

PEDRO HENRIQUE DE ASSIS CRISAFULLI

O DIREITO DE FAMÍLIA E A FILOSOFIA EUDEMONISTA

Monografia apresentada ao curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito de Família

Orientador: Prof^ª. Esp. Darcilene da Consolação Neves Pereira

**BARBACENA
2011**

Pedro Henrique de Assis Crisafulli

O Direito de Família e a Filosofia Eudemonista

Monografia apresentada à Universidade Presidente Antonio Carlos – UNIPAC, como
requisitos parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Esp. Darcilene da Consolação Neves Pereira
Universidade Presidente Antonio Carlos – UNIPAC – Orientador

Prof^ª. Me. Delma Gomes Messias
Universidade Presidente Antonio Carlos - UNIPAC

Prof. Esp. Rafael Francisco de Oliveira
Universidade Presidente Antonio Carlos - UNIPAC

Aprovada em ____/____/____

RESUMO

Todo núcleo familiar forma-se a partir de laços sócio-afetivos. Ficou para o passado a idéia de supremacia do vínculo biológico como o único elemento caracterizador da entidade familiar. A nova família é inspirada nos valores constitucionais da isonomia, da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, estando cada vez mais destinada a promoção da felicidade de seus membros. O Direito de Família é o ramo do ordenamento jurídico que cuida das relações entre os indivíduos em suas interações no ambiente familiar, seja no aspecto patrimonial, seja no aspecto personalíssimo. Também atento às novas tendências do Direito moderno, encontra-se dirigido à especial tutela do ser humano, instrumento de promoção da dignidade humana, que somente se efetivará se buscar a realização da felicidade dos indivíduos componentes da família, a base da sociedade, pressuposto inarredável da prosperidade do grupo social. Dessa forma, a relação do Direito de Família com a filosofia eudemonista é estreita. Esta é direcionada à felicidade humana que deve ser vista como um direito fundamental. Tal concepção filosófica deve servir de base para a interpretação e aplicação do novo Direito de Família. Com essa linha de pensamento, conclui-se que toda forma de agrupamento familiar em que o núcleo essencial seja o afeto, tendo por objetivo a busca pela felicidade e promoção da dignidade humana, merece amparo e proteção jurídica. Abandona-se a família patriarcal, hierarquizada, patrimonialista e matrimonial para admitir uma nova família democrática, plural, isonômica, baseada na sócio-afetividade e, acima de tudo, preocupada em ser feliz. É o surgimento da família eudemonista.

Palavras-chaves: eudemonismo; Direito de Família; família eudemonista; felicidade; princípio da afetividade.

ABSTRACT

Every family group is formed from socio-affective ties. It remained in the past the idea of supremacy of the biological link as the only element that characterizes the family group. The new family is inspired by the constitutional values of equality, solidarity and human dignity, and is increasingly intended at promoting the happiness of its members. The Family Law is the section of the legal system which handles relations between individuals in their family interactions, both in the patrimonial and personal aspects. Also watch for the new trends of modern law, it is directed to the special protection of the human being, as a instrument to promote human dignity, which only become effective if pursue the happiness of the individual components of the family, the foundation of the society, unwavering assumption prosperity of the social group. The relationship of the family law and the eudaemonistic philosophy is close. This philosophy doctrine is directed to human happiness that should be seen as a fundamental right. This philosophical conception should serve as basis for the interpretation and application of the new Family Law. With this line of thought, it is concluded that all forms of family reunification in which the essential core is the affection, with the objective to pursuit is the happiness and promotion of human dignity, deserves legal protection. Abandons the patriarchal, hierarchical, patrimonial and marital family to adopt a new family, which is democratic, plural, equality, based on socio-affective structures and, above all, worried about being happy. It is the appearance of the eudaemonistic family.

Keywords: eudaemonism; eudaemonistic family; Family Law; happiness; affective principle.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADIN – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

DOU – Diário Oficial da União

EC – Emenda Constitucional

PEC – Proposta de Emenda Constitucional

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA	8
3 CONCEITO DE FAMÍLIA: EVOLUÇÃO E SUAS ESPÉCIES	12
3.1 Da pluralidade de entidades familiares	15
3.1.1 Família matrimonial	18
3.1.2 União estável	20
3.1.3 Família monoparental	24
3.1.4 Família anaparental.....	26
3.1.5 Famílias reconstituídas	27
3.1.6 Família homoafetiva	28
4 FILOSOFIA EUDEMONISTA E O DIREITO DE FAMÍLIA	35
4.1 Introdução	35
4.2 A Filosofia e o Direito: A ética eudemonológica. Uma visão eudemonista do Direito de Família	36
4.2.1 A felicidade como direito fundamental do homem	41
4.3 O Princípio da Afetividade: o afeto como valor jurídico tutelável. Paradigma para um Direito de Família eudemonológico	43
4.3.1 Escorço necessário: Princípios e sua normatização, Constituição, Direito de Família, Afeto e Eudemonismo	43
4.3.2 Do Princípio da Afetividade: o Direito de Família eudemonista e a dignidade da pessoa humana	47
5 A FAMÍLIA EUDEMONISTA	52
6. CONCLUSÃO.....	56
REFERÊNCIAS	59

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa expor uma nova concepção do Direito de Família, relacionando-o com a Filosofia, em particular, o Eudemonismo, demonstrando que este está inteiramente conectado com os novos anseios da sociedade.

Para se chegar a essa conclusão, procura-se, inicialmente, demonstrar a evolução da entidade familiar, desde o seu surgimento até o momento atual, traçando a sua constituição e ideologia, como se formava e os fins almejados. Procura demonstrar que essa evolução encontra-se interligada com o Direito, que passa a apresentar uma nova conceituação e uma nova visão da entidade familiar, estabelecendo uma nova proteção e novos institutos, evoluindo-se na medida em que se transformam os indivíduos.

Acompanhando essa evolução, demonstra-se o surgimento de novos modelos familiares, com sua incorporação na ordem jurídica pátria, evolução protecionista e participação da jurisprudência neste sentido. Busca-se esclarecer que o elemento que condiciona a nova estrutura familiar não é outro senão o afeto, e que o fim a que se destinam todos os núcleos familiares é a implementação da felicidade de seus membros.

Nessa linha de pensamento, explicita-se que o rol constitucional familiar não é taxativo, mas *numerus apertus*, consagrando, no art. 226 da Constituição da República de 1988, uma cláusula geral de inclusão, o princípio da pluralidade familiar. Afirma-se, seguindo essa orientação, que somente o afeto é que deve pautar a formação e o reconhecimento de novas entidades familiares, sem o qual estas estão fadadas ao insucesso. Assim faz-se necessário reconhecer valor jurídico ao afeto, consagrando-o como um verdadeiro princípio jurídico, cuja vertente está no princípio constitucional e fundamental da dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III).

O princípio da afetividade é o elemento de conexão entre o Direito de Família e a Filosofia Eudemonista, já que ambos comungam em afirmar que o homem dirige todo o seu comportamento para um fim último, a felicidade, o bem supremo, consubstanciado no desenvolvimento pleno do próprio ser humano.

Dessa forma, demonstra-se que a família constitucional que deve ser protegida pelo ordenamento jurídico pátrio é um modelo familiar pautado no afeto, na solidariedade recíproca, na capacidade de dar e receber amor, que visa o desenvolvimento de seus membros, sempre na busca pela felicidade deles. É o que se pode denominar de família eudemonista.

2 A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA

Não há dúvidas de que o Direito de Família é um dos ramos jurídicos que mais evoluiu nos últimos anos.

Desta forma, deve-se ter em vista que a família é o alicerce da sociedade, vale dizer, é a partir dela que se pode falar na formação e evolução dos núcleos sociais, permitindo-se o desenvolvimento dos mais conhecidos grupos humanos.

Em um primeiro momento, a família não era vista como um núcleo baseado no afeto, mas como conjunto de pessoas ligadas pelas finalidades de procriação e perpetuação de seus entes através das gerações futuras, dirigida, principalmente, pela religião, elemento fundamental na formação das mais diversas instituições criadas pelo ser humano.

Neste ambiente familiar o homem tinha aspecto de relevo, de tal modo que a ele cabia a direção do núcleo familiar, a gestão dos bens e de seus próprios componentes, podendo-se, inclusive, afirmar que sua vontade não era a vontade predominante, mas a única a ser considerada, sendo a mulher considerada mero objeto, submissa ao patriarca.

Sobre o tema, é o que diz Coulanges (2002, p. 44/45):

O que unia os membros da família antiga era algo mais poderoso que o nascimento, o sentimento ou a força física: e esse poder se encontra na religião do lar e dos antepassados. A religião fez com que a família formasse um só corpo nesta e na outra vida.

Diante da Revolução Francesa, a qual influenciou a elaboração do Código Civil de 1916, o quadro não mudou muito.

O Estado passou a interferir nas relações humanas. Este intervencionismo levou à instituição do casamento.

A esse respeito, os ensinamentos de Dias (2007, p. 27/28):

O intervencionismo estatal levou à instituição do casamento: convenção social para organizar os vínculos interpessoais. [...] A sociedade, em determinado momento histórico, instituiu o casamento como regra de conduta. Essa foi a forma encontrada para impor limites ao homem, ser desejante que, na busca do prazer, tende a fazer do

outro um objeto. É por isso que o desenvolvimento da civilização impõe restrições à total liberdade, e a lei jurídica exige que ninguém fuja dessas restrições.

Em uma sociedade conservadora, os vínculos afetivos, para merecerem aceitação social e reconhecimento jurídico, necessitavam ser chancelados pelo que se convencionou chamar de matrimônio. A família tinha uma formação extensiva, verdadeira comunidade rural, integrada por todos os parentes, formando unidade de produção, com amplo incentivo à procriação. Sendo entidade patrimonializada, seus membros eram força de trabalho. O crescimento da família ensejava melhores condições de sobrevivência a todos. O núcleo familiar dispunha de perfil hierarquizado e patriarcal.

Assim é que a família compreendia todas as pessoas agrupadas em torno do homem, diga-se, do patriarca, do chefe comum, necessariamente matrimonializada e indissolúvel, ou seja, o vínculo caracterizava-se pela primazia do indivíduo do sexo masculino (lembre-se que a mulher era considerada incapaz à luz do Código Civil de 1916), unidas unicamente pelo casamento, que estabelecia vínculo perpétuo, influenciado pelo direito canônico, onde imperava a regra “o que Deus une, o homem não separa”.

No ponto, transcreva-se a lição de Farias e Rosenvald (2008, p. 3/4):

[...] toma-se como ponto de partida o modelo patriarcal, hierarquizado e transpessoal da família, decorrente das influências da Revolução Francesa sobre Código Civil brasileiro de 1916. Naquela ambientação familiar, necessariamente matrimonializada, imperava a regra ‘até que a morte nos separe’, admitindo-se o sacrifício da felicidade pessoal dos membros da família em nome da manutenção do vínculo de casamento.

Mais ainda, compreendia-se a família como unidade de produção, realçados os laços patrimoniais. As pessoas se uniam em família com vistas à formação de patrimônio, para sua posterior transmissão aos herdeiros, pouco importando os laços afetivos. Daí a impossibilidade de dissolução do vínculo, pois a desagregação da família corresponderia à desagregação da própria sociedade. Era o modelo estatal de família, desenhado com os valores dominantes naquele período da Revolução Industrial.

Segundo Beviláqua (1954, p. 6), o Direito de Família pode ser assim definido:

é o complexo de normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela, curatela e da ausência.

Porém, tal perspectiva foi posteriormente abandonada.

Como cediço, a sociedade avança e conseqüentemente passam a vigor novos valores, ganhando relevo a tutela do ser ao invés do ter e, nessa perspectiva, ganha evidência a preocupação com a proteção da pessoa humana.

A propósito, as lições de Pena Júnior (2008, p.1):

Tentando acompanhar de perto as mudanças de comportamento da sociedade no mundo globalizado, o Direito de Família no Brasil vai se transformando, tendo à frente o afeto, a solidariedade e a dignidade, como norteadores de um novo ordenamento ético-jurídico. [...]

A família, 'a mais antiga de todas as sociedades e a única natural', conforme Rousseau, deixou de ser necessariamente um centro econômico e de procriação, constituindo-se no espaço apropriado para o desenvolvimento da própria pessoa, pelo companheirismo, liberdade, solidariedade, amor e afeto, onde todos são sujeitos de direito, cada um ocupando o seu lugar de forma igualitária na estrutura familiar, na procura incessante pela felicidade.

Certamente tal mudança de pensamento tem que ver com o enfraquecimento do poder patriarcal e com a revolução feminista, a evolução filosófica e dos costumes e com os avanços da ciência (e.g. as formas de concepção artificial), de modo que a sociedade moderna exige um modelo familiar descentralizado, democrático e igualitário, transcendendo o fenômeno exclusivamente biológico. O objetivo precípua passa a ser a solidariedade social e a felicidade, regendo-se o núcleo familiar pelo afeto.

No ponto, transcreva-se o ensinamento de Dias (2007, p. 27):

A família é uma construção social organizada através de regras culturalmente elaboradas que conformam modelos de comportamento. Dispõe de estruturação psíquica na qual todos ocupam um lugar, possuem uma função – lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos –, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente. É essa estrutura familiar que interessa investigar e trazer para o direito. É a preservação do LAR no seu aspecto mais significativo: Lugar de Afeto e Respeito.

É o que se pode denominar de família eudemonista, ou pós-moderna, cuja mola propulsora é o afeto, fundada, também, na solidariedade mútua entre seus membros e na preservação da dignidade destes, tendo sempre por fim último a busca da felicidade que, na

concepção eudemonológica de Aristóteles, é “um princípio; é para alcançá-la que realizamos todos os outros atos; ela é exatamente o gênio de nossas motivações” (WIKIPEDIA, 2011)¹.

Logo, diante desta nova perspectiva que se impõe ao Direito de Família e da circunstância de que este deve se adequar à tábua axiológica trazida pela Constituição da República de 1988, vetor interpretativo de seus institutos, faz-se necessário esclarecer o que se entende por família e quais suas espécies no mundo contemporâneo, relacionando o próprio Direito de Família com a filosofia eudemonista, tudo à luz do texto constitucional.

¹ <http://pt.wikipedia.org/wiki/Eudemonismo>

3 CONCEITO DE FAMÍLIA: EVOLUÇÃO E SUAS ESPÉCIES

Acompanhando a própria evolução do Direito de Família, o conceito de família, sob a ótica jurídico-social, também veio a sofrer mutações.

Tais mudanças decorrem, como já assinalado, do evidente avanço tecnológico, científico e cultural que marca a sociedade atual.

Assim é que anteriormente à Constituição de 1988, particularmente no âmbito do Código Civil de 1916, a família era vista apenas como o agrupamento humano oriundo do casamento, havendo, desta forma, aquilo que convencionou distinguir entre família legítima e ilegítima (união estável). Falava-se, inclusive, em legitimação da prole pelo casamento, uma espécie de legitimação *per subsequens matrimonium*.

Era o que se inferia do art. 229 do Código Civil de 1916, que tratava dos efeitos do casamento, e assim dispunha que “criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos (arts. 352 a 354)”.

Sobre o tema, a lição de Santos (1979, p. 296/298):

Sem dúvida o principal efeito do casamento é dar origem à família legítima, podendo-se mesmo dizer que deste efeito promanam outros muitos, de suma importância, como conseqüências lógicas e naturais.

Note-se bem que o Código procura acentuar que o casamento cria tão-somente a família legítima, o que traduz uma verdade indiscutível, por isso que, em rigor, a família antecede ao casamento, mesmo porque antes de ser uma criação legal, já era fato natural. [...]

O Dr. Batista de Melo, em seu livro – *Direito de Bastardia* – fez ressaltar o fato, ao assinalar, com apoio no ensinamento do douto Sá Pereira:

‘A lei, ante este fato, teve que criar novas convenções capazes de proteger os entes provindos dessa união extra legal, colocando ao lado da família legítima, oriunda do casamento, a família ilegítima, provinda da união livre.

[...]

Como se vê, o Código, sem desconhecer a família ilegítima, sem descurar a ilegitimidade dos filhos oriundos da união livre ou proibida, versa no texto supra o principal efeito do casamento, que é precisamente emprestar à prole o caráter de legitimidade, ao mesmo tempo que acarreta também a legitimação dos filhos, comuns, vivos ou mortos, concebidos e nascidos antes da celebração.

[...]

Do exposto, por conseguinte, se poderá concluir: a família, em geral, não deriva do casamento; mas a família legítima é, fora de dúvida, uma conseqüência imediata dele.

O casamento cria a família legítima, preceitua o Código. E acrescenta: legitima os filhos comuns. [...]

Certo é que o Direito não é estático, acompanha a evolução e o dinamismo do ente social. O Direito se adapta a sociedade para o qual ele foi criado para que a própria sociedade criadora das normas de condutas sociais siga os padrões de comportamentos por ele estabelecidos, sob pena de as leis serem consideradas letras mortas. E com o Direito de família não é diferente. Por outro lado, muito mais estreita fica esta relação, já que a família é o primeiro núcleo no qual o indivíduo vai se estabelecer, partindo dela toda a base para a sua formação. Logo, por óbvio, o conceito de família também sofreu com esse mutualismo social.

A esse respeito, diz Farias e Rosenvald (2008, p. 5):

Nesse passo, desse avanço tecnológico, científico e cultural decorre, inexoravelmente, a eliminação de fronteiras arquitetadas pelo sistema jurídico-social clássico, abrindo espaço para uma família contemporânea, plural, aberta, multifacetária, susceptível às influências da nova sociedade, que traz consigo necessidades universais, independentemente de línguas ou territórios. Impõe-se, pois, necessariamente traçar novo eixo fundamental da família, não apenas consentâneo com a pós-modernidade, mas igualmente, afinado com os ideais de coerência filosófica da vida humana.

Assim é que com a Constituição da República de 1988 o conceito de família evoluiu. Ela previu inúmeros “tipos” familiares, colocando fim a preconceituosa distinção clássica entre família legítima e ilegítima, uma vez que a concepção de família não parte mais exclusivamente do matrimônio. Com o reconhecimento de outros modelos, a exemplo da união estável, a qual também deve ser garantida a proteção especial do Estado (art. 226, CF/88), não há mais que se fazer distinção entre a família originária do casamento com a decorrente de outros núcleos familiares.

Confira-se, a esse respeito, o ensinamento de Pena Júnior (2008, p. 3):

A Constituição Federal (1988) veio contribuir de modo decisivo para a ampliação deste conceito. A união estável entre homem e mulher foi elevada à condição de entidade familiar, assim como a paternidade afetiva, representada pela família MONOPARENTAL. Dessa forma o Direito de Família passa a regular também esses novos modelos de entidades familiares (art. 226, §§ 3º e 4º). Com o fim das designações discriminatórias, modificando o sistema de filiação, os filhos adquirem igualdade entre si, não importa a sua procedência (art. 227, § 6º).

Portanto, a partir do momento em que se colocou em xeque a estrutura familiar clássica, compreendida como núcleo econômico e reprodutivo, avançando-se para a compreensão como uma estrutura sócio-afetiva, uma unidade de afeto e ajuda recíproca, passou-se a entender a família como uma organização subjetiva fundamental para a construção individual da felicidade.

Tal concepção encontra-se intimamente conectada com os fundamentos da filosofia eudemonista. Esta doutrina filosófica, elaborada por Aristóteles, é também conhecida como a *ética das virtudes* e pode ser resumida a uma palavra: felicidade. Para o eudemonismo, caberia à ética, vista como ciência que estuda o comportamento humano, traçar regras de conduta que permitissem ao homem trilhar o caminho da felicidade.

Veja a explicação de Martins Filho (2010, p. 4/9):

Ao longo da história do Pensamento Ocidental, podemos detectar basicamente cinco diferentes enfoques explicativos do fenômeno moral, conforme o fundamento no qual se baseia o comportamento humano (cf. Servais Pinckaers, *Las Fuentes de La Moral Cristiana*, Eunsa, 2000, Pamplona, 2. Ed., p. 28-32): [...]

a) ética eudemonológica (das virtudes) – é a ética clássica, focada no que pode conduzir à felicidade natural (Platão e Aristóteles); [...]

A *Ética das Virtudes* é a ética desenvolvida por Aristóteles em sua obra *Ética a Nicômano*, ou seja, dedicada a seu filho, orientando-o sobre como agir na vida para atingir a excelência moral e ser feliz. É uma ética eudemonológica, isto é, focada na busca da felicidade, e cujos traços mais gerais de fundamentação encontram-se nos três primeiros livros da obra.

Noutra banda, pode-se atribuir ao conceito de família uma acepção amplíssima, ampla e restrita.

Na acepção amplíssima, família vem a ser um núcleo de indivíduos ligados por relações de parentesco, seja consanguíneo, seja por afinidade, com a participação de terceiros, estranhos a relação propriamente afetiva.

Em sentido amplo, família quer dizer um conjunto de pessoas unidas entre si por meio de um laço de afetividade. Refere-se a relação com os ascendentes, descendentes, entre os cônjuges e com os parentes de cada um destes.

No sentido estrito, o significado limita-se aos cônjuges e seus descendentes diretos. Relaciona-se com os genitores e os filhos, abrangendo, obviamente, a relação de conjugalidade.

O importante é buscar no significado de entidade familiar a idéia fundamental de que se trata de um núcleo sócio-afetivo apto a permitir aos seus componentes o desenvolvimento pleno de sua personalidade, de forma íntegra e integrada, pautada na solidariedade recíproca, na afetividade e na ética, tendo por escopo a busca da felicidade de seus membros, orientando-se por uma visão eudemonológica da família.

O texto constitucional caminha neste sentido, estabelece tal ideal e principiologia, cabendo às normas do Direito de Família absorver essa nova tábua axiológica insculpida na Constituição da República de 1988, através de seu art. 226, que abraçou uma concepção aberta, plural e múltipla da entidade familiar, devendo ser este o fundamento para a interpretação e aplicação das demais normas familiaristas, caracterizando todas as comunidades familiares originadas do núcleo social como partes integrantes do imenso grupo das famílias constitucionalizadas, não havendo se falar em hierarquia entre elas.

A esse respeito, Dias (2007, p. 156/157) ensina:

A Constituição, ao garantir especial proteção à família, citou algumas entidades familiares, as mais freqüentes, mas não as desigualou. Limitou-se a elencá-las, não lhes dispensando tratamento diferenciado. O fato de mencionar primeiro o casamento, depois a união estável e, por último, a família monoparental não significa qualquer preferência nem revela escala de prioridade entre eles.

3.1 Da pluralidade de entidades familiares

Antes de se delimitar quais as espécies de entidades familiares preconizadas no ordenamento jurídico pátrio, se faz necessário esclarecer que, partindo-se da concepção eudemonista acima referida, a busca pela felicidade se torna o objetivo a ser implementado pelas normas de família.

Nessa toada, o elemento “afeto” deve nortear toda a interpretação e aplicação do Direito de Família, como se fosse uma bússola a guiar o operador do Direito.

É nessa linha de pensamento de que o afeto é que dá a tônica a todo agrupamento familiar, que o art. 5º, inciso III, da Lei nº 11.340, de 2003 (Lei Maria da Penha), que visa coibir a violência doméstica contra a mulher, diz se identificar com família qualquer relação íntima de afeto.

Destarte, na direção do que dispõe o art. 226 da Constituição da República de 1988, verdadeira cláusula geral de inclusão, toda a comunidade sócio-afetiva que propicia o desenvolvimento do indivíduo, dirigindo-o na busca de sua felicidade pessoal, deve receber guarida jurídica especial do Estado, como condição inarredável para a implementação da dignidade da pessoa humana.

É de se notar que o art. 226 supramencionado diz que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Como bem se vê, não há qualquer adjetivo constitucional sobre a definição de família, excluindo-se a preconceituosa visão clássica de família legítima e ilegítima, o que denota a prioridade da comunidade familiar pautada no afeto, havendo somente a imposição ao Estado de garantir proteção às entidades familiares quaisquer que sejam, conferindo-lhes atenção especial.

Nessa esteira, a lição de Lenza (2009, p. 859/860):

O Estado, então, deverá assegurar proteção especial para as mães solteiras, os pais solteiros, a comunidade de pai ou mãe separados ou divorciados e eventuais filhos, as famílias instituídas por inseminação artificial, produção independente, etc. Prioriza-se, portanto, a família sócioafetiva à luz da dignidade da pessoa humana, como destaque para a função social da família, consagrando a igualdade absoluta entre os cônjuges (art. 226, § 5º) e os filhos (art. 227, § 6º).

Por elucidativo, o ensinamento de Dias (2007, p. 39/40):

O alargamento das relações interpessoais acabou deitando reflexos na conformação da família, que não possui mais um significado singular. A mudança da sociedade e a evolução dos costumes levaram a uma verdadeira reconfiguração, quer da conjugalidade, quer da parentalidade. Assim, expressões como ilegítima, espúria, adúlterina, informal, impura estão banidas do vocabulário jurídico. Não podem ser utilizadas, nem com referência às relações afetivas, nem aos vínculos parentais. Seja em relação à família, seja no que diz respeito aos filhos, não se admite qualquer adjetivação.

O pluralismo das relações familiares – outro vértice da nova ordem jurídica – ocasionou mudanças na própria estrutura da sociedade. Rompeu-se o aprisionamento da família nos moldes restritos do casamento, mudando profundamente o conceito de família. A consagração da igualdade, o reconhecimento da existência de outras estruturas de convívio, a liberdade de reconhecer filhos havidos fora do casamento operaram verdadeira transformação na família.

[...]

Dita flexibilização conceitual vem permitindo que os relacionamentos, antes clandestinos e marginalizados, adquiram visibilidade, o que acaba conduzindo a sociedade à aceitação de todas as formas que as pessoas encontram para buscar a felicidade.

Partindo-se do exposto, novos arranjos familiares, naturalmente, vão surgindo, e a partir da ampliação da proteção constitucional a qualquer forma de constituição familiar, é que se pode afirmar a não taxatividade do rol constitucional das famílias, consagrando a pluralidade das entidades familiares, lastreadas na cláusula aberta insculpida no art. 1º, inciso III, da Constituição da República de 1988, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Outra não é a visão de Farias e Rosenvald (2008, p. 35/38):

Com efeito, o conceito trazido no *caput* do artigo 226 é plural e indeterminado, firmando uma verdadeira *cláusula geral de inclusão*. Dessa forma, é o cotidiano, as necessidades e os avanços sociais que se encarregam da concretização dos tipos. E, uma vez formados os núcleos familiares, merecem, igualmente, proteção legal.

[...]

Postas estas premissas, a única conclusão que atende aos reclamos constitucionais é no sentido da não taxatividade do rol contemplado no art. 226 da Lei das Leis, sob pena de desproteger inúmeros agrupamentos familiares não previstos ali, até mesmo por absoluta impossibilidade.

[...]

Tem-se, portanto, como inadmissível um sistema familiar fechado, eis que, a um só tempo, atentaria contra a dignidade humana, assegurada constitucionalmente, contra a realidade social viva e presente da vida e, igualmente, contra os avanços da contemporaneidade, que restariam tolhidos, emoldurados numa ambientação previamente delimitada. Por isso, *estão admitidas no Direito de Família todas as entidades fundadas no afeto, na ética e na solidariedade recíproca*, mencionadas, ou não, expressamente pelo comando do art. 226 da Carta Maior.

[...]

Nesse passo, forçoso é reconhecer que, além da família tradicional, fundada no casamento, outros arranjos familiares mereceram *proteção constitucional* (arts. 1º, III, 3º, 5º e 226, *caput*: 'a família, base da sociedade, tem especial proteção do estado'), por cumprir a função que a sociedade contemporânea destinou à família: *entidade de transmissão da cultura e formação da pessoa humana digna*. Por isso, é necessário compreendê-la como *sistema democrático*, como um espaço aberto ao diálogo entre os seus membros, onde são almejadas a felicidade e a realização plena. (destaques do autor)

Aliás, é o que aponta Pena Júnior (2008, p. 25/26):

[...] o autoritarismo da família patriarcal cede lugar à família democrático-afetiva, surgindo daí diversos modelos de representação social da família, entre eles: família nuclear (formada pelo pai, mãe e filhos); família monoparental (formada pelo pai ou mãe e filhos); família homoparental (formada por casais homossexuais com filhos); família recomposta/reconstruída/reconstituída (formada pelo marido (ou companheiro) da mãe ou a esposa (ou companheira) do pai e filhos); irmandades (onde se reúnem filhos de vários casamentos, netos, mulher atual, ex-mulheres, entre outros); família formada por mães adolescentes que vivem com os pais; família formada somente por irmãos; família formada só pelo casal; família formada por

peças que vivem juntas sem parentesco, mas com fortes laços afetivos e projeto de vida em comum; família unipessoal (formada por uma só pessoa); [...].

Portanto, deve-se ter a compreensão de que o pluralismo das entidades familiares tende ao reconhecimento e efetiva proteção, pelo Estado, das inúmeras possibilidades de arranjos familiares, estes sempre sendo instrumentos para efetiva realização da felicidade de seus membros. Tal perspectiva nada mais representa do que a aplicação da filosofia eudemonológica como diretriz e fundamento para legitimar qualquer interpretação dos institutos jurídicos familiaristas.

3.1.1 Família matrimonial

A partir do momento em que o Estado viu a necessidade de regulamentar e intervir nas relações mais íntimas das pessoas, sob o pretexto de buscar manter a ordem, o casamento surgiu como instrumento formal para a consecução de tal finalidade.

É importante ressaltar que o instituto do casamento aqui somente será tratado no aspecto de ambiente originário de um arranjo familiar, sem exaurir os seus contornos legais.

Já desde o âmbito constitucional, o casamento recebe tratamento legal, tanto o civil quanto o religioso com efeitos civis.

A esse respeito, Rodrigues (2004, p. 19) preleciona que

O casamento é o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regular as suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência.

Como cediço, com a Constituição da República de 1988, houve a pluralização da família, fenômeno já analisado no tópico acima. Assim é que o casamento perdeu a exclusividade como núcleo familiar, mas não a proteção. Continua tutelado como uma das formas de constituição da família, também pautada no afeto e na ajuda mútua, tratando-se de uma união formal, solene, entre homem e mulher.

Importante transcrever o teor do art. 1.511 do Código Civil de 2002 que determina que “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

Logo, o casamento estabelece comunhão plena de vida, vale dizer, trata-se de uma comunhão de afetos através de uma plena integração fisiopsíquica, tendo-se sempre em mente a idéia principal de que o afeto é a mola propulsora de todas as interações familiares, e com o casamento não poderia ser diferente, ele tem de servir como instrumento para as pessoas, meio pelo qual desenvolvem suas personalidades e almejam a realização plena, que nada mais é do que o alcance da felicidade.

Nos dizeres de Diniz (2008, p. 37), o casamento “é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família”.

Numa concepção eudemonista, a família matrimonial é aquela que, como qualquer outra, busca a realização plena de seus membros, tendo sempre por finalidade a felicidade, denominada pelo legislador pátrio de comunhão plena de vida. Trata-se, como visto, de finalidade genérica de qualquer instituição familiar, traduzindo-se em verdadeira comunhão de afetos, que ganhou contornos legais com o art. 1.511 do Código Civil de 2002.

Assim, resta superado o perfil da família matrimonial do legislador de 1916: patriarcal, hierarquizada, patrimonializada e heterossexual.

Há, porém, em relação aos demais núcleos familiares, a particularidade de que constitui uma entidade formal e solene, uma vez que deve obedecer a um processo legal rígido para sua conclusão.

Certamente o tratamento mais solene e a regulamentação exaustiva dada ao matrimônio se dão em decorrência do aspecto cultural e consuetudinário, principalmente, da influência da religião na vida dos indivíduos.

Inicialmente, o casamento estabelecia vínculo indissolúvel, seguindo a máxima religiosa de que “o que Deus une, o homem não separa”, situação que perdurou até a Lei do Divórcio, de 1977.

Portanto, pode-se apontar como principais características do casamento: a) caráter personalíssimo e livre da escolha dos nubentes; b) solenidade da celebração; c) diversidade de sexos; d) inadmissibilidade de submissão a termo ou condição; e) estabelecimento de uma comunhão plena de vida; f) natureza cogente das normas que o regulamentam; g) estrutura monogâmica; e h) dissolubilidade.

3.1.2 União estável

Com a Constituição da República de 1988, o casamento deixou de ser a única forma pelo meio da qual as pessoas poderiam constituir uma família.

Não mais se confere proteção única e exclusivamente à família matrimonial, senão a todas as formas em que se é possível estabelecer uma comunidade vivenciada no afeto e na solidariedade entre seus membros.

Certo é que a família é a base da sociedade e tem proteção especial do Estado, e a felicidade de seus membros deve ser o fim último desta salvaguarda constitucional, pois somente a partir dela é que se poderá construir uma sociedade forte, emaranhada na justiça, na solidariedade e livre de preconceitos de qualquer natureza. É a realização plena dos membros integrantes das famílias brasileiras, alicerce do Estado, que permite o desenvolvimento pleno da sociedade brasileira.

Neste caminho, a Constituição da República de 1988 albergou em seu texto uma entidade familiar informal, não solene como a matrimonial e fundada exclusivamente em laços de amor e afeto: a união estável.

É o que diz o art. 226, § 3º, da Constituição da República de 1988, quando determina que “para o efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

Certamente há quem defenda que pelo fato de o supramencionado artigo ter se referido à facilidade de conversão em casamento, o legislador constituinte teria preferido a família matrimonial àquela decorrente da união estável.

Absolutamente não. O texto constitucional em todo o seu corpo garante o tratamento igualitário das pessoas e não poderia ser diferente no âmbito familiar.

Como cediço, o indivíduo passou a ser o centro de todo o ordenamento jurídico, toda a proteção conferida a qualquer instituição é direcionada a proteção dos indivíduos que compõem os mais diversos grupos sociais, sempre tendo por fundamento a dignidade da pessoa humana que, uma vez resguardada, é o caminho para a realização plena da pessoa, traduzida na felicidade.

Tepedino (1999, p. 326), comentando o art. 226 da CF/88, conclui que:

É a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas do direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social.

Nesse sentido, sendo o ambiente familiar aquele mais propício ao desenvolvimento pleno da personalidade do indivíduo, qualquer forma de entidade familiar, como núcleo privilegiado para a satisfação das necessidades humanas e realização da felicidade, é merecedora da mesma proteção especial do Estado, tendo em vista que o afeto é que traça a essência da família constitucionalizada.

Portanto, superado está o entendimento estabelecido na égide do Código Civil de 1916 e antes da Constituição da República de 1988 que a união estável ou concubinato não eram tratados na âmbito do Direito de Família, mas no campo do Direito Obrigacional.

Após a Constituição da República de 1988, a união estável veio a ser regulamentada pelas Leis Federais 8.971, de 1994, e 9.278, de 1996, sendo posteriormente esmiuçada com o advento do Código Civil de 2002.

O art. 1.723 do Código Civil de 2002 diz que “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

A partir de tal disposição legal é possível estabelecer quais são os elementos caracterizadores da união estável: a) ânimo de constituir família; b) diversidade de sexos; c) estabilidade; d) publicidade; e) continuidade; e f) ausência de impedimentos matrimoniais.

No que diz respeito ao ânimo de constituir família, este pode ser analisado como o requisito principal, consubstanciado na vontade de os companheiros viverem como se casados fossem (convivência *more uxorio*), também chamado de *intuito familiae* e *affectio maritalis*. É a partir de tal requisito que é possível distinguir a união estável do namoro e do noivado. A comprovação do *affectio maritalis* decorre da demonstração da existência de vida em comum, sendo dispensável a vida em comum sob o mesmo teto, a teor da súmula 382 do Supremo Tribunal Federal. Basta, para tanto, que o meio social reconheça os companheiros, pelos sinais externos, como marido e mulher.

Já no que toca à diversidade de sexos, é necessário que de um lado se tenha um homem e de outro uma mulher. Tal caractere encontra-se enraizado em padrões morais vigentes. Não obstante, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto das Adin 4277 e ADPF 132, em 5 de maio de 2011, reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo,

atribuindo interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 para excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento como entidade familiar da união civil entre pessoas homossexuais. Logo, também está consagrada a família homoafetiva, decorrente da união estável entre pessoas do mesmo sexo, encontrando respaldo na jurisprudência da Corte Máxima.

A estabilidade refere-se a uma duração prolongada no tempo. Decorre da situação em que os conviventes já estão juntos a certo lapso de tempo, tendo compartilhado bons e maus momentos, alegrias e tristezas. Mas, obviamente, não há se falar em exigência de tempo mínimo de convivência.

A continuidade encontra-se jungida à noção de estabilidade. Refere-se à solidez do vínculo. Certamente é natural a existência de desavenças e rompimentos, mas a continuidade diz respeito ao convívio que, mesmo diante de alguma interrupção, não afetou o vínculo afetivo do relacionamento.

Noutra banda, a publicidade diz respeito ao conhecimento do público da existência de uma comunhão de vida em comum entre os companheiros. Trata-se de um comportamento marcado pela notoriedade, pelo domínio público de que se comportam como se casados fossem.

O último requisito relaciona-se com a inexistência de impedimentos para o casamento e aqui se fazem necessárias algumas considerações.

O art. 1.723, § 1º, do Código Civil de 2002, diz que “a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso IV no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente”.

Como sabido, a união estável também pode ser denominada de concubinato puro, que se distingue do concubinato impuro, regulado no art. 1.727 do Código Civil de 2002, exatamente pela ausência de impedimentos para o casamento.

Sobre o tema, os ensinamentos de Farias e Rosenvald (2008, p. 388/389):

Etimologicamente, concubinato significa comunhão de leitos. Origina-se da expressão latina *cum* (com), *caubare* (dormir), *concubinatus*, significando estado de mancebia, a companhia na cama.

O concubinato, assim, diz respeito à união, de índole afetiva, entre um homem e uma mulher, sem casamento.

Outrora, a doutrina promovia uma distinção entre o concubinato puro e o impuro. Aquele (o puro) seria caracterizado por pessoas que poderiam casar, mas optavam por não fazê-lo. Este (o impuro) diria respeito às pessoas que estão impedidas de casar, englobando, por conseguinte, o concubinato adúlterino e o incestuoso.

Lembre-se, porém, de que, apesar de impedidos de casar, não estão incluídas no conceito de concubinato impuro as pessoas que estão separadas de fato, como ressalva o § 1º do art. 1.723 do *Codex*.

Com o advento do libertário e solidário Texto Constitucional, a expressão concubinato passou a designar, tão somente, a figura impura, pois o antigo concubinato puro passou a ser chamado de união estável. (destaques do autor)

Importante frisar que a diferença tem reflexos no campo dos efeitos jurídicos, tanto é que o Código Civil de 2002 veda a realização de doação em favor do concubino (art. 550), bem como a estipulação de seguro de vida (art. 793), a contemplação com herança ou legado (art. 1.801, III) e o recebimento de alimentos (art. 1.694), todos se referindo ao concubinato impuro. No mais, o concubinato impuro, quanto aos seus aspectos patrimoniais, encontra-se disciplinado, analogicamente, pelas normas do direito societário, por serem consideradas verdadeiras sociedades de fato, alheio, portanto, à disciplina do Direito de Família (súmula 380 do Supremo Tribunal Federal).

Porém, o legislador civilista, atento às dinâmicas da vida social, de que o afeto, mola propulsora do Direito de Família contemporâneo, nada mais é do que a liberdade de autodeterminação do indivíduo quanto aos seus relacionamentos íntimos, sábio de que as pessoas estão constantemente buscando a sua felicidade e sua realização plena, e, por conseguinte, se interagindo afetivamente, diz que o impedimento do inciso IV do art. 1.521 não impossibilita a constituição da união estável, ou seja, o fato de uma pessoa já estar casada, apesar de impedi-la de se casar novamente, não veda que ela constitua uma união estável, desde que separada de fato ou judicialmente.

Destarte, Farias e Rosenvald (2008, p. 390) conceituam a união estável como “situação de fato existente entre duas pessoas, de sexo diferentes e desimpedidas para casar, que vivem juntas, como se casadas fossem (*convivência more uxorio*) caracterizando uma entidade familiar.”

Mais uma vez cumpre-se ressaltar que o afeto é a essência de qualquer relação familiar, bem como de que a sua observância é um dos caminhos para se alcançar a felicidade e a realização plena do corpo social, jamais podendo ser conferido tratamento discriminatório entre a união estável e o casamento, porquanto ambos se tratam de entidades familiares especialmente protegidas pelo Estado, cuja diferença reside apenas no aspecto formal, o que não é apto a hierarquizar as instituições familiares em desfavor da felicidade individual.

3.1.3 Família monoparental

Moraes (2011, p. 874/875) preceitua que a Constituição da República de 1988 albergou três espécies de núcleos familiares. É o que diz:

A Constituição Federal garantiu ampla proteção à família, definindo três espécies de entidades familiares: a constituída pelo casamento civil ou religioso com efeitos civis (CF, art. 226, §§ 1º e 2º); a constituída pela união estável entre o homem e a mulher, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (CF, art. 226, § 3º); a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (CF, art. 226, § 4º).

Como bem se vê, o art. 226, § 4º, da Constituição da República de 1988 consagrou dentre uma de suas espécies previstas expressamente (e não taxativamente!), aquilo que se convencionou chamar de família monoparental, pois refere-se a comunidade familiar formada por um dos pais, seja por qual motivo for, e os seus descendentes.

É a partir da democratização dos sentimentos que se permite tutelar os mais variados grupos familiares, tendo em vista que estes se caracterizam pelas inúmeras formas de manifestação do afeto, sempre na busca pela felicidade.

Nesse sentido é que a família monoparental, como qualquer núcleo sócio-afetivo, formado por indivíduos que buscam a realização plena, compartilhando alegrias e tristezas, deve ser resguardada pela proteção estatal.

E não poderia ser o contrário. Jamais poderia se afirmar diante do fato de um dos genitores ter falecido, por exemplo, o cônjuge supérstite, que os filhos sobreviventes deixariam de ser uma entidade familiar. Tal acepção somente poderia ser aceita caso se admitisse somente a existência de uma espécie familiar, a família matrimonial, quer dizer, pela dissolução da sociedade conjugal pela morte, como exemplificado, não mais subsistiria a família.

Tal postura iria totalmente de encontro com os princípios constitucionais de proteção da dignidade da pessoa humana, quiçá com os próprios fundamentos do Direito, uma vez que feriria frontalmente o art. 226, *caput*, da Constituição da República que afirma ser a família (gênero) a base do Estado.

Na mesma toada da proteção conferida à união estável, se busca salvaguardar a família monoparental, o que afirma o caráter afetivo do Direito de Família contemporâneo,

diga-se, o afeto deve nortear a formação das entidades familiares, as quais, sem restrições, são asseguradas pelo poder estatal.

Farias e Rosenvald (2008, p. 49), sobre o tema ressaltam:

Sem dúvida, muito bem andou o constituinte, reconhecendo um fato social de grande relevância prática, especialmente em grandes centros urbanos, ao abrigar como entidade familiar o núcleo formado por pessoas sozinhas (solteiros, descasados, viúvos...) que vivem com a sua prole. São as chamadas famílias monoparentais.

Tratando, assim, as comunidades formadas por ascendentes e descendentes como entidades familiares, disso deflui que estarão protegidas pelas regras jurídicas correspondentes, como, *v.g.*, a tutela decorrente do bem de família.

Nesse sentido, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial (REsp) 272.742, de relatoria da Ministra Fátima Nancy Andrighi, afirmou a proteção à família monoparental e garantiu a aplicação da Lei nº 8.009, de 1.990, que trata do bem de família, à ex-companheira que residia no imóvel com seus filhos. Veja:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. RESIDÊNCIA DA FAMÍLIA. LEI Nº 8.009/90. IMPENHORABILIDADE. Se o constituinte buscou proteger a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes considerando-a como entidade familiar (art. 226, § 4º, da CF), afigura-se justo que, no caso em exame, o benefício da impenhorabilidade instituído pela Lei nº 8.009/90 alcance o imóvel em que reside a ex-companheira e os filhos do proprietário desse bem constricto, ainda que este último, por força de acordo firmado na ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato, não mais resida no mesmo imóvel. Recurso Especial a que se dá provimento.

Chega-se até mesmo a afirmar que tais entidades familiares carecem de proteção especial, como forma de se assegurar a igualdade substancial, já que os encargos da família, que são os mesmos de qualquer outro núcleo familiar, acabam onerando somente o ascendente que se mantém relacionado com a prole.

Além da viuvez, pode-se apontar como causa da formação da família monoparental, a separação e o divórcio, a adoção por pessoa solteira, e, em atenção aos avanços tecnológicos, a inseminação artificial.

Denomina-se produção independente quando alguém decide formar um vínculo sócio-afetivo (familiar) baseado na monoparentalidade, assumindo todos os deveres relacionados com a manutenção da família.

Importante ressaltar que o que marca a monoparentalidade é a hierarquia entre gerações, é a ancestralidade, de modo que a relação entre um dos avós e os netos também pode ser vista como família monoparental, assim como aquela formada pelo tio e seus sobrinhos.

Assim ressalta Dias (2007, p. 197):

Quando um tio assume a responsabilidade por seus sobrinhos, ou um dos avós passa a conviver com os netos, caracteriza-se, também, uma família monoparental. Mais uma vez, devem ser valorados os vínculos de afeto existentes, merecendo essas realidades familiares igual proteção estatal.

As famílias monoparentais têm estrutura mais frágil. Quem vive sozinho com a prole acaba com encargos redobrados. [...] Assim, imperioso que o Estado atenda a tais peculiaridades e dispense proteção especial a esses núcleos familiares.

Logo, quaisquer grupos em que existam laços afetivos, e, particularmente no caso da monoparentalidade, os vínculos remanescentes, devem ser protegidos, pois somente dessa forma se poderá propiciar a seus membros o desenvolvimento de sua personalidade na busca pela realização plena que nada mais é do que o caminho para ser feliz.

3.1.4 Família anaparental

Trata-se das comunidades familiares formadas pelos irmãos uns com os outros, sem que haja hierarquia entre gerações.

Evidentemente, tais núcleos sociais se caracterizam como entidades familiares por uma simples razão: a existência de vínculo afetivo entre seus membros, elemento essencial para caracterizar toda comunidade familiar.

Pelo fato de ser considerada entidade familiar, o Direito de Família também confere proteção a tal espécie de família e dela decorrem efeitos jurídicos no âmbito familiar, tais como obrigação de prestar alimentos e o parentesco.

3.1.5 Famílias reconstituídas

Como observado, a família que surgiu como merecedora da tutela do Direito de Família, era a família legítima, caracterizada como um agrupamento de pessoas ligadas entre si por um elo biológico que surge a partir do casamento, instituição marcada pela indissolubilidade.

Logo, o casamento era a fórmula exclusiva para a criação de uma família e uma vez celebrado era indissolúvel, arriscando-se a felicidade de seus membros na manutenção de um ambiente destituído de amor e afetividade, somente para resguardar uma moral religiosa, resquício de uma forte influência do direito canônico, apesar do Estado ser laico. Tutelava-se mais a instituição, em prol dos dogmas religiosos, do que o próprio ser humano.

Tal situação perdurou até 1977, quando se promulgou a Lei do Divórcio, deixando de lado a máxima religiosa de que “o que Deus une, o homem não separa”.

E é nesse momento que surge a família reconstituída. Sua gênese se dá a partir do próprio avanço do Direito, quando este passa a permitir que as pessoas integrantes de uma relação precedente levem os parentes desse complexo familiar para outra nova família formada subsequente a aquela. E, certamente, é o rompimento de um vínculo anterior o pressuposto para a formação da família reconstituída.

Assim é que o legislador constituinte, através da emenda nº 66, “desburocratizou” as relações afetivas decorrentes do matrimônio, valorizando o afeto como o elemento essencial na constituição e manutenção das famílias, não havendo como sustentar o vínculo sem sua existência. Promoveu-se a alteração do art. 226, § 6º, da Constituição da República de 1988 para dizer que “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio consensual ou litigioso, na forma da lei”, extinguindo-se, desse modo, a separação judicial e, por conseguinte, o divórcio indireto, e a exigência de lapso temporal para o divórcio decorrente de separação de fato.

Tal inovação legislativa encontra-se focada numa nova visão do Direito de Família como complexo normativo de proteção do núcleo afetivo unicamente em função das pessoas que o compõe, por ser lugar de promoção de sua dignidade e felicidade (*eudemonia*).

Assim é que Gagliano (2010) afirma que a nova emenda abraça uma perspectiva sócio-afetiva e eudemonista do Direito de Família, possibilitando às pessoas reconstruírem novos projetos de vida, concluindo que a facilitação do divórcio não implica na sua banalização, mas um meio para permitir que outros arranjos familiares lastreados pela afetividade se formem, partindo da perspectiva de que o divórcio propicia a cada um a busca

da felicidade em novos relacionamentos, pois não se justifica a manutenção do casamento sem amor e felicidade.

Portanto, as famílias reconstituídas, como núcleos de afeto que são, merecem proteção especial do Estado da mesma forma que qualquer outra entidade familiar, como pontua Farias e Rosenvald (2008, p. 62/63):

As famílias reconstituídas (ou, como preferem os argentinos, *famílias ensambladas*, *stepfamily* em vernáculo inglês ou, ainda, na liguagem francesa *famille recomposée*) são entidades familiares decorrentes de um relacionamento familiar anterior. [...]

Como anota Waldyr Grisard Filho, as famílias reconstituídas são marcadas pela *ambigüidade*, por uma ‘estrutura complexa, conformada por uma multiplicidade de vínculos e nexos, na qual alguns de seus membros pertencem a sistemas familiares originados em uniões precedentes’.

[...]

O acolhimento do afeto como mola propulsora da família contemporânea e o reconhecimento da pluralidade de entidades familiares (rompendo a unicidade matrimonial de tempos pretéritos, pouco saudosos), assim, revelam um novo momento de inclusão da pessoa humana, vencendo a frieza e a indiferença dos antigos conceitos de madrasta, como uma vilã cruel (como não lembrar do conto infantil da Cinderela e da Branca de Neve), e de enteado como filho de segunda classe. Nesse novo momento garantista, as pessoas inseridas em núcleos familiares merecem, sempre, especial proteção, consoante expressa previsão constitucional. (destaques do autor)

3.1.6 Família homoafetiva

O ambiente familiar pode ser adjetivado como aquele espaço capaz de proporcionar ao indivíduo a formação básica para buscar a sua felicidade completa, motivo pelo qual tal premissa deve orientar qualquer interpretação e, por conseguinte, a aplicação da norma jurídica que trate das relações mais íntimas do ser humano, acompanhando suas aspirações.

Não obstante, grande parcela da doutrina civilista insiste em não reconhecer a legitimidade ou, para alguns, a existência, perante o Direito, de famílias compostas por laços afetivos entre pessoas do mesmo sexo, certamente apoiados, ou em uma interpretação estrita, o que no aspecto da definição de família para fins de proteção especial estatal garantida constitucionalmente, é inteiramente descabida, ou meramente legalista (gramatical), sem estar atento ao surgimento a cada dia de novos fenômenos fáticos.

Orientando-se por tais interpretações, considerar-se-ia que a moldura normativa do Direito e, por óbvio, do Direito de Família, não seria capaz de reger tais situações de fato.

Somente o aspecto patrimonial, numa relação em quase sua totalidade preocupada mais com os fatores de caráter personalíssimo que envolve seus membros, é que o Direito poderia se preocupar. Logo, o Direito das Obrigações seria o campo propício para as discussões a respeito de tais núcleos afetivos que seriam considerados meras sociedades de fato.

Admitir tal circunstância, diga-se, seria uma aberração jurídica. Defrontaria, sem sombra de dúvidas, os princípios insculpidos no texto constitucional, em foco, o princípio da dignidade humana, preconizado no art. 1º, inciso III, da Constituição da República de 1988.

Nesse ponto, a interpretação mais condizente seria a finalística ou teleológica preconizada pelo art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que diz que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”, sem deixar de atentar, também, para a nova tábua constitucional de valores.

Noutra banda, sabe-se que uma das funções dos princípios jurídicos, além da interpretativa e da integrativa (colmatação), é a informativa, ou seja, servir de base e norte para o legislador, traduzindo algo a ser observado por ele quando da elaboração de novas leis.

Certo é que a postura de parte da doutrina e da jurisprudência em negar a submissão da família homoafetiva ao âmbito das Varas de Família, bem como a inobservância ou até mesmo relutância do legislador, respaldadas em concepções filosóficas suplantadas, nunca impediram e, diga-se, não impedirão que as pessoas se reorganizem através destes núcleos afetivos, dirigidos na busca pela sua felicidade plena.

E Dias (2007, p. 73/74) dispara:

Assim, a excessiva rigidez normativa e a injustificada omissão da lei em regram fatos reconhecidos como contrários à moral produzem efeitos perversos. Além de não ser alcançado o desiderato pretendido, não impede que as pessoas conduzam sua vida da forma que melhor lhes agrade. [...]

Tais atitudes do legislador não são suficientes para arrefecer a velha mania do ser humano de buscar a felicidade, e os egressos de relações constituídas fora do padrão legal acabam batendo às portas do Judiciário. A justiça não pode ser nem tímida, nem preconceituosa, e precisa encontrar uma saída que não gere enormes distorções. Ver em tais relacionamentos mera sociedade de fato, expurgando-os do âmbito do direito das famílias, é simular que a origem não é um elo de afetividade, e sim uma sociedade com fins lucrativos, e é também uma postura preconceituosa, pois tenta eliminar a natureza da origem de tais vínculos. O magistrado não pode arvorar-se de qualidades mágicas, buscando transformar uma sociedade de afeto em sociedade de fato. Tentar engessar o vínculo familiar no direito das obrigações, e impor as regras do direito societário destinadas às sociedades irregulares, é punir as uniões com a invisibilidade, banindo-as do direito das famílias e do direito sucessório. [...]

Portanto, a norma que caminha no sentido de sufragar as expectativas do ser humano, tolhendo sua liberdade de autodeterminação afetiva, será instrumento de arbitrariedades e jamais encontrará legitimidade no ciclo social para o qual ela se destina, uma vez que estará impedindo que as pessoas exerçam plenamente seu direito de ser feliz.

A família homoafetiva surge no meio social como decorrência da maior liberdade conferida aos indivíduos, é fruto da ruptura de um padrão moral arcaico, abalizado, principalmente, no preconceito. Liberdade aqui tratada não só no sentido ambulatorial, mas de expressão, de autodeterminação afetiva.

Como observado no decorrer deste trabalho, o afeto é o pressuposto lógico conducente das relações familiares, porquanto estas são, nada mais nada menos, núcleos afetivos constituídos em prol de seus membros, para a realização plena do indivíduo, buscando o desenvolvimento máximo de sua personalidade.

Com a democratização da família, este tipo de relação afetiva passou a se expressar das mais diversas formas, sempre na incessante busca pela felicidade pessoal do grupo.

Assim é que a Lei nº 11.340, de 2006, trouxe para a legislação brasileira a possibilidade de reconhecimento, ainda que no âmbito da violência doméstica, da relação homoafetiva, ao dizer no parágrafo único de seu art. 5º que “as relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.”.

Noutra banda, a jurisprudência pátria já reconheceu a família homossexual como núcleo de afeto, equiparando-as às famílias heteroafetivas, aplicando-lhes as disposições legais que se referem ao ambiente familiar, como direitos decorrentes de benefícios previdenciários, partilha de bens, direito sucessório e direito real de habitação. Já se reconheceu até mesmo inelegibilidade eleitoral decorrente de união homossexual. (FARIAS; ROSENVALD, 2008)

E, finalmente, para espancar de dúvidas, a Corte Suprema, reconheceu a legalidade da família homoafetiva, emprestando-lhe os efeitos jurídicos decorrentes da união estável, quando do julgamento conjunto das Adin 4277 e ADPF 132, em 5 de maio de 2011, que atribuiu interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 para excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Por conseguinte, não se pode deixar de mencionar a possibilidade de requerer a prestação de alimentos entre os companheiros homossexuais, desde que atendido o trinômio necessidade – possibilidade – razoabilidade, inclusive no que tange aos alimentos civis.

Nesse diapasão, a jurisprudência da Corte Suprema consagra no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no campo do Direito de Família, o reconhecimento do afeto como princípio jurídico, assistindo ao ser humano o direito de buscar sua felicidade, imprimindo uma ética eudemonológica ao campo jurídico, reservando para si a defesa do Estado Democrático de Direito por meio da proteção e salvaguarda dos direitos da minoria.

Veja, na íntegra, a ementa da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no bojo do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 477.554, de relatoria do Ministro Celso de Mello, reafirmando tal posição:

UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO - ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: POSIÇÃO CONSAGRADA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF) - O AFETO COMO VALOR JURÍDICO IMPREGNADO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL: A VALORIZAÇÃO DESSE NOVO PARADIGMA COMO NÚCLEO CONFORMADOR DO CONCEITO DE FAMÍLIA - O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE, VERDADEIRO POSTULADO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO E EXPRESSÃO DE UMA IDÉIA-FORÇA QUE DERIVA DO PRINCÍPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - ALGUNS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA SUPREMA CORTE AMERICANA SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA FELICIDADE - PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA (2006): DIREITO DE QUALQUER PESSOA DE CONSTITUIR FAMÍLIA, INDEPENDENTEMENTE DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU IDENTIDADE DE GÊNERO - DIREITO DO COMPANHEIRO, NA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA, À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE DE SEU PARCEIRO, DESDE QUE OBSERVADOS OS REQUISITOS DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL - O ART. 226, § 3º, DA LEI FUNDAMENTAL CONSTITUI TÍPICA NORMA DE INCLUSÃO - A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - A PROTEÇÃO DAS MINORIAS ANALISADA NA PERSPECTIVA DE UMA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL - O DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE IMPEDIR (E, ATÉ MESMO, DE PUNIR) “QUALQUER DISCRIMINAÇÃO ATENTATÓRIA DOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS” (CF, ART. 5º, XLI) - A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O FORTALECIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ELEMENTOS QUE COMPÕEM O MARCO DOUTRINÁRIO QUE CONFERE SUPORTE TEÓRICO AO NEOCONSTITUCIONALISMO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. NINGUÉM PODE SER PRIVADO DE SEUS DIREITOS EM RAZÃO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL. - Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Os homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguala as pessoas em razão de sua orientação sexual. RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO

ENTIDADE FAMILIAR. - O Supremo Tribunal Federal - apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) - reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em consequência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraíam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares. - A extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar. - Toda pessoa tem o direito fundamental de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou de identidade de gênero. A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas.

A DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO AFETO COMO UM DOS FUNDAMENTOS DA FAMÍLIA MODERNA. - O reconhecimento do afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: um novo paradigma que informa e inspira a formulação do próprio conceito de família. Doutrina.

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E BUSCA DA FELICIDADE. - O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Doutrina. - O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. - Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana. Positivização desse princípio no plano do direito comparado.

A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO DAS MINORIAS. - A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito. - Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere “o monopólio da última palavra” em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado. Precedentes. Doutrina.

[...] o fato é que as pessoas não perdem a mania de buscar a felicidade. Abandonam relacionamentos jurados como eternos, partem em busca de novos amores, ingressam em novos vínculos afetivos, mesmo afrontando o estabelecido pelo estado como forma única de constituição de família. Mas a felicidade nem sempre se encontra no relacionamento heterossexual.

Portanto, o exercício de direitos fundamentais da pessoa humana (e o direito à felicidade é um direito fundamental), independe da orientação sexual, sob pena de afronta ao artigo 3º, inciso IV, da Constituição da República de 1988, que arrola como objetivo fundamental do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação.”.

Asseveram Farias e Rosenvald (2008, p. 58):

De fato, não se pode fechar os olhos para a exigência de entidades familiares homoafetivas, pessoas (eventualmente de um mesmo gênero sexual) que se unem ao redor de objetivos comuns, que dedicam amor recíproco e almejam a felicidade, como qualquer outro grupamento heteroafetivo, impondo-se tutelar, juridicamente, tais grupos familiares.

Assim é que Barroso (2009, p. 209) pondera que além da garantia do funcionamento da democracia e do pluralismo político, há outra função da Constituição em um Estado Democrático de Direito, como o Brasil, que consiste em “proteger valores fundamentais e consensos básicos contra a ação predatória das maiorias”, ressaltando-se que o próprio Supremo Tribunal Federal chamou para si tal incumbência, como visto. Dentre tais valores fundamentais está o da dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III)

A partir da nova compreensão de família como centro afetivo cuja proposta é a busca da realização plena de seus membros, a entidade familiar homoafetiva não pode ficar de fora da salvaguarda constitucional prevista no art. 226 da Constituição da República de 1988. A família passa a ter uma concepção instrumentalizada, tendo por escopo a afirmação da dignidade do ser humano e a proteção da própria pessoa, razão pela qual todo espaço sócio-afetivo inclui-se em seu conceito por imperativo constitucional de acordo com a cláusula geral de inclusão preconizada pelo artigo supramencionado.

Mais uma vez, Farias e Rosenvald (2008, p. 54/57):

Com efeito, é na exuberante arquitetura civil-constitucional, construída para a proteção da pessoa humana, que sobreleva afirmar a compreensão das uniões homoafetivas como núcleos familiares, merecedores de ‘especial proteção do Estado’, a partir da cláusula inclusiva do art. 226 da Lei Maior.

[...]

Secundus, importa realçar que a família moderna tem o seu ponto de referencia no *afeto*, evidenciado como verdadeiro *direito à liberdade* de autodeterminação emocional, que se encontra garantida constitucionalmente.

Tertius, não proteger a entidade homossexual também como grupo familiar é negar a sua compreensão instrumentalizada, retirando proteção da pessoa humana e reprimando uma era já superada (definitivamente!) institucionalista, como se a proteção não fosse dedicada à pessoa, atentando contra a sua intransigível dignidade.

[...]

Daí ser lícita a conclusão de que *o reconhecimento da união homoafetiva dentro do Direito de Família é imperativo constitucional, não sendo possível violar a dignidade do homem, por apego absurdo a formalismos legais.* (destaques do autor)

Não se pode, assim, recusar o reconhecimento das uniões homoafetivas como espécie de comunidade familiar, já que se baseiam no afeto e na solidariedade recíproca entre seus membros, verdadeiro lugar direcionado para o desenvolvimento do indivíduo na busca de sua felicidade, absorvendo a essência de todo o gênero de entidades familiares.

4 FILOSOFIA EUDEMONISTA E O DIREITO DE FAMÍLIA

4.1 Introdução

O homem é um ser sociável. É gregário por natureza. Busca a interação com seus semelhantes, pois não consegue satisfazer-se plenamente sozinho. Necessita conviver com outras pessoas para que possa buscar a realização plena, para que possa prover todas as suas necessidades.

Certamente o homem não nasce pronto para se interagir. É preciso que se estruture para adquirir aptidão para se relacionar com outras pessoas na busca de seu pleno desenvolvimento, e é a família o local que propicia tal preparação para a convivência social. É a partir do seio familiar que o indivíduo vai se desenvolvendo e formando sua personalidade, criando seus anseios e desejos, buscando sempre uma forma de atingir seus objetivos e realizar-se totalmente. É a família a base para a concepção da sociedade.

Essa participação do núcleo familiar na vida do indivíduo é que vai moldá-lo, aclarar suas idéias, criar-lhe aspirações, fazendo com que ele desenvolva-se como um ser único, diferente de qualquer outro existente. E é essa diferença entre as pessoas que permite a elas mesmas buscarem em outras o complemento necessário para satisfazerem suas pretensões, atingindo o objetivo de vida colimado, qual seja, a realização plena consigo mesmo e para com os outros. Tal finalidade pode ser traduzida na felicidade. Ela é o fim último que se pretende atingir e que, uma vez alcançado, se quer preservar.

E é a partir da integração do homem no meio social, preparado pelo ambiente familiar em que foi criado, que ele se une a outras pessoas, traçando um objetivo de vida em comum, constituindo novos vínculos afetivos, caracterizados pela ajuda mútua, pela solidariedade recíproca, pautados nos valores éticos, direcionando-se no sentido de construir sua própria felicidade e a de quem o acompanha, bem como de compartilhar tal realização, estabelecendo uma comunhão plena de vida. Forma-se, então, uma nova família.

Essa nova cara do Direito de Família, em que o afeto é sua mola propulsora, encontra-se umbilicalmente ligada à filosofia eudemonológica, cujo criador e principal expoente foi Aristóteles, em sua obra *Ética a Nicômaco*.

4.2 A Filosofia e o Direito: A ética eudemonológica. Uma visão eudemonista do Direito de Família

A palavra filosofia, originada do grego *philosophiae*, quer dizer “amigo da sabedoria”, onde *Philo* significa amigo e *sophiae* quer dizer sabedoria. Tal conceito se deve ao fato de que na antiguidade aqueles que detinham o conhecimento, os sábios, procuravam sempre conhecer todas as coisas que circundavam o ser humano e que o afligia, entrando por um caminho incessante em busca da verdade.

O Direito se relaciona diretamente com a Filosofia, pois a partir desta é possível traçar a natureza e a razão de ser das normas que regulamentam a vida social, querendo-se alcançar o sentido do justo. É tarefa da Filosofia, enquanto aplicada ao Direito, buscar os fundamentos deste, permitindo sua compreensão e possibilitando criar-se no indivíduo uma postura crítica sobre os posicionamentos jurídicos assentados e estabelecidos como verdades absolutas, rompendo com dogmas, sempre na busca do melhor entendimento, atento aos anseios da humanidade e a seu clamor por justiça, de modo que o conhecimento é a passagem para o desenvolvimento pleno do ser humano. É a visão filosófica que nos permite enxergar a diferença existente entre o direito real e o direito vigente.

Noutra banda, cabe também à Filosofia o estudo da Ética. Esta pode ser vista como uma ciência do comportamento humano. Ela se ocupa de estudar o agir humano em determinado grupo social, procurando estabelecer quais os caminhos que este deve seguir, numa eterna busca pela correção.

Martins Filho (2010, p. 4) é claro ao diferenciar A Ética da Moral:

Etimologicamente, Ética e Moral são sinônimos, significando costume (*Ethos* do grego e *Mores* do latim). No entanto, muitos fazem a distinção entre a Ética, que seria o padrão de comportamento de um grupo ou comunidade e, portanto, relativa, enquanto a Moral diria respeito ao ideal de comportamento segundo as exigências da natureza racional comum a todos os homens, e, nesse sentido, objetiva. Assim, até a máfia teria seu código de ética (pode matar, mas não se envolver com drogas), apesar de sua imoralidade patente.[...]

De outro lado, as normas jurídicas nada mais são do que normas éticas, porquanto delineiam condutas a serem seguidas pelos indivíduos nas suas relações no meio de determinada sociedade, constituindo verdadeiro instrumento de controle social. Mais que isso,

somente a norma jurídica é dotada de coercibilidade, ou seja, é dotada de exigibilidade, somente ela é capaz de obrigar o indivíduo a adotar determinada conduta, pois traz a possibilidade de aplicação de uma sanção.

Por conta dessa força do Direito é que se tem a preocupação de se estabelecerem padrões éticos corretos a serem seguidos pelo homem em quaisquer que sejam suas atividades, no complexo de suas interações intersubjetivas, levando os pensadores mais célebres da humanidade, desde os primórdios, a tecerem inúmeras considerações a respeito da Ética, sendo tais discussões caracterizadas pela divergência de pensamento sobre quais seriam os modelos ideais de comportamento a regerem a conduta humana e social, não deixando de lado a circunstância de que o tempo e o espaço exercem influência determinante neste aspecto.

Assim é que se costuma apontar que as normas éticas, frutos da vontade e da criação humana, das quais as normas jurídicas fazem parte, referem-se ao dever ser – o livre arbítrio possibilita ao homem descumpri-las, sendo a observância de tais normas uma probabilidade, mas sujeitas a uma sanção quando são jurídicas –, em oposição às leis da natureza, que se relacionam àquilo que é (ser) ou pode ser.

Dentre os mais diversos fenômenos morais que fundamentam o comportamento humano, merece ser dado enfoque especial à ética eudemonológica, também chamada de ética das virtudes, pois esta encontra relação imediata com o Direito de Família.

A concepção eudemonista é focada na busca pela felicidade e se relaciona com o estabelecimento de padrões de comportamentos humanos dirigidos a felicidade natural, fim último do agir humano.

Martins Filho (2010, p. 10/11), comentando a obra *Ética à Nicômaco*, de Aristóteles, afirma:

Há unanimidade em reconhecer que a felicidade é o bem mais excelente e meta da ética (política), mas quanto ao que consiste divergem as opiniões no tempo e no espaço.

Para o vulgo a felicidade se confunde com o prazer; [...]

O bem, no sentido mais amplo, que a tudo abarcasse, seria aquele pelo que tudo o mais é feito, ou seja, a ele subordinamos todos os demais fins. Esse bem autossuficiente e completo só pode ser a felicidade, para a qual a sabedoria, prazeres, riqueza e virtude são apenas meios de obtenção. Assim, a felicidade seria o bem mais excelente e a finalidade última de todas as ações. [...]

Enquanto uma ação nobre e a virtude são louváveis (meios), a felicidade é valorável (fim).

A felicidade é uma atividade da alma em conformidade com a virtude perfeita e cabe ao verdadeiro estadista tornar os cidadãos virtuosos e respeitadores da lei. [...]

Segundo a doutrina filosófica em comento, a felicidade é aquilo que se pode chamar de objetivo do homem, ou na acepção aristotélica, é o fim último da atuação humana. Tudo aquilo que o homem conquista, descobre e cria (como o Direito) está subordinado a sua constante busca pela felicidade, são instrumentos (meios) para alcançá-la. Trata-se, como se vê, de uma ética teleológica, de busca por uma finalidade.

Malinoski e Silva (2010?) acentuam que a ética aristotélica é finalística, que faz parte da essência do homem dirigir todas as suas ações em busca de um fim, e afirma que, na concepção eudemonológica, a intenção última é a felicidade, é o bem supremo que todos desejam.

E definir felicidade não é fácil. Seu conceito se amolda ao tempo e espaço, na mesma razão em que se desenvolve a moral de determinada sociedade, obra dos avanços tecnológicos e culturais que constantemente influenciam o homem, caracterizando-se, portanto, pela relatividade.

Noutra banda, do ponto de vista do Estado, Silva (2005, p. 43) aponta que a finalidade seria seu quarto elemento constitutivo. Ao lado do território, do povo e do poder soberano, existiria um elemento teleológico, referente aos fins e objetivos a serem perseguidos pelo Estado constitucionalizado, concluindo que as normas referentes às finalidades a serem perseguidas pelo Estado devem ser incluídas dentro das normas fundamentais (materiais) da ordenação estatal.

Nesta acepção, cabe ao verdadeiro estadista (detentor do poder político – poder de tomar decisões em prol de uma comunidade), aquele atento as aspirações da sociedade que governa, criar um ambiente propício ao alcance da felicidade coletiva utilizando-se da lei como veículo para promoção do bem de todos, na medida em que esta serve de instrumento à disposição daquele na consecução de seus fins últimos, a felicidade coletiva, traduzida no bem comum. É o que está expresso no art. 3º da Constituição da República de 1988.

Como afirmam Malinoski e Silva (2010?, p. 4):

Por isso, Aristóteles enfatiza que o homem é por natureza um ser político, o qual não consegue viver sozinho, por isso ele realizaria sua felicidade plena na *polis*. Assim, é na cidade (*polis*) que acontece a completude da felicidade, porque o homem somente pratica as ações virtuosas na *polis* e não teria sentido algum ele ser virtuoso se não fosse pelo motivo de compartilhar com demais cidadãos.

Segundo Aristóteles, a felicidade entendida na *polis* de visar sempre o bem comum dos cidadãos. Quem age em vista do bem comum vive feliz. (destaques do autor)

Como visto, tal postura filosófica é chamada eudemonológica pela simples razão de que tem por escopo alcançar a felicidade humana, e a felicidade em Aristóteles é a realização plena do homem.

Martins Filho (2010, p. 35) preleciona:

A Ética Clássica, calcada principalmente em Aristóteles, é dita como eudemonológica, ou seja, que visa à felicidade do ser humano. Aristóteles chega a ela partindo da análise do prazer, para mostrar o que vai além do mero prazer corporal ou espiritual e leva à plenitude da felicidade, como realização completa do ser humano: a Ética como excelência moral.

O Direito, um instrumento criado pelo homem e para o homem com o fim de organizar a vida em sociedade, deve ser visto como um meio para a busca do fim maior de seus destinatários, a felicidade humana (*eudemonia*). O Estado, entidade personificada incumbida de ditar as normas de regência da sociedade, não pode se imiscuir da sua obrigação de conduzir o cidadão à felicidade.

Destarte, é imperioso reconhecer que o Direito, principalmente no campo da família, não é estático, deve acompanhar a dinâmica social, sob pena de construir normas obsoletas, inúteis e não dotadas de eficácia. Logo, o legislador estatal deve se ligar aos proclames da sociedade, mesmo dos grupos minoritários, porque somente desta forma será possível se construir uma sociedade justa, livre e solidária, livre de qualquer discriminação.

Deve acompanhar a própria moral residente no meio social, ainda que oscilante no tempo e no espaço, sempre observando a razão para a tutela especial da família, de ser o ambiente privilegiado a permitir a felicidade dos indivíduos que a compõe.

Dias (2007, p. 70/71) acentua que “ainda que as normas éticas e morais variem no tempo e no espaço, são elas que dão substrato ao direito, emprestam conteúdo de validade à legislação. Assim, o direito não pode afastar-se da ética, sob pena de perder efetividade.”

E no âmbito do Direito de Família é a busca pela felicidade que deve pautar toda a atividade do operador do Direito, desde a gênese das normas gerais e abstratas até a aplicação no caso concreto.

Nessa concepção, outro não pode ser o sentido dado ao art. 226 da Constituição da República de 1988, quando afirma que a família é a base da sociedade e merece proteção especial do Estado, senão o de que essa proteção tem por fim resguardar o indivíduo que

compõe o núcleo familiar, possibilitando que este possa se realizar plenamente em meio a uma atmosfera marcada pelo afeto, para, finalmente, ser feliz.

A felicidade dos indivíduos somente poderá ser garantida por meio do Direito de Família se se atribuir valor jurídico ao afeto, reconhecendo-o como princípio norteador das normas que versem sobre relações familiares. É a indispensável presença da ética, em sua dimensão eudemonológica, no Direito de Família.

Confira-se, a propósito, a lição de Pena Júnior (2008, p. 14):

No Direito de Família é necessária a presença da ética a cada momento, quer nas relações afetivas, quer nos litígios familiares; na mediação familiar, no Judiciário em geral. Dos advogados, magistrados, promotores, procuradores, defensores e serventuários – apesar do vale-tudo praticado nos dias atuais por uma parcela considerável da sociedade, espera-se que façam prevalecer a ética em todas as questões relacionadas com as suas atividades.

Enfim, é preciso que todos possam compreender que os deveres éticos são fundamentais para a consolidação do Direito de Família. Que com esse princípio, de valor superior e imprescindível, busca-se lealdade, respeito, maior confiança e justiça, para que as relações de família se tornem mais equilibradas e que todos os sujeitos envolvidos nela possam se tornar mais felizes. Assim se estará construindo uma verdadeira família ética.

Resguardar a dignidade humana é o motivo da tutela jurídica das relações interpessoais, de modo que toda atividade estatal nesse particular deve ser dirigida a concretização das potencialidades do indivíduo. Certo é que e a família é o espaço privilegiado para isto. Assim há que se consagrar uma orientação para os operadores do Direito no campo das interações familiares no sentido de se alcançar um posicionamento que promova com a dignidade do ser humano. E pode-se afirmar que o caminho para tal desiderato é o princípio eudemonista, que vê no afeto o pressuposto essencial para a constituição da família, livre de tradicionalismos sufragados pelo aspecto iminente religioso ou por uma moral ultrapassada e hipócrita.

Confira, a esse respeito, a lição de Pinheiro (2008)²:

A comunidade familiar, haja ou não casamento, deixou de ser um ente abstrato, adquirindo concretude no afeto e na solidariedade que une seus membros. A família não se desagregou: ganhou nova feição, mantendo-se por e enquanto existirem os laços afetivos que sustentam naturalmente a moral familiar. Não mais a moral de

² Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=446>.

cunho religioso ou resultante de imposições sociais que tinham em seu âmago a preservação do patrimônio, da propriedade.

Logo, a família tornou-se um ambiente propício para o compartilhamento de sentimentos de amor, respeito e afeição, caracterizando dessa forma o eudemonismo. Segundo o Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, o eudemonismo se refere à 'doutrina que admite ser a felicidade individual ou coletiva o fundamento da conduta humana moral, isto é, que são moralmente boas as condutas que levam à felicidade'. Transpondo referido conceito ao contexto familiar, o modelo familiar eudemonista é aquele que tem como elemento propulsor dos relacionamentos familiares a afetividade, compreendendo-se aí a dignidade, a felicidade e a realização de cada um dos seus membros.

A família sócio-afetiva, respaldada constitucionalmente, resguardando como direito fundamental a convivência familiar e comunitária, corrobora a concepção eudemonista, na medida em que se percebe que mais importante que os vínculos exclusivamente consanguíneos, são os laços afetivos que unem os indivíduos na família.

Assim, é possível afirmar que a família moderna 'nasce sob a concepção eudemonista, centrada nas relações de sentimento entre seus membros e baseada em uma comunhão de afeto recíproco'.

Portanto, se a felicidade é o caminho para a realização plena do ser humano e, ao mesmo tempo, um anseio do indivíduo, o Direito e, especialmente o Direito de Família, como conjunto de normas que tratam das relações afetivas mais íntimas das pessoas, não pode desgrudar desse objetivo (fim último) porque a família é a estrutura básica sobre a qual estão formados os alicerces do Estado, sendo ela que lhe dá solidez e capacidade de prosperar, sobretudo levando em consideração o seu elemento subjetivo (as pessoas).

4.2.1 A felicidade como direito fundamental do homem

É tarefa difícil a conceituação precisa do que venha a ser direito fundamental em razão da constante transformação e ampliação por que passam.

Mas é preciso vê-los como um complexo de direitos sem os quais seria impossível ao ser humano levar uma vida com o mínimo de dignidade, constituindo verdadeiras prerrogativas dos indivíduos em face do Estado, necessários para se realizarem plenamente, caracterizados pela irrenunciabilidade, imprescritibilidade e inalienabilidade.

Silva (2005, p. 176) preleciona que:

Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e

informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualitativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. Direitos fundamentais do homem significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos fundamentais. [...]

Impende ressaltar que o reconhecimento de um direito fundamental não necessita de positivação expressa no texto constitucional, podendo decorrer do próprio sistema jurídico. Tal circunstância encontra amparo no art. 5º, § 2º, da Constituição da República de 1.988 que diz que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Segundo Ima (2011), enfatizando-se a ética eudemonológica, existe um projeto de emenda a Constituição da República de 1988 (PEC), encabeçado pelo senador Cristovam Buarque, já aprovada na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, visando a inclusão do “direito de ser feliz” entre o rol dos direitos sociais do art. 6º da Constituição da República de 1988, cuja redação passaria a ser a seguinte:

São direitos sociais, essenciais à busca da felicidade, a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Ao aprovar a “PEC da Felicidade”, como foi batizada, estar-se-á garantindo que o Estado assumira a responsabilidade de agir em prol do oferecimento de condições básicas para que o indivíduo possa ser feliz, cumprindo com um dos fundamentos da República, a dignidade da pessoa humana, insculpido no art. 1º, III, da Constituição da República de 1988. Conforme a redação textual dada pela PEC da Felicidade ao art. 6º da Constituição da República de 1998, acima transcrito, fica claro que a implementação dos direitos sociais busca a satisfação de um fim maior, a promoção da felicidade humana, para qual toda a atuação estatal estaria voltada. É a consagração de um Estado eudemonista.

Por fim, como ressaltado, mesmo que não positivada expressamente no texto constitucional, impõe-se reconhecer a busca pela felicidade como um direito fundamental do homem a ser observado pelo Estado brasileiro como verdadeiro programa das atividades políticas. Do sistema jurídico é possível tirar esta conclusão, pois o art. 3º da Constituição da República de 1988 afirma ser objetivo do Estado a realização do bem de todos, o que pressupõe o direito de ser feliz, o que também se encontra conectado com o princípio da dignidade humana (CF/88, art. 1º, III).

E o Supremo Tribunal Federal, assim já se manifestou, reconhecendo como postulado constitucional implícito o direito fundamental de busca à felicidade, quando do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 477.554, de relatoria do Ministro Celso de Mello, cujo trecho da ementa merece ser transcrito:

[...] A DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO AFETO COMO UM DOS FUNDAMENTOS DA FAMÍLIA MODERNA. - O reconhecimento do afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: um novo paradigma que informa e inspira a formulação do próprio conceito de família. Doutrina. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E BUSCA DA FELICIDADE. - O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Doutrina. - O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. - Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana. Positivção desse princípio no plano do direito comparado. [...]

4.3 O Princípio da Afetividade: o afeto como valor jurídico tutelável. Paradigma para um Direito de Família eudemonológico

4.3.1 Escorço necessário: Princípios e sua normatização, Constituição, Direito de Família, Afeto e Eudemonismo

Princípios jurídicos poderiam ser conceituados como alicerces, bases sobre os quais está construído o ordenamento jurídico vigente em determinado território.

Assim é que com a evolução do pensamento jurídico, tendo por expoentes Robert Alexy e Ronald Dworkin, e, no direito brasileiro, Luís Roberto Barroso, os princípios passaram a adquirir contornos normativos, não podendo mais ser vistos em um plano subsidiário, mas como verdadeiras normas cogentes, de observância obrigatória pelo operador do Direito. Como fundamentos do Direito, atuam com imperatividade semelhante ou, até mesmo maior, do que a regra de conduta estabelecida, por expressarem o aspecto substancial da ordem normativa, passando a ter um enfoque especial no campo jurídico. É o que se pode chamar de processo de normatividade dos princípios.

Barroso (2009, p. 203/205) explica que:

Após longo processo evolutivo, consolidou-se na teoria geral do Direito a idéia de que as normas jurídicas são um gênero que comporta, em meio a outras classificações, duas grandes espécies: as regras e os princípios. [...] os princípios – notadamente os princípios constitucionais – são a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico. Em sua trajetória ascendente, os princípios deixaram de ser fonte secundária subsidiária do Direito para serem alçadas ao centro do sistema jurídico. De lá, irradiam-se por todo o ordenamento, influenciando a interpretação e aplicação das normas jurídicas em geral e permitindo a leitura moral do Direito.

[...]

Tomem-se, agora, alguns exemplos de princípios constitucionais. Eles poderão ser implícitos como os da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da moralidade (art. 37, *caput*) ou da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV); ou implícitos, decorrentes do sistema ou de alguma norma específica, como os da razoabilidade, da proteção da confiança ou da solidariedade.

Assim é que, conforme a paradigmática lição de Mello (2009, p. 949), a violação de um princípio qualquer que seja, mesmo em se tratando de um princípio não expressamente previsto no corpo legal (implícito), é mais grave do que a violação de uma norma positivada, pois fere toda a estrutura axiológica do sistema jurídico construído. É o que diz:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque apresenta insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível ao seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustêm e alui-se toda a estrutura nelas esforçada.

O ordenamento jurídico passou, portanto, a ser constituído de princípios e regras. As regras se aplicam na modalidade do tudo ou nada, método estritamente subsuntivo, adequando-se o fato à norma, a partir da ocorrência do fato passa-se a incidir a norma. Já os princípios, indicam direções, valores e fins, são verdadeiros mandatos de otimização, isto é, devem ser realizados na maior intensidade possível.

No mesmo sentido, Dias (2007, p. 55) sintetiza que:

O ordenamento jurídico positivo compõe-se de princípios e regras cuja diferença não é apenas de grau de importância. Acima das regras legais, existem princípios que incorporam as exigências de justiça e de valores éticos que constituem suporte axiológico, conferindo coerência interna e estrutura harmônica a todo o sistema jurídico. [...]

Os princípios são normas jurídicas que se distinguem das regras não só porque têm alto grau de generalidade, mas também por serem mandatos de otimização. Possuem um colorido axiológico mais acentuado do que as regras, desvelando mais nitidamente os valores políticos que condensam. Devem ter conteúdo de validade universal. Consagram valores generalizantes e servem para balizar todas as regras, as quais não podem afrontar as diretrizes contidas nos princípios.

E não é só. Os princípios mais relevantes que podem ser extraídos de um determinado sistema jurídico são aqueles insculpidos no texto constitucional, porquanto este apresenta o complexo normativo fundamental que rege uma sociedade. A norma constitucional, segundo a lição de Hans Kelsen, está no vértice da pirâmide normativa, ou seja, constitui o fundamento de validade de todas as outras normas infraconstitucionais. A Constituição dos Estados ganha o caráter de norma jurídica, passa a ser vista com supremacia, orientando a interpretação e aplicação do direito vigente, imprimindo no meio social os valores a serem observados por todos, indistintamente.

Analisando tal avanço, Barroso (2009, p. 196/197) afirma que:

Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica. [...] Somente após a Segunda Guerra Mundial é que veio a se difundir – e, eventualmente, a prevalecer – o modelo americano de constitucionalismo, fundado na força normativa da

Constituição, documento dotado de supremacia e protegido por mecanismos de controle de constitucionalidade.

Desse reconhecimento de caráter jurídico às normas constitucionais resultam consequências especialmente relevantes, dentre as quais se podem destacar:

- a) a Constituição tem aplicabilidade direta e imediata às situações que contempla, inclusive e notadamente referentes à proteção e promoção dos direitos fundamentais. [...];
- b) a Constituição funciona como parâmetro de validade de todas as demais normas jurídicas do sistema, que não deverão ser aplicadas quando forem com ela incompatíveis. [...];
- c) os valores e fins previstos na Constituição devem orientar o intérprete e o aplicador do Direito no momento de determinar o sentido e o alcance de todas as normas jurídicas infraconstitucionais, pautando a argumentação jurídica a ser desenvolvida.

Partindo-se da premissa de que os princípios jurídicos são a base sobre a qual está permeado todo o substrato jurídico de uma sociedade e de que o texto constitucional é o local em que eles estão consagrados, mesmo que implicitamente, certo é que somente conferindo máxima eficácia à norma constitucional, imprimindo-lhe a força de determinar condutas, é que se constituirá uma estrutura social sólida, permitindo a prosperidade.

Farias e Rosenvald (2008, p. 30) pontuam:

Chega-se mesmo a dizer que ‘a teoria dos princípios é hoje o coração das Constituições’.

É que se descobriu que os princípios possuem indubitosa *força normativa*, superando a falsa crença de que teriam, tão-somente, uma dimensão puramente ética ou valorativa, desprovidos de eficácia e força jurídica. Assim sendo, é reconhecido, hodiernamente, um caráter normativo aos princípios, permitindo a sua aplicação direta e imediata, reconhecida uma eficácia negativa e positiva a eles.

Em calara lição, fala-se, não sem razão, na *Constituição como norma jurídica*, dotada de prevalência e concretude. Disso resulta o reconhecimento de uma *‘textura aberta da Constituição’* com a afirmação de que a norma constitucional também *‘vale como lei’*, dirigindo condutas, vinculando o tecido infraconstitucional, as decisões judiciais, as interpretações e a colmatação do direito. (destaques do autor)

Sobremais, a textura aberta do princípio, apontando apenas para os ideais a serem perseguidos, permite que ele se amolde mais facilmente às diferentes realidades fáticas submetidas à sua incidência, ainda que não previstas, sendo, predominantemente, uma norma finalística. Barroso (2009, p. 211) assinala que “a abertura dos princípios constitucionais permite ao intérprete estendê-los a situações que não foram originariamente previstas, mas que se inserem logicamente no raio de alcance dos mandamentos constitucionais”.

Noutra banda, da normatividade dos princípios surge o processo de constitucionalização do direito privado, enfatizando, em particular, um arquétipo civil-constitucionalista do Direito de Família, interpretando-se todas as normas referentes às relações de família a partir da nova tábua axiológica trazida pela Constituição da República de 1988, valores que se extraem dos princípios enraizados por ela, com destaque notório para o princípio da dignidade da pessoa humana.

E, uma vez mais, o brilhantismo de Farias e Rosendal (2008, p. 29) ao dizerem que:

Assim, dessa supremacia normativa constitucional, detectam-se como conseqüências: *a)* a necessidade de releitura dos conceitos e institutos jurídicos clássicos (como, *v.g.*, o casamento e a filiação), *b)* a elaboração e o desenvolvimento de novas categorias jurídicas (não mais neutras e indiferentes, porém dinâmicas, vivas, presentes na vida social, como no exemplo da união entre pessoas do mesmo sexo como uma entidade familiar) e *c)* a interação estreita entre os diferentes campos do conhecimento (reconhecendo a necessidade de uma visão multidisciplinar do Direito, buscando amparo e inspiração na Psicologia, na Antropologia, na Filosofia, na História, na Sociologia, etc.).

[...]

Enfim, *o papel unificador do sistema jurídico, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos, quanto noutros temas de relevância pública, é desempenhado pela norma constitucional.* (destaques do autor)

É o que se extrai do princípio da pluralidade das entidades familiares trazido pela cláusula geral de inclusão do art. 226 da Constituição da República de 1988, em que a essência do contexto familiar diz respeito ao afeto, a solidariedade mútua, a felicidade como escopo do núcleo familiar formado, como centro de promoção de seus membros.

É nesse ínterim que no âmbito do Direito Familiarista deve ser atribuído valor jurídico tutelável ao afeto. É o afeto a essência da família contemporânea que merece a proteção especial estatal. Sua aplicação ao Direito importa na correlação deste com a Filosofia, em especial com a ética eudemonológica, é seu pressuposto lógico, cuja meta é traçar os caminhos para que o homem atinja a realização completa, a sua felicidade.

4.3.2 Do Princípio da Afetividade: o Direito de Família eudemonista e a dignidade da pessoa humana

Como visto, os avanços tecnológicos, sociais, morais e científicos contribuíram definitivamente para uma nova formação cultural do ser humano. Novas perspectivas foram adotadas, o homem passou a ser o foco principal de toda atividade por ele mesmo desenvolvida, de modo que as obras humanas passaram a ser verdadeiros instrumentos para a satisfação das necessidades da pessoa, proporcionando sua realização plena.

E com o Direito não pode ser diferente. Dado ser fruto da criação humana, é necessário realçar seu caráter instrumental, em que toda a tutela jurídica deve ser direcionada para o desenvolvimento pleno do homem, promovendo sua dignidade, garantia ínsita para alcançar a felicidade. Vale dizer, toda proteção conferida pelo Estado a determinadas instituições tem por fim último a defesa dos próprios indivíduos que delas participam, especialmente no Direito de Família, dado a sua normatividade referir-se a aspectos existenciais da pessoa.

Nessa toada, afirmam Farias e Rosenvald (2008, p. 10):

Assim sendo, a proteção ao núcleo familiar tem como ponto de partida e de chegada a tutela da própria pessoa humana, sendo descabida (e inconstitucional!) toda e qualquer forma de violação da dignidade do homem, sob o pretexto de garantir proteção à família. [...] O espaço da família, na ordem jurídica, se justifica como um núcleo privilegiado para o desenvolvimento da pessoa humana. Não há mais proteção à família pela família, senão em razão do ser humano. Enfim, é a valorização definitiva e inescindível da pessoa humana!

Assim é que a afetividade ganha contornos nunca antes imaginados, realçando-se como princípio jurídico que se justifica em sede familiar a partir da promoção da dignidade da pessoa humana como objetivo do sistema jurídico, abandonando-se uma concepção institucionalizada da família para assumi-la como instrumento de desenvolvimento humano, com papel funcionalizado, cuja finalidade é a busca pela felicidade de seus membros, algo inteiramente possível em um ambiente de amor, solidariedade e respeito, tendo na afeição sua essência.

Colaciona-se, por elucidativa, a doutrina de Farias e Rosenvald (2008, p. 11):

Desse modo, avulta afirmar, como conclusão lógica e inarredável, que a família cumpre modernamente um papel funcionalizado, devendo, efetivamente, servir como ambiente propício para a promoção da dignidade e a realização da

personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças, valores, servindo como alicerce fundamental para o alcance da felicidade.

E certamente os princípios colaboram com isto, na medida em que servem de parâmetro para o aplicador do Direito, apontando-lhe os valores a serem resguardados e os melhores caminhos a serem seguidos.

Barroso (2009, p. 209), ao tratar dos princípios jurídicos, ensina que:

princípios, por sua vez, desempenham papel diverso, tanto do ponto de vista jurídico como político-institucional. No plano jurídico, eles funcionam como referencial geral para o intérprete, como um farol que ilumina os caminhos a serem percorridos. De fato, são os princípios que dão identidade ideológica e ética ao sistema jurídico, apontando objetivos e caminhos. Em razão desses mesmos atributos, dão unidade ao ordenamento, permitindo articular suas diferentes partes – por vezes, aparentemente contraditórias – em torno de valores e fins comuns. Ademais, seu conteúdo aberto permite a atuação integrativa e construtiva do intérprete, capacitando-o a produzir a melhor solução para o caso concreto, assim realizando o ideal de *justiça*. (destaque do autor)

E é partindo dessas conclusões que o afeto passa a atuar como um verdadeiro princípio jurídico à disposição da realização da dignidade humana nas relações jurídicas decorrentes do Direito de Família. O afeto, como princípio jurídico, diferentemente das regras, não tem o fim de tipificar condutas, mas, primordialmente, de apontar caminhos a serem seguidos pelo intérprete da norma jurídica, de modo a dar unidade ao sistema, como verdadeira mola propulsora das mais diversificadas interações humanas que estejam sob o pálio das normas de Direito de Família.

Assim, pode-se afirmar que o afeto, como princípio norteador das relações familiares, ganhou relevância constitucional a partir do momento em que se consagrou como entidade familiar a união estável, uma vez que está surge informalmente, baseada unicamente no amor mútuo, na instituição de uma família como lugar de felicidade, sem a chancela do Estado na sua constituição. Daí é certo concluir que a família constitucionalizada e merecedora da proteção especial estatal, nos termos do art. 226 da Constituição da República de 1.988, é a família eudemonista, pois baseada na afeição existente entre seus membros.

No ponto, assinala Dias (2007, p. 67):

Mesmo que a Constituição tenha enlaçado o afeto no âmbito de sua proteção, a palavra afeto não está no texto constitucional. Ao serem reconhecidas como entidade familiar merecedora da tutela jurídica as uniões estáveis, que constituem sem o selo do casamento, tal significa que o afeto, que une e enlaça duas pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico. Houve a constitucionalização de um modelo de família eudemonista e igualitário, com maior espaço para o afeto e a realização individual.

Daí concluir-se que o afeto é o núcleo essencial da família contemporânea e é ele o pressuposto para a incidência do Direito de Família nas relações interpessoais, como bem pondera Pena Júnior (2008, p. 11):

Todas as formas de representação social da família só serão palco de realizações e felicidade no instante em que seus membros, eles mesmo, constituírem relações fundadas no amor e no afeto; ‘ó que nos faz a nós – e especialmente o que nos faz nas relações de família – é a nossa capacidade de dar e receber amor’.

A família, que durante anos foi simplesmente um centro econômico, religioso e de reprodução, passou agora a ser o lugar do companheirismo e da afetividade. Ela hoje gira em torno do afeto, que tanto une como separa as pessoas.

Entender o afeto significa ir além de conceitos. As famílias unidas por ele se fortalecem no tempo, e tendem a passar pela vida com muitos ganhos.

‘agora o que identifica a família não é nem a celebração do casamento, nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca sobre o manto da juridicidade, é a identificação de um vínculo afetivo a unir pessoas, gerando comprometimento mútuo, solidariedade, identidade de projetos de vida e propósitos comuns. Enfim, a busca da felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade ensejaram o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e de preservação da vida’.

Adoção, paternidade ou parentalidade socioafetiva, entidades familiares, todas, indiscutivelmente, precisam ser fundadas no princípio da afetividade, para que possam, desenvolver-se. O amor deve prevalecer sempre, inclusive nas famílias constituídas por laços biológicos. Com muita propriedade, Rodrigo da Cunha Pereira afirma que ‘o afeto é a grande descoberta do Direito de Família e que a essência da vida é dar e receber amor’.

É nesse sentido que se permite ver o afeto como um direito fundamental, traduzindo uma faculdade individual, podendo ser conceituado como a liberdade que as pessoas têm de autodeterminarem-se emocionalmente, na busca de sua felicidade. Tal acepção encontra-se umbilicalmente ligada ao princípio maior da dignidade da pessoa humana, porquanto este exprime a necessidade de se respeitar o próximo, assegurando as pessoas um mínimo existencial, longe das interferências do Estado e de outrem.

Conforme preceitua Barroso (2009, p. 252):

O princípio da dignidade humana identifica um espaço de integridade a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade tanto se relaciona com a liberdade e valores do espírito quanto com as condições materiais de subsistência. O desrespeito a esse princípio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e a luta por sua afirmação, um símbolo do novo tempo. Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar.

Assim é possível se falar que o afeto é que deve se sobressair sobre qualquer forma prevista na lei. Desse modo, não importa, por exemplo, se o vínculo de parentesco é biológico ou civil, porquanto o vínculo afetivo não é fruto da biologia, senão da convivência familiar, havendo de sobrepujar todas as relações no palco familiar. É ele que demonstra a racionalidade e emotividade do ser humano, suas aflições e aspirações, sua suscetibilidade de escolha de caminhos, a partir da interação com outras pessoas, através de núcleos onde desenvolverá sua personalidade, sempre visando garantir sua completa felicidade, como um verdadeiro direito a ser implementado por si próprio e pelo Estado (CF/88, art. 226).

Essa é a concepção de família eudemonista que deve ser implantada no Direito de Família contemporâneo, encontrando respaldo, inclusive, na jurisprudência da Corte Suprema, como visto alhures. A felicidade é o escopo a ser alcançado e isso somente será possível em um ambiente lastreado de afetividade.

5 A FAMÍLIA EUDEMONISTA

Diante da absorção do afeto pelo Direito de Família como o elemento essencial que dá a tônica nas relações familiares, surgiu uma nova espécie, senão o gênero, de família constitucionalizada. Trata-se da família eudemonista.

Pode-se afirmar, inicialmente, que o processo de constitucionalização do direito civil, em foco o Direito de Família, se deu em decorrência da necessidade de se observar a supremacia da norma constitucional sobre as demais normas, sendo aquela o fundamento de validade destas.

Por outro lado, a partir do momento em que os princípios jurídico-constitucionais ganharam força normativa, tornando-se capazes de impor condutas, viu-se a obrigação de se interpretar toda a ordem jurídica a partir deles, uma vez que traduzem as bases ideológicas a serem perseguidas pelo Estado.

Aqui cabe a lição de Barroso (2009, p. 316/317):

No Direito contemporâneo, a Constituição passou a ser compreendida como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos positivos, no qual as idéias de justiça e de realização do direito fundamentais desempenham um papel central. [...] modernamente, no entanto, prevalece a concepção de que o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica – e, os princípios, com sua flexibilidade, dão margem a realização da justiça no caso concreto.

[...]

No ambiente pós-positivista de reaproximação entre o Direito e a Ética, os princípios constitucionais se transformam na porta de entrada dos valores dentro do universo jurídico. Há consenso na dogmática jurídica contemporânea de que princípios e regras desfrutam igualmente do status de norma jurídica, [...]

Nessa conjugação de idéias, o direito civil deve se adequar a nova tábua de valores albergados pela Constituição da República de 1988, ou seja, as regras fundamentais da República Federativa do Brasil devem orientar o operador do Direito na exegese e aplicação das normas, não podendo ser, em hipótese alguma, inobservados, sob pena de violação da ordem jurídica implantada.

Acentua Barroso (2009) que dado a maior abstração dos princípios jurídicos, esses permitem a incidência sobre o mundo fenomênico de diversas maneiras. Ora como

fundamento direto de uma decisão, ora, indiretamente, condicionando a interpretação de determinada regra ou, até mesmo, paralisando sua eficácia.

E dentre os princípios arrolados, destaque-se o da dignidade da pessoa humana.

Segundo Dias (2007) é ele o princípio maior, fundante do Estado Democrático de Direito, o que levou o poder constituinte originário a consagrá-lo como valor nuclear da ordem constitucional, um verdadeiro macroprincípio do qual emanam todos os outros, responsável pela despatrimonialização das instituições jurídicas, colocando a pessoa como núcleo protetor do Direito (personalização).

Assim é que, no âmbito particular do Direito de Família, surge o princípio da afetividade, atribuindo ao afeto valor jurídico a ser tutelado, por se tratar da mola propulsora, o guia do Direito de Família. Como preleciona Dias (2007, p. 69), “talvez nada mais seja necessário dizer para evidenciar que o princípio norteador do direito das famílias é o princípio da afetividade”. É a busca pela felicidade, o amor, a solidariedade que elevam o reconhecimento do afeto como o modo mais eficaz de se delinear o que se entenda por família.

O afeto, direito fundamental à liberdade de autodeterminação emocional, passa a ser o ponto de referência da família contemporânea, encontrando-se garantido constitucionalmente pelo macroprincípio da dignidade da pessoa humana. (FARIAS; ROSENVALD, 2008)

Nesse sentido, a família adquiriu um caráter plural, democrático, uma unidade sócio-afetiva instrumentalizada para a busca da felicidade de seus membros.

E é a partir da adoção de tal perspectiva que nasce a família eudemonista.

Dias (2007, p. 54) pontua que:

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

Desse modo, nota-se que a tutela jurídica conferida às relações familiares tem por fim último resguardar os valores do ser humano. É este o epicentro do Direito de Família. Não

há outra razão para regulamentar as relações familiares senão com o fim de proteção de seus atores, buscando o desenvolvimento das potencialidades do homem, com fins a alcançar sua realização plena.

Destarte, Pena Júnior (2008) afirma que a realização plena do indivíduo nada mais é do que expressão do direito de ser feliz, o qual é resguardado pelo princípio maior da dignidade humana que adquire contornos constitucionais de um princípio aglutinador em torno do qual gravitam todos os direitos e garantias fundamentais, desde o direito à vida.

E é nesse aspecto que a família contemporânea é aquela caracterizada pelo projeto de vida em comum entre seus membros, pela construção de um ambiente que proporciona ao indivíduo a possibilidade de se desenvolver, de formar seu caráter, enfim, de ser feliz.

Nesse diapasão, afirma Pena Júnior (2008, p. 22/23):

Ao longo dos anos, a família continua sendo insubstituível. E hoje, mais do que nunca, aperfeiçoando-se por meio do afeto, da igualdade, do companheirismo, da lealdade, da ética e da confiança mútua entre seus membros, tornando-se o porto seguro de todos nós e ponto de partida para o nosso desenvolvimento em busca da plena realização pessoal. Nela encontramos também o ambiente ideal para a procriação e o desenvolvimento dos nossos filhos. Por intermédio dela todos nós podemos crescer, amar e ser felizes.

[...]

De acordo com Renato Janine Ribeiro, 'a família continua, e mais empenhada que nunca em ser feliz. (não quero dizer que seja mais feliz, e sim que queremos, todos, ser felizes; assim a manutenção da família, hoje, depende sobretudo de se buscar, por meio dela, a felicidade) [...].

Assim é que a ingerência do Estado no ambiente familiar deve se dar unicamente com a finalidade de promover a dignidade de seus membros, nessa perspectiva é que deve se fundar a proteção estatal. O Estado adota uma concepção finalística da família, vê nela um meio capaz de levar o indivíduo ao alcance da felicidade, o espaço perfeito para seu desenvolvimento, o primeiro local em que a pessoa se interagirá com outras.

Farias e Rosenvald (2008, p. 8/9) ressaltam que:

Com o passar dos tempos, porém, o conceito de família mudou significativamente até que, nos dias de hoje, assume uma concepção múltipla, plural, podendo dizer respeito a um ou mais indivíduos, ligados por traços biológicos ou sócio-psicoafetivos, com intenção de estabelecer, eticamente, o desenvolvimento da personalidade de cada um.

[...]

Sendo assim, a família é, inegavelmente, a instituição social primária, podendo ser considerada um regime de relações interpessoais e sociais, com, ou sem, a presença da sexualidade humana, com o desiderato de colaborar para a realização das pessoas humanas que compõem um determinado núcleo.

É exatamente nessa ambientação primária que o homem se distingue dos demais animais, pela suscetibilidade de escolha de seus caminhos e orientações, formando grupos onde desenvolverá a sua personalidade. Não é por outro motivo que o civilista Diogo Leite de Campos destaca ser a entidade familiar um instituto 'destinado a ser instrumento de felicidade' das pessoas envolvidas. (destaque do autor)

E certamente o homem dirige suas ações para sua felicidade. Segundo a ética aristotélica, essencialmente eudemonista, toda a ação humana é dirigida para um fim e este fim último seria a felicidade (bem soberano), de modo que todos os outros bens humanos devem ser meios para atingi-la. (MALINOSKI; SILVA, 2010?)

E outra não é a destinação da família senão também como instrumento de realização pessoal de seus integrantes, promoção da dignidade humana, lugar de compartilhamento de um plano de vida comum, de tristezas, alegrias, aflições, aspirações, baseada na solidariedade recíproca, cujo elemento aglutinador é o afeto, servindo como verdadeiro alicerce fundamental para o alcance da felicidade. (FARIAS; ROSENVALD, 2008)

Sendo assim, é possível concluir com Dias (2007, p. 41/42):

O novo modelo de família funda-se sobre os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo nova roupagem axiológica ao direito de família. Agora a tônica reside no indivíduo, e não mais nos bens ou coisas que guarnecem a relação familiar. A família-instituição foi substituída pela família-instrumento, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado.

[...] As pessoas passaram a viver em uma sociedade mais tolerante e, com mais liberdade, buscam o sonho de ser felizes sem se sentirem premidas a permanecer em estruturas preestabelecidas e engessadoras. [...]

Na feliz expressão de João Baptista Villela, a teoria e a prática das instituições de família dependem, em última análise, da competência em dar e receber amor. A família continua mais empenhada que nunca em ser feliz. A manutenção da família visa, sobretudo, buscar a felicidade. [...]

6 CONCLUSÃO

O Direito é criado pela sociedade para ela mesma, ou seja, para regulamentar suas próprias necessidades somente se podendo falar, por outro lado, em uma sociedade organizada, com especial atenção às prospectivas de seus membros, naquelas em que se imperar o Direito. Portanto, cabe ao legislador estar atento aos anseios da sociedade. As normas jurídicas seriam “letras mortas” se não se desenvolvessem na medida das exigências do meio social para o qual são implementadas visando a tão almejada eficácia social.

O Estado somente poderá prosperar quando encontrar o exato equilíbrio entre as suas próprias necessidades e a de seus membros. E este ponto de acerto não é outro senão a felicidade dos integrantes da comunidade social. A experiência demonstra que quando os membros de determinado grupo social são felizes esse grupo certamente prospera. A partir do momento em que se garante o pleno desenvolvimento da personalidade do indivíduo, assegurando-lhe um núcleo essencial de direitos, dentre estes, o de autodeterminação emocional – vertente do direito de liberdade –, estar-se-á estabelecendo uma proposta de governo tendente à felicidade humana, projetando um Estado teleológico, finalista, cujo escopo é realizar o bem de todos. Este nada mais é do que o Estado em sua concepção eudemonista.

A Constituição da República de 1988 está conectada a esta perspectiva de direção estatal, ligada a moderna doutrina do Estado que, baseada nos três elementos constitutivos essenciais do Estado propostos por Jellinek, quais sejam, território, povo e poder soberano, acrescenta a finalidade, vale dizer, imprime-lhe uma dimensão teleológica. Assim é que o seu art. 3º, em especial os incisos I e IV, arrola entre os objetivos fundamentais da República Brasileira, “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Noutra banda, é necessário ressaltar que até mesmo o positivismo normativo de Hans Kelsen deu, em parte, sua contribuição, exatamente no que diz com a idéia de que o sistema jurídico é um sistema piramidal, estabelecendo uma hierarquia normativa, em que no ápice da pirâmide, fechando-a, estaria a norma constitucional do Estado, fundamento de validade para as outras espécies normativas. Deste momento em diante, se viu que as normas constitucionais se sobrepõem às demais, condicionando a elaboração, interpretação e aplicação delas, pois aquelas constituem as leis fundamentais do Estado.

Outro aspecto também merece ser destacado. É o movimento pós-positivista encabeçado por Robert Alexy e Ronald Dworkin e, no Brasil, por Luís Roberto Barroso, cujo ponto nuclear é a distinção entre regras jurídicas e princípios, sendo, portanto, doutrina de fundamental importância para a adoção desta nova concepção eudemonista do Direito de Família. Os princípios jurídicos adquiriram normatividade, constituindo-se em preceitos ético-jurídicos basilares, em alicerces sobre os quais está construído o ordenamento jurídico. Passaram a ter força vinculante não só na interpretação, mas também na aplicação do Direito, conferindo-lhe unidade, caracterizando verdadeiros mandatos de otimização, devendo ser-lhes resguardada a máxima eficácia, de modo que a sua violação, no sentido em que é conceituado, é mais grave do que a de uma regra, pois ofende o próprio sistema jurídico.

Assim é que o Direito Civil, por tratar das relações intersubjetivas de índole privada, se viu atrelado à nova tábua de valores consagrada pela Constituição da República de 1988, nitidamente garantista, dando margem a um fenômeno denominado de constitucionalização do direito privado. É imperativo que as normas civilistas sejam interpretadas e aplicadas de acordo com os valores constitucionais, sob pena de afronta à ordem jurídica como um todo. O Direito é instrumento para a tutela do homem simplesmente pela condição de ser humano, meio de promoção da dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III).

E nessa toada é que Direito de Família, por normatizar a esfera mais íntima do indivíduo até mesmo no que diz com suas projeções emocionais, também vê nos princípios e no texto constitucional o campo propício para o seu desenvolvimento. Afasta-se de idéias preconceituosas, dogmas superados e costumes enraizados, ligando-se aos avanços tecnológicos, culturais e intelectuais que envolvam o sentimento humano, com o fim último de promoção da personalidade individual, na incessante busca pela felicidade humana.

Tal postura que passou a ser exigida do operador do Direito encontra embasamento na antiga, mas atualíssima, ética eudemonológica de Aristóteles, delineada em sua obra *Ética a Nicômaco*. Trata-se de uma ética teleológica em que o comportamento humano é dirigido para a busca pela felicidade. Toda a ação humana tem um fim. Esse fim é a felicidade. A felicidade é atingida quando o ser humano se desenvolve de forma íntegra e integrada. E é esse o sentido que deve ser dado para as normas familiaristas. Se o Direito de Família cuida dos aspectos mais íntimos do indivíduo, envolvendo sua própria vida sentimental, ele deve ser instrumento de busca pela felicidade, de garantia da dignidade da pessoa humana, epicentro dos demais direitos fundamentais do indivíduo.

A própria Constituição da República de 1988, em seu art. 226, dispõe que a família é a base da sociedade e merece proteção especial. Trata-se de verdadeira cláusula aberta, consagradora da pluralidade e isonomia familiar. O conceito de família não pode ser restringido a modelos taxativamente previstos na lei. É o estabelecimento da família-instrumento, núcleo privilegiado para o desenvolvimento da personalidade do ser humano, no amor mútuo e solidariedade recíproca, devendo-se basear no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana que, no campo familiar, projeta-se no princípio da afetividade. O afeto – possibilidade de autodeterminação emocional – deve ser encarado a partir de um ponto de vista jurídico, adquirindo valor normativo, conforme os demais princípios, servindo como o principal parâmetro jurídico que deve pautar o Direito de Família.

Dessa forma, a teoria e a prática das instituições de família dependem, em última análise, da competência em dar e receber amor. A família continua mais empenhada que nunca em ser feliz. A manutenção da família visa, sobretudo, buscar a felicidade, verdadeiro direito fundamental do ser humano. Enfim, visa a nova família construir um verdadeiro LAR: Lugar de Afeto e Respeito, o qual o Direito jamais pode se afastar.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil Comentado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, volume II.

BRASIL. Código Civil, 2002. 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 19 de set. 2011

BRASIL. Código de Processo Civil, 1973. 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm> Acesso em: 19 set. 2011

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 19 set. de 2011.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, 2006. 04 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm> Acesso em: 19 set. 2011

BRASIL. Lei n. 11.340, 2006. 07 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm> Acesso em: 19 set. 2011

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277, Relator Ministro Carlos Ayres Britto, Brasília, 14 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000180733&base=baseAcordaos>> Acesso em: 17 set. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 380. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400> Acesso em: 19 set.. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 382. A vida em comum sob o mesmo teto, "more uxorio", não é indispensável à caracterização do concubinato. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400> Acesso em: 19 set. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO - ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: POSIÇÃO CONSAGRADA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF) - O AFETO COMO VALOR JURÍDICO IMPREGNADO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL: A VALORIZAÇÃO DESSE NOVO PARADIGMA COMO NÚCLEO CONFORMADOR DO CONCEITO DE FAMÍLIA - O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE, VERDADEIRO POSTULADO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO E EXPRESSÃO DE UMA IDÉIA-FORÇA QUE DERIVA DO PRINCÍPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - ALGUNS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA SUPREMA CORTE AMERICANA SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA FELICIDADE - PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA (2006): DIREITO DE QUALQUER PESSOA DE CONSTITUIR FAMÍLIA, INDEPENDENTEMENTE DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU IDENTIDADE DE GÊNERO - DIREITO DO COMPANHEIRO, NA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA, À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE DE SEU PARCEIRO, DESDE QUE OBSERVADOS OS REQUISITOS DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL - O ART. 226, § 3º, DA LEI FUNDAMENTAL CONSTITUI TÍPICA NORMA DE INCLUSÃO - A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - A PROTEÇÃO DAS MINORIAS ANALISADA NA PERSPECTIVA DE UMA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL - O DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE IMPEDIR (E, ATÉ MESMO, DE PUNIR) “QUALQUER DISCRIMINAÇÃO ATENTATÓRIA DOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS” (CF, ART. 5º, XLI) - A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O FORTALECIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ELEMENTOS QUE COMPÕEM O MARCO DOUTRINÁRIO QUE CONFERE SUPORTE TEÓRICO AO NEOCONSTITUCIONALISMO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. NINGUÉM PODE SER PRIVADO DE SEUS DIREITOS EM RAZÃO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 477.554, Relator Ministro Celso de Mello, Brasília, 26 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=477554&base=baseA cordaos>> Acesso em: 17 set. 2011.

BRASILIA. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL – PROCESSUAL CIVIL - RESIDÊNCIA DA FAMÍLIA – LEI Nº 8.009/90 – IMPENHORABILIDADE. Recurso Especial n. 272.742, Relatora Ministra Nancy Andrichi,

Brasília, 28 de maio de 2001. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=272742&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>> Acesso em: 17 set. 2011.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. Trad. Jean Melville. São Paulo: Marin Claret, 2002.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: RT, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 23^a ed., 2008, volume V.

FARIAS, Cristiano Chaves de & ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze. A nova emenda do divórcio. Primeiras reflexões. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 15, n. 2568, 13 jul. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/16969>>. Acesso em: 20 set. 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2009.

IMA, João Pedro da Silva Rio. A positivação do direito à busca da felicidade na Constituição brasileira. A felicidade como direito fundamental. **Jus Navigandi**, Teresina, v 16, n. 2843, 14 abr. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18903/a-positivacao-do-direito-a-busca-da-felicidade-na-constituicao-brasileira>>. Acesso em: 17 set. 2011.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MALINOSKI, Jocemar; SILVA, Sinclay da. **Felicidade: o bem supremo**, no livro I da obra: **Ética a Nicômano de Aristóteles**. 2010. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/gpforma/2senafe/PDF/069e4.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2011.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. **Ética e Ficção: de Aristóteles a Tolkien**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 26^a ed., 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27^a ed. São Paulo: Atlas, 2011.

PENA JÚNIOR, Moacir César. **Direito das Pessoas e das Famílias: Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PINHEIRO, Dávila Teresa de Galiza Fernandes. **Mediação Familiar: Uma Alternativa Viável à Resolução Pacífica de Conflitos Fmailiares**. **IBDFAM**, 09 set. 2008. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=446>>. Acesso em: 17 set. 2011.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. 28^a ed. São Paulo: Saraiva, 2004, volume VI.

SANTOS, J.M. de Carvalho. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 9^a ed., 1979, volume IV.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25^a ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.