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si. 6. Os diversos e respeitados estudos especializados sobre o tema, fundados em fortes bases científicas (realizados na Universidade de Virgínia, na Universidade de Valência, na Academia Americana de Pediatria), "não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores". 7. Existência de consistente relatório social elaborado por assistente social favorável ao pedido da requerente, ante a constatação da estabilidade da família. Acórdão que se posiciona a favor do pedido, bem como parecer do Ministério Público Federal pelo acolhimento da tese autoral. 8. É incontroverso que existem fortes vínculos afetivos entre a recorrida e os menores - sendo a afetividade o aspecto preponderante a ser sopesado numa situação como a que ora se coloca em julgamento. 9. Se os estudos científicos não sinalizam qualquer prejuízo de qualquer natureza para as crianças, se elas vêm sendo criadas com amor e se cabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar seus direitos, o deferimento da adoção é medida que se impõe. 10. O Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. Vale dizer, no plano da "realidade", são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete a responsabilidade<sup>60</sup>.

---

<sup>60</sup> Brasil. STJ. Recurso Especial nº 889852/RS. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgado em 09/08/2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo>.

Nessa paradigmática decisão, houve o reconhecimento do valor primordial do afeto para a constituição da família. Em um caso polêmico como esse, o STJ foi extremamente corajoso em descrever os principais ideais do conceito afetivo das relações familiares. Percebeu-se que o Judiciário não deve permanecer estático frente às mudanças sociais. A nossa realidade já permite que julguemos as relações pessoais, não com base em formalidades, mas de acordo com os sentimentos construídos com o convívio saudável para a família.

Para demonstrar o ápice da aplicação dos valores afetivos sobre os elementos formadores da família, o julgamento do STF, na ADIN 4277, ao reconhecer a interpretação conforme à Constituição na aplicação do art. 1.723 do Código Civil às uniões homoafetivas, consolidou a mudança do conceito de família em direção ao afeto. Serão exemplificadas, nos votos dos ministros da Suprema Corte, as diversas explicações da mudança paradigmática sobre o valor da família, como se observa da caracterização do afeto como preponderante na família, a partir da fundamentação do Relator Ministro Ayres Brito:

...Afinal, se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente. Ou “homoafetivamente”, como hoje em dia mais e mais se fala, talvez para retratar o relevante fato de que o século XXI já se marca pela preponderância da afetividade sobre a biologicidade. Do afeto sobre o biológico, este último como realidade tão somente mecânica ou automática, porque independente da vontade daquele que é posto no mundo como consequência da fecundação de individualizado óvulo por individualizado espermatozoide<sup>61</sup>.

Já no voto do renomado Ministro Marco Aurélio de Mello, há a notável percepção da necessidade de alteração da denominação de direito de família para “das famílias”. A razão desta mudança é nova visão paradigmática, que

---

<sup>61</sup> Brasil. STF. ADIN nº 4277/DF. Relator: Ministro Ayres Brito. Julgado em 05/05/2011. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277:>.

não considera apenas a família formada pelo casamento como a merecedora de proteção estatal, mas a pluralidade das diversas entidades familiares. O fator que une as diferentes entidades é a existência da afetividade, ideal que está sedimentado na seguinte passagem prolatada no voto do eminente jurista:

Revela-se, então, a modificação paradigmática no direito de família. Este passa a ser o direito “das famílias”, isto é, das famílias plurais, e não somente da família matrimonial, resultante do casamento. **Em detrimento do patrimônio, elegeram-se o amor, o carinho e afetividade entre os membros como elementos centrais da caracterização da entidade familiar.** Alterou-se a visão tradicional sobre a família, que deixa de servir a fins meramente patrimoniais e passa a existir para que os respectivos membros possam ter uma vida plena comum. Abandonou-se o conceito de família enquanto “instituição em si mesmo”, para identificar nela a qualidade de instrumento a serviço da dignidade de cada partícipe...<sup>62</sup>.

Com a premissa do afeto como determinante da entidade familiar, o já citado jurista reconhece a proteção jurídica da união homoafetiva. Se há o interesse em construir uma relação juntos, seria incoerente com o princípio da dignidade humana a negação do reconhecimento da comunhão de vida entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Está clara a influência dos laços afetivos familiares sobre a visão do Ministro Marco Aurélio a respeito da união homoafetiva na seguinte passagem do voto sobre a ADIN 4277/DF:

...Se o reconhecimento da entidade familiar depende apenas da opção livre e responsável de constituição de vida comum para promover a dignidade dos partícipes, regida pelo afeto existente entre eles, então não parece haver dúvida de que a Constituição Federal de 1988 permite seja a união homoafetiva admitida como tal. Essa é a leitura normativa que faço da Carta e dos valores por ela consagrados, em especial das cláusulas contidas nos artigos 1º, inciso III e IV, e 5º, cabeça e inciso I<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> Brasil. STF. ADIN nº 4277/DF. Relator: Ministro Ayres Brito. Julgado em 05/05/2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277>.

<sup>63</sup> Brasil. STF. ADIN nº 4277/DF. Relator: Ministro Ayres Brito. Julgado em 05/05/2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277>.

Já no voto do Ministro Ricardo Lewandowski, há a preocupação com a falta de enquadramento jurídico das uniões entre pessoas do mesmo sexo. Há a constatação de que a realidade social do século XXI não nos permite deixar essas relações fora da proteção do Estado. O fenômeno da convivência familiar com base no afeto ultrapassa as barreiras nacionais e cria novos vínculos. De acordo com a exposição feita pelo Ministro Lewandowski:

Com efeito, a ninguém é dado ignorar-ouso dizer- que estão surgindo, entre nós e em diversos países do mundo, ao lado da tradicional família patriarcal, de base patrimonial e constituída, predominantemente, para os fins de procriação, outras formas de convivência familiar, fundadas no afeto, e nas quais se valoriza, de forma particular, a busca da felicidade, o bem estar, o respeito e o desenvolvimento pessoal de seus integrantes<sup>64</sup>.

Apesar de o grande jurista citado considerar o texto constitucional taxativo no que diz respeito à exigibilidade da diversidade de sexos para a união estável, há a necessidade do reconhecimento legal da união homoafetiva. O principal argumento usado para a defesa da condição de entidade familiar dessas uniões é o dever do Estado de proteger parcelas da sociedade historicamente marginalizadas, que criam laços afetivos públicos e duradouros. Mesmo que não existam previsões normativas que defendam esses grupos. Tal raciocínio se depreende da seguinte citação do voto do ministro Lewandowski sobre o significado da união homoafetiva:

Cuida-se, enfim, a meu juízo, de uma entidade familiar que, embora não esteja expressamente prevista no art. 226, precisa ter a sua existência reconhecida pelo Direito, tendo em conta a existência de uma lacuna legal que impede que o Estado, exercendo o indeclinável papel de proteger os grupos minoritários, coloque sob seu amparo as relações afetivas públicas e duradouras que se formam entre pessoas do mesmo sexo<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> Brasil. STF. ADIN nº 4277/DF. Relator: Ministro Ayres Brito. Julgado em 05/05/2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277>

<sup>65</sup> Brasil. STF. ADIN nº 4277/DF. Relator: Ministro Ayres Brito. Julgado em 05/05/2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277>

Não pode ser negado o valor histórico desse julgado do STF. A própria unanimidade, ao reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar, expõe o vanguardismo do judiciário quando elege o afeto como característica fundamental da família. Apesar da antecipação da Suprema Corte sobre o dever do legislativo de reconhecer os direitos dos homossexuais, ainda existe esperança de que os legisladores se estimulem, a partir dessa decisão, a aprovar as proposições legislativas baseadas no princípio da afetividade, como o projeto de Lei nº 2.285/2007, o Estatuto das famílias, e os diversos projetos que propõem a união civil dos homossexuais.

Para concluir este tópico, vale definir que as decisões dos diferentes tribunais são paradigmáticas do valor afetivo da família. Não é só na EC nº66/2010 que o afeto se consolida, mas em diversas construções jurisprudenciais, que procuram ressaltar a importância dos fatores reais de afetividade em diferentes relações pessoais. Seja no afeto como o vínculo concreto no reconhecimento da união estável ou como o fator fundamental para o deferimento de uma guarda judicial, o movimento dos tribunais para esta revolução na definição de família já vem sendo construído antes mesmo das mudanças legislativas.

### **3.3: Outras manifestações legislativas do direito de família com base no afeto: Estatuto das famílias e uniões homoafetivas**

A relevância do estudo dessas novas tendências do Direito de Família consiste em exemplificar a abrangência da Teoria do Afeto. Não é, apesar do foco dado neste trabalho, a EC 66/2010 a única representante da interpretação afetiva da família. Deve-se ter em mente a amplitude dessa mudança no campo familiar. Há um movimento sistêmico em direção à valorização dos sentimentos formadores do vínculo familiar, como o amor, a dignidade e o respeito mútuo.

Não pode ser ocultada a força da nossa Lei Maior ao eleger o princípio da dignidade humana como o valor basilar de todo o ordenamento jurídico, além

de ampliar, de forma significativa, o rol de garantias fundamentais. São fatores que só demonstram a preocupação da Constituição Federal em preservar o ser humano em bem estar com seus valores e individualidades.

Portanto, valendo-se desse fundamento constitucional, a família passou a ser vista como um ambiente de construção de afeto. Foi uma alteração que influenciou diversos ramos do Direito de Família, como nas proposições legislativas que serão estudadas: o da união homoafetiva e o do Estatuto das Famílias.

Antes de mencionar o importante papel dos projetos de lei sobre as relações homoafetivas, deve-se levar em conta que as uniões entre pessoas do mesmo sexo possuem valor histórico-social. Existem relatos, desde a Antiguidade clássica, principalmente entre gregos e romanos, da habitualidade das relações sexuais entre homens, por exemplo, fato que serve para explicar a existência da homossexualidade na História e que comprova que esse assunto foi sujeito às mais diferentes interpretações, tanto permissivas como intolerantes. Apesar de ser de caráter habitual no mundo greco-romano, a homossexualidade foi considerada pelo Cristianismo uma prática abominável e pecaminosa, ideal que influenciou todo o comportamento discriminatório durante a Idade Média.

Contudo, as diversas revoluções no mundo ocidental, que passaram a identificar o valor intrínseco do homem, não mais de caráter holístico, abrandaram o preconceito contra os homossexuais, permitido o surgimento da tolerância e o reconhecimento das uniões homoafetivas como passíveis de proteção jurídica. Na medida em que essas relações demandavam soluções jurídicas, a doutrina se baseou no valor do afeto para reconhecer a constitucionalidade desses relacionamentos, como se observa das palavras da professora Suzana Borges Viegas de Lima:

Partindo da premissa que as relações homoafetivas compõem entidades familiares constitucionalmente amparadas, torna-se viável o estudo acerca da proteção dos direitos pessoais e patrimoniais que decorrem das uniões essencialmente marcadas

pelo afeto, mormente diante do reconhecimento da afetividade como princípio constitucional regente das relações familiares<sup>66</sup>.

Portanto, com base no princípio da afetividade, o reconhecimento legislativo das relações homoafetivas, apesar da importância, não é condição necessária para a proteção constitucional desses relacionamentos. Os aplicadores do Direito podem se valer dos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade humana e, principalmente, do afeto para aplicar a justiça, atribuindo valor jurídico para as relações homoafetivas, como lembra Suzana Borges Viegas de Lima:

A afetividade, aliada ao compromisso mútuo entre pessoas do mesmo sexo, levam à concretização da família homoafetiva, que por sua vez está amparada pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da pluralidade familiar, entre outros. A proteção e o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade passível de proteção do Estado- como ocorre com os agrupamentos expressamente previstos na Constituição Federal (família constituída pelo casamento, união estável e família monoparental)- é perfeitamente plausível, sob o fundamento de que o rol das entidades familiares relacionadas na Constituição é aberto, ou seja, exemplificativo<sup>67</sup>.

Dessa forma, diversos autores renomados do Direito de Família recorrem aos direitos fundamentais para estabelecer a constitucionalidade das relações homoafetivas. Há o entendimento de que o respeito à liberdade sexual está amparado pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Se o ser humano não pode ter a sua orientação sexual reconhecida, não há respeito à liberdade individual. A consequência dessa rejeição é a existência da injustiça, retratada em situações em que vários casais homossexuais, que compartilharam projetos de vida, perdem seus direitos como membros de uma família, por não existirem para o ordenamento jurídico. A garantia constitucional necessária é assim exposta por Maria Berenice Dias e Roberta Vieira Larratêa, quando relacionam o direito à sexualidade à dignidade humana:

---

<sup>66</sup> DE LIMA (2009, p.4)

<sup>67</sup> DE LIMA (2009, p.5)



O direito ao livre exercício da sexualidade é um direito fundamental que acompanha o homem desde o seu nascimento, pois decorre da própria condição humana. Como o direito do indivíduo, é um direito natural, inalienável e imprescritível. Ninguém pode realizar-se como ser humano se não tiver assegurado o respeito à sexualidade, conceito que compreende a liberdade sexual e livre orientação sexual. A sexualidade é um elemento integrante da própria natureza e abrange a dignidade humana. Todos têm direito de exigir respeito à própria sexualidade conquanto exercida de forma privada. Sem liberdade sexual, o indivíduo não se realiza, tal como ocorre quando lhe falta qualquer outra das chamadas liberdades fundamentais<sup>68</sup>.

Diante disso, o judiciário, negando reconhecimento jurídico às relações homoafetivas, com fundamento da exigibilidade da diferença de sexo, expõe a indiferença à afetividade como o vínculo essencial da família. Nessa concepção conservadora, a exclusão gera situações absurdas, como no exemplo em que um membro do casal morre, mas a família do falecido, que nunca o apoiou, busca a herança, enquanto o companheiro não pode ter o seu direito à meação reconhecido.

Para evitar situações injustas como a exemplificada anteriormente, a doutrina busca o reconhecimento das uniões homoafetivas de acordo com a existência dos laços afetivos. Portanto, indiferente à dualidade de sexos, é corrente a assimilação das relações homoafetivas como entidade familiar, pois possuem o mesmo alicerce das uniões estáveis: a presença do afeto.

Logo, assim como na EC 66/2010 a valorização do afeto diminuiu a formalidade do divórcio, o mesmo ocorre quando os estudiosos do Direito de Família elegem o vínculo afetivo como caracterizador das relações homoafetivas. Dessa forma, a inexistência de previsão legal para essas uniões não é argumento para excluí-las, já que os princípios basilares da Constituição Federal as reconhecem. Vale ressaltar a vinculação feita por Maria Berenice Dias e Roberta Viera Larratéa entre vínculo interpessoal e afeto na seguinte passagem:

---

<sup>68</sup> DIAS E LARRATÉIA (2010, p. 372).

Ainda que historicamente se conceitue família como uma relação interpessoal entre um homem e uma mulher, tendo por base o afeto, necessário reconhecer que há relacionamentos que, mesmo havendo identidade sexual do par, também são cunhados por um elo de afetividade. Em razão da norma constitucional que impõe respeito à dignidade humana, os vínculos afetivos, independentemente da identificação do sexo do par- se formados por homens e mulheres, ou só por mulheres, ou só por homens- são, todos eles, merecedores de igual proteção<sup>69</sup>.

Todavia, não é apenas no campo doutrinário que as uniões homoafetivas são reconhecidas como entidade familiar; há intenções legislativas que propõem a legalização dessas relações. É caso do projeto de Lei nº 1.151/95, que propõe o registro da parceria civil entre pessoas do mesmo sexo, e o 6874/06, que busca a instituição do contrato civil da união homoafetiva.

Apesar da construção da identificação dessas uniões como entidades familiares, há de se reconhecer que ainda existem oposições ao caráter legal das relações homoafetivas. Existem autores que vinculam o valor jurídico da união homoafetiva à aceitação majoritária da sociedade, como se depreende desta citação do artigo de Sílvio de Salvo Venosa:

A primeira conclusão a que se pode chegar sob a atual sociedade brasileira é que ainda não está preparada para absorver amplos direitos para os casais homoafetivos, embora já se desenhem caminhos nos tribunais. A Constituição de 1988 protege expressamente a entidade familiar constituída pelo homem e pela mulher. Tal não é mais, a nosso ver, um impedimento para um alargamento do conceito, quando o sistema social estiver pronto para a significativa mudança. Destarte, enquanto não houver aceitação majoritária dessas uniões, que se traduza em possibilidade legislativa, as repercussões serão majoritariamente patrimoniais, por analogia às sociedades de fato...<sup>70</sup>

Com todo respeito ao posicionamento do renomado autor, há um fundamento muito perigoso, em suas palavras, para excluir os amplos direitos para os casais homoafetivos. Quando se estabelece como patamar para um posicionamento a opinião da sociedade, corre-se o risco de se sujeitar à "Ditadura da Maioria". É uma situação rejeitada completamente pela nossa

---

<sup>69</sup> DIAS E LARRATÉIA (2010, p. 374).

<sup>70</sup> VENOSA (2010, p.388)

Lei Maior, que identifica e resguarda o núcleo de proteção dos direitos fundamentais, principalmente no artigo 5º da Constituição Federal.

Não há possibilidade de reprimir a liberdade sexual, amparada pelo princípio da dignidade humana, com a justificativa de respeitar a opinião majoritária da sociedade. Toda a evolução do direito ocidental, desde o renascimento até as revoluções sexuais dos anos sessenta do século XX, serviu para garantir o resguardo dos direitos fundamentais, como a liberdade e igualdade, frente aos impulsos da opinião majoritária da sociedade.

Já em relação ao Estatuto das Famílias, projeto de Lei nº 2.285/2007, constata-se um grande esforço do autor, Deputado Sérgio Barradas Carneiro, em legalizar a mudança paradigmática do conceito de família. Uma das razões dessa tentativa de alterar na via legislativa a percepção sobre a família é a incoerência do Código Civil de 2002 com a Lei Maior de 1988. É inegável, apesar do avanço em relação ao Código Civil de 1916, a influência do sistema patriarcal em nossa atual código civilista ao prestigiar o casamento e ocultar a existência das uniões homoafetivas, por exemplo. Tanto que na justificativa desse projeto renovador, o autor assim descreve a frustração do Senado Federal por não lograr êxito na compatibilidade do atual Código Civil com a Constituição Federal:

Durante a tramitação do projeto do Código Civil no Congresso Nacional, após a Constituição de 1988, o Senado Federal promoveu esforço hercúleo para adaptar o texto antes dela elaborado a suas diretrizes. Todavia, o esforço resultou frustrante, pois não se poderia adaptar institutos que apenas faziam sentido como expressão do paradigma familiar anterior à nova realidade, exigente de princípios, categorias e institutos jurídicos diferentes. A doutrina especializada demonstrou à sociedade a inadequação da aparente nova roupagem normativa, que tem gerado intensas controvérsias e dificuldades em sua aplicação<sup>71</sup>.

Em virtude dessa frustração, o legislador desse projeto de Lei está convencido da necessidade de alargar a proteção jurídica para as diversas entidades familiares, como a família parental e a homoafetiva. Não há como

---

<sup>71</sup> Redação do projeto de Lei nº 2.285/2007 (Estatuto das Famílias) disponível no site: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=338>, publicado no dia 31/10/2007.

negar a coerência desse projeto de Lei com o caráter afetivo da família. A preocupação em abarcar novas entidades familiares, antes marginalizadas, só reconhece o êxito das novas correntes do Direito de Família que identificam as famílias pelos laços afetivos e não pelas imposições legais restritivas de outras constituições familiares. Pode ser observada, novamente, na justificativa do projeto, a busca pela harmonia dessa proposição legislativa com a Lei Maior:

Eis porque, também convencido dessas razões, submeto o presente projeto de lei, como Estatuto das Famílias, traduzindo os valores que estão consagrados nos princípios emergentes dos arts. 226 a 230 da Constituição Federal. A denominação utilizada, "Estatuto das Famílias", contempla melhor a opção constitucional de proteção das variadas entidades familiares. No passado, apenas a família constituída pelo casamento - portanto única - era objeto do direito de família<sup>72</sup>.

Além da inclusão das diversas entidades familiares, o Estatuto das Famílias pretende separar as disposições sobre Direito de Família das patrimoniais existentes no nosso Código Civil. Tanto é assim que o objetivo do projeto é destacar das legislações civis a particularidade das questões pessoais. Essa opção está em acordo com a "Teoria do Afeto", pois destaca nas relações afetivas a necessidade de entendimento jurídico diverso das outras normas civis.

Em relação ao divórcio, existe sintonia desse projeto de lei com a EC nº66/2010. Da mesma maneira em que foi apontada neste estudo a importância da autonomia do casal no novo divórcio, o Estatuto das Famílias também enaltece em sua justificativa a necessidade da mínima interferência estatal na vida privada do casal. Portanto, essa confluência de ideais só exemplifica a influência da interpretação afetiva sobre as novas legislações sobre Direito de Família. A relação está assim exposta na justificativa do projeto:

---

<sup>72</sup> Redação do projeto de Lei nº 2.285/2007(Estatuto das Famílias) disponível no site: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=338>, publicado no dia 31/10/2007.

Privilegiou-se o divórcio como meio mais adequado para assegurar a paz dos que não mais desejam continuar casados, definindo em regras simples e compreensíveis os requisitos para alcançá-lo. Evitou-se, tanto no divórcio quanto na separação, a interferência do Estado na intimidade do casal, ficando vedada a investigação das causas da separação, que não devem ser objeto de publicidade. O que importa é assegurar-se o modo de guarda dos filhos, no melhor interesse destes, a fixação ou dispensa dos alimentos entre os cônjuges, a obrigação alimentar do não-guardião em relação aos filhos comuns, a manutenção ou mudança do nome de família e a partilha dos bens comuns<sup>73</sup>.

Infere-se, da redação desse projeto de lei, uma grande alteração da perspectiva legislativa sobre o papel do Estado na proteção da família. Se, anteriormente, existia uma excessiva interferência na intimidade familiar em diversos aspectos do cotidiano, como nas causas da separação, hoje há uma forte tendência em enaltecer a relevância da preservação da intimidade. Há assuntos mais urgentes para a preocupação dos legisladores, como estabelecer a obrigação alimentar ou observar os interesses do menor na guarda judicial.

---

<sup>73</sup> Redação do projeto de Lei nº 2.285/2007(Estatuto das Famílias) disponível no site: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=338>, publicado no dia 31/10/2007

## Conclusão

Antes de focarmos nas constatações deste trabalho, torna-se relevante exaltar o entusiasmo durante a elaboração deste estudo. Devido ao caráter inovador da nova emenda constitucional sobre o divórcio, todo o processo de pesquisa foi acompanhado por ideais renovadores e humanistas sobre o Direito de Família. Em artigos e livros de diversos autores, como Paulo Lôbo e Maria Berenice Dias, foram exaltados os benefícios para o ser humano quando este é criado em um ambiente familiar afetivo.

Apesar de serem expostas as visões retrógradas e formalistas sobre o Direito de Família, vale assentar a importância da pesquisa sobre esse posicionamento conservador. Se não houvesse a existência desses ideais restritivos e formais sobre a família, não seria percebida a grande evolução representada pela visão afetiva dos laços familiares. Portanto, é a EC nº66/2010 um grande exemplo da mudança de paradigma sobre a essência do conceito de família.

Dessa maneira, as diferentes visões históricas sobre o significado do divórcio serviram para rejeitar uma possível conclusão imediatista sobre o surgimento do novo divórcio. A completa negação do fim do vínculo matrimonial, representada pela sacralização do casamento, serve de base teórica para entender o posicionamento atual da alta cúpula da Igreja Católica sobre a aprovação da "PEC do Divórcio". Diante disso, as diferentes percepções sociais sobre o divórcio ajudam o entendimento das diversas correntes doutrinárias no Direito de Família.

As sucessivas alterações sobre o valor jurídico do divórcio expostas no trabalho, desde o desquite até a edição da EC nº66/2010, não estão isoladas das diversas revoluções sociais no mundo ocidental. A valorização do ser humano, como sujeito de garantias e deveres resguardados no ordenamento jurídico, e os movimentos feministas influenciaram a humanização das

relações familiares. A concepção de família antigamente era marcada pelo patriarcalismo e hierarquia, em que a esposa cumpria o dever de obediência e submissão ao marido. Mas as características democráticas e afetivas da família foram prevalecendo na formação do ambiente familiar.

A evolução foi em direção à Democracia no âmbito familiar, incorporada na edição da Lei Maior de 1988. Os princípios fundamentais, como o da liberdade, Igualdade e dignidade da pessoa humana, são forças que impulsionam a “Teoria do Afeto”, cujos ideais de valorização dos sentimentos se refletem nas novas legislações sobre a família. Portanto, a necessidade do estudo principiológico da Constituição Federal, nesta pesquisa, foi relacionar o avanço da caracterização do afeto, como base da família, e os direitos fundamentais.

Sem a abertura da Constituição Federal para outras entidades familiares, além do casamento, os valores jurídicos da família ainda seriam identificados com o patriarcalismo e não com os laços afetivos. Dessa forma, a EC nº66/2010, como fruto dessa corrente afetiva, relaciona-se de forma harmônica com os ideais democráticos e igualitários da nossa Lei Maior, na medida em que a autonomia do casal no divórcio consagra a liberdade e a dignidade humana.

Contudo, as parcelas da sociedade conservadoras ainda relacionam o divórcio com a vulgarização da família, refletindo valores religiosos em um Estado Laico. Não cabe aos legisladores, como representantes do povo, influenciar-se por ideais puramente religiosos, como se toda a sociedade seguisse determinada crença. Tendo em vista essa incoerência, a autonomia do casal, quando decide terminar um relacionamento, não pode ser suprimida pela interferência estatal baseada em crenças religiosas, como propõe parcela da Igreja Católica.

A incoerência é constatada quando se conclui, por dados estatísticos, que a procura pelo divórcio na sociedade brasileira cresceu de forma significativa, enquanto algumas organizações católicas, como a CNBB, insistem em negar o valor social do divórcio. Isso só expõe a falta de percepção da Igreja Católica

sobre as mudanças sociais que reconhecem a liberdade individual e o afeto como condicionantes de uma família harmônica e construtiva.

Para demonstrar que a interpretação afetiva da família não está restrita aos estudos doutrinários, decisões judiciais foram analisadas com o objetivo de expor que a caracterização da importância dos laços afetivos na família já estava sendo reconhecida por diversos tribunais, como o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Além da presença na jurisprudência brasileira, a “Teoria do Afeto”, sendo o fundamento doutrinário da EC nº66/2010, ainda influencia as novas proposições legislativas, como o projeto de reconhecimento das uniões homoafetivas e o Estatuto das Famílias.

Todavia, esse grande destaque da “Teoria do Afeto” em diversas legislações sobre o Direito de Família não nos permite afirmar que há uma fundamentação teórica sobre a teoria. As premissas das interpretações afetivas ainda estão esparsas em diferentes livros sobre o Direito de Família. Conclui-se, portanto, que o intuito desta pesquisa foi, com base na EC nº66/2010, buscar a origem dessa teoria e, dessa forma, sistematizá-la.



## Referências Bibliográficas

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **O fim da culpa na separação judicial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BEVILAQUA, Clovis. **Direito da Família**. Ed. Freitas Bastos, 1962.

CONSELHO PONTIFÍCIO PARA A FAMÍLIA. **Família, matrimônio e “uniões de fato”**. São Paulo: Paulinas, 1981.

DE COULANGE, Fustel. **A Cidade Antiga**. São Paulo. Editora Martin Claret, 2006.

DE LIMA, Suzana Borges Viegas de Lima. **Por um estatuto jurídico das relações homoafetivas: uma perspectiva civil-constitucional**. Artigo publicado na obra coletiva “Direito Civil Constitucional”, coordenada pelo Professor Doutor Frederico Henrique Viegas de Lima e Professora Ivonete Granjeiro. Editora Obcursos, Brasília, 2009.

DEL PRIORE, Mary. **História do amor no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: o preconceito e a justiça**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_, Maria Berenice Dias. **Manual de Direito das Famílias**. 4º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_, Maria Berenice Dias. **Conversando sobre o direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

EHRARDT JÚNIOR, Marcos; ALVES, Leonardo Barreto Moreira (coord.) **Leituras Complementares de Direito Civil: Direito de Famílias**. Salvador: Juspodium, 2010

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do Direito de Família: curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva 2009.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

\_\_\_\_\_, Rolf. **Atualidades do Direito de Família e sucessões**. Sapucaia do Sul: Notadez, 2008.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas Modalidades de família na pós-modernidade**. São Paulo: Atlas, 2010.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueiras. **A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2003.

PABLO, Stolze Gagliano, **O Novo Divórcio**. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio: Teoria e Prática**. 2º ed. Rio de Janeiro: GZ Editora. 2010.

\_\_\_\_\_, Rodrigo da Cunha. **A sexualidade vista pelos tribunais**. 2º ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. **O conceito de família e suas implicações jurídicas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SIMÃO, José Fernando, Jorge Shiguemitsu Fujita, Silmara Jung de Abreu Chinellato, Maria Cristina Zucchi, organizadores- **Direito de Família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo**- São Paulo: Atlas, 2010.

Páginas eletrônicas consultadas:

[www.ibdfam.org.br](http://www.ibdfam.org.br)

[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

[www.ibge.gov.br](http://www.ibge.gov.br)

[www.uol.com.br](http://www.uol.com.br)

[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)

[www.tjdft.jus.br](http://www.tjdft.jus.br)

[www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br)