

A HERMENÊUTICA PLURAL E ABERTA COMO FORMA DE LEGITIMAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: NOVO PARADIGMA PARA AS NOVAS FAMÍLIAS

Lívia Vieira Lisboa¹

RESUMO

O presente trabalho objetiva estudar a hermenêutica constitucional plural e aberta como forma de legitimação dos direitos fundamentais a partir do afeto. Pela família ser a base da sociedade e necessária para seu desenvolvimento, percebeu-se a necessidade de estudar o afeto, na dimensão da dignidade da pessoa humana, legitimadora dos Direitos Fundamentais. Para tanto, utilizou-se como metodologia da pesquisa a revisão de literatura, bem como, mediante percepção qualitativa do tema-objeto, uma análise documental da legislação acerca do tema. Conclui-se que o afeto é um valor jurídico legitimador da Hermenêutica Plural Aberta da Constituição a partir de sua vivência no cotidiano das famílias, sem a necessidade de uma norma positivada para esta legitimação.

Palavras-chave: Hermenêutica plural. Afeto. Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

This work aims to study the plural and open constitutional hermeneutics as a form of legitimation of fundamental rights from affection. The family is the foundation of society and necessary for their development, we realized the need to study the affection, the dimension of human dignity, legitimating of Fundamental Rights. Therefore, if used as research methodology literature review, as well as through qualitative perception of the subject-object, a desk review of legislation on the subject. It concludes that affection is a legitimizing legal value of Hermeneutics Plural Open the Constitution from their experiences in household daily, without the need for a standard positively valued for this legitimacy.

Keywords: plural hermeneutics; affection; dignity of the human person.

1 INTRODUÇÃO

Sabe-se que a célula social se inicia na família. No Brasil, durante quase um século, a união entre homens e mulheres, por causa da estrutura estatal, refletida pela e na sociedade, se dava de maneira geral a partir do casamento. Nele não só o Estado, mas também a Igreja e toda uma sociedade legitimavam a união entre as pessoas.

¹ Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Família na Sociedade Contemporânea da Universidade Católica do Salvador - UCSal.

A família, a partir do casamento, era mais um fator de produção do *pater*, que tinha seus filhos, ainda enquanto crianças, como escravos. Era um fator de produção de filhos, de casamentos, de dotes, enfim que movessem economicamente aquele núcleo familiar.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 (CF/88), que cristalizou as mudanças ocorridas no contexto político, econômico e social, o casamento deixou de ser o único meio de unir as pessoas, de se formar uma família.

O § 3º do art. 226 da Carta Magna afirma que “para 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”. A partir de então, o Código Civil de 2002 (CC/02) tratou de forma específica sobre a união estável, ao contrário do Código Civil de 1916 (CC/16), dedicando um capítulo ao assunto, nos artigos 1.723 ao 1727, corroborando o que já se evidenciava no seio da sociedade.

Destarte, protege-se a vida em comum, a união das pessoas, a formação das famílias sem formalização, o que já acontecia na intersubjetividade do cotidiano, mas que os olhos do Estado e da sociedade ainda não tinham reconhecido.

Contudo, apesar das relações humanas serem de extrema importância para o desenvolvimento da sociedade, Zygmunt Bauman (2004) afirma que as pessoas não se relacionam mais, mas sim conectam-se. A conexão entre as pessoas, para o autor, é mais rápida, veloz e insignificante, pois as pessoas conectam-se mutuamente, o que torna as relações frágeis, bem como a sociedade. Esse é o resultado, portanto, da liquidez que é a modernidade, em que tudo e todos estão inseridos na fluidez social do não compromisso, desde as relações sociais, familiares e trabalhistas.

Entretanto, a família, inserida nesse contexto social, contrapondo Zygmunt Bauman (2004), é uma forma de se relacionar sólida, pois é a partir dela que o indivíduo aprende sobre o contexto social. O que antes foi considerado concubinato e sociedade de fato, na atualidade se considera e se legitima como relação familiar, porque a família não é engessada em relações pré-moldadas, mas sim plural. E essa pluralidade de famílias enseja uma solidez nas relações.

Ainda assim, contrapondo Bauman (2004) não só a união estável é também uma nova forma de entidade familiar, mas, pelo pluralismo familiar existem outras formas de se constituir família, tal qual a união homoafetiva, já reconhecida desde 2011, ou a homoparentalidade, multiparentalidade, poliamor, dentre outras.

Contudo, independente da forma tradicional ou não de família, na contemporaneidade, o afeto é o elemento mais importante nas relações familiares. Este, inclusive, é o objeto do presente trabalho: estudar o afeto como forma de paradigma para as novas relações familiares, plurais, saídas do parâmetro do CC/16, estando, efetivamente com os novos valores da família, plural, diversificada, baseada no afeto.

Deste modo, estas novas formas de se viver as relações familiares são construídas no cotidiano das pessoas, ou seja, no dia-a-dia, independente de estar sob uma imposição legal ou não. É neste sentido que a hermenêutica constitucional, aberta e plural para interpretar e vivenciar as suas relações familiares legitima os direitos fundamentais, principalmente no que tange ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O presente trabalho visa estudar a hermenêutica plural e aberta, seus requisitos, suas formas de atuação, proposta por Peter Häberle (2002) no âmbito do novo paradigma das novas relações familiares, o afeto, como forma de legitimação dos Direitos Fundamentais, especialmente no âmbito da efetivação e eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana.

Para tanto, faz-se necessário uma revisão de literatura acerca dos conceitos de afeto, hermenêutica plural e aberta, proposta por Häberle (2002) e o princípio da dignidade da pessoa humana, dialogando-os entre si. Ademais, utiliza-se, além da revisão de literatura, mediante percepção qualitativa do tema-objeto, uma análise documental da legislação acerca do tema.

2 A HERMENÊUTICA PLURAL E ABERTA

Peter Häberle (2002) em seu livro “Hermenêutica Constitucional” traz a possibilidade de a sociedade estar aberta aos intérpretes da Constituição, o que ele denomina de uma interpretação pluralista e procedimental da Constituição.

Gilmar Mendes, traduzindo a obra, escreveu a sua apresentação e, assim, afirma que “Häberle propugna pela adoção de uma hermenêutica constitucional adequada à sociedade pluralista ou à chamada sociedade aberta [...] assenta que todo aquele que vive a Constituição é seu legítimo intérprete” (2002, p. 09). Ou seja, ao afirmar que a interpretação da Constituição é aberta e plural, significa dizer que todos os indivíduos podem e fazem parte desta interpretação e aplicação da Constituição na vida cotidiana.

Partindo-se desse pressuposto, percebe-se que o processo constitucional torna-se um processo de participação democrática, fazendo, assim, que o Direito se desenvolva no cotidiano das pessoas. No âmbito do Direito de Família isso já acontece no meio social, em que a família já vive, ainda que sem normatização, de acordo com as escolhas que acham melhor para seu sujeito-coletivo (ou seja, família).

Deste modo, para Härbele (2002) tem de se questionar quem são os participantes do desenvolvimento da norma pura e simples, bem como observar que essa hermenêutica aberta e plural, só pode existir em uma sociedade aberta. Questiona-se, portanto, o que é uma sociedade aberta.

Para perceber essa sociedade aberta proposta por Härbele (2002), tem de se partir do pressuposto do Estágio inicial, ou seja, a sociedade fechada. O autor afirma que “se se considera que uma teoria da interpretação constitucional deve encarar seriamente o tema ‘Constituição e realidade constitucional’ – aqui se pensa na exigência de incorporação das ciências sociais [...] -, então há de se perguntar de forma mais decidida, sobre os agentes conformadores da ‘realidade constitucional’” (2002, p.13).

Deste modo, o autor indaga os métodos e meios de se interpretar a Constituição, afirmando que os intérpretes desta Sociedade fechada são os intérpretes jurídicos ou as corporações. Contudo, no âmbito da sociedade aberta, não só as corporações seriam os intérpretes, mas também todas as potências de políticas públicas a este respeito.

Neste sentido, Härbele (2002, p. 13) chega a afirmar que “A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nelas envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte desta sociedade”.

E, assim, ainda chega a afirmar que os “os critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.” (HÄRBELE, 2002, p. 13). Deste modo, há de se questionar o que seria então uma sociedade aberta e plural que pudesse interpretar livremente a Constituição e vivenciá-la em um processo democrático.

O autor não traz nenhuma definição acerca do que seria uma sociedade aberta e plural. Contudo, pode-se entender por aquela em que o povo é atuante, tem uma perspectiva crítica de si mesmo e do contexto em que vive e consegue perceber que só é possível essa liberalidade da interpretação da norma quando ela consegue abarcar as necessidades sociais.

Se o povo está habilitado para interpretar a Constituição, se a atualização dessa última é decorrência dessa interpretação, e se o seu desenvolvimento e respeito observam-se na obediência aos direitos fundamentais, é preciso adotar cautelas com objetivo de garanti-las.

Assim, para o autor, a Corte Constitucional deve interpretar a Constituição em conformidade com as suas atualizações públicas. Se a Jurisdição é inerte, e por isso muitos casos não chegam a ela, a constituição material subsiste sem interpretação por parte do juiz, e, a jurisdição constitucional não é a única via de acesso à interpretação constitucional.

As leis que trazem repercussões mais amplas e profundas na sociedade têm de ser submetidas a um controle constitucional mais rigoroso que outras leis menos “influentes”. O direito processual é parte do processo de participação democrática – mas, ao mesmo tempo não traz uma forma processual possível.

Deste modo, no Brasil um instituto que se utiliza da hermenêutica constitucional aberta é o *amicus curiae* ou amigo da corte. Ou seja, aquele que aparece no processo, intervém, sem ser terceiro interessado no processo, como o caso das associações. O Novo Código de Processo Civil admite o *amicus curiae* em todas as instâncias, não só em grau de Corte Suprema. Esta é uma inovação que pode iniciar, no ordenamento jurídico pátrio, ao embrião da abertura da sociedade brasileira para uma possível interpretação plural da Constituição.

Assim, para Härbele (2002), não há como se procurar nem uma interpretação aberta sem tensões, isso porque o percurso é longo, e para haver a possibilidade de interpretação da Constituição de maneira aberta, é preciso partir do pressuposto da sociedade plural e aberta e pluralizar a sociedade, retirar os paradigmas do tradicionalismo só se consegue através da transformação revolucionária, nem sempre branda.

Entende-se, portanto, que a teoria constitucional aberta e plural não deve ser simplificada e nem entendida como harmonizadora. “Consenso resulta de conflitos e compromissos entre participantes que sustentam diferentes opiniões e defendem os próprios interesses. Direito Constitucional é, assim, um direito de conflito e compromisso” (HÄRBELE, 2002, p. 51).

Neste sentido, no âmbito das novas relações familiares, a passagem da família tradicional para a plural, aberta, vivida dentro de uma sociedade que vivencia a família sem a imposição de uma norma, mas a interpretação dela, também não se dá de maneira simplificada, nem mansa, mas também e, principalmente, com tensões, não só no âmbito das

discussões jurídicas, mas também, e, talvez, principalmente, no âmbito da sociedade para o novo, o diferente,

3 NOVAS FORMAÇÕES FAMILIARES

A família é a base da sociedade e o Direito de Família vem regular a dinâmica que ocorre em dois âmbitos: de dentro da família para a sociedade e da sociedade para a família.

Assim, no primeiro âmbito, dentro da família para as consequências sociais, são as relações intersubjetivas que acabam por formar efeitos patrimoniais, sociais, culturais, como, por exemplo, a separação ou divórcio que ensejam alimentos, estes que visam constituir uma vida saudável aos alimentandos (escola, lazer, vestuário, o que inclui relações contratuais com terceiros).

Já o segundo âmbito, o da dinâmica que se funda na sociedade e influencia a família, se dá pelas relações entre sujeitos de direitos que estão no escopo social e que visam iniciar uma família, fazendo com que a cultura, influencie no relacionamento familiar. Tal dinâmica o direito também regula, pois o intuito de se formar uma família pode ser feito a partir da celebração do casamento ou da união livre, trazendo não só o cunho afetivo, mas também o cunho patrimonial.

Deve-se salientar que tais âmbitos não são constituídos separadamente, mas sim estão intrinsecamente ligados: sociedade e indivíduo. Com essa dinâmica evoluindo e sendo cada vez mais rápida, a Constituição Federal de 1988 tentou acompanhar as relações familiares oriundas da não celebração do casamento. Destarte, com o advento da Constituição Federal de 1988, à família foi dada uma nova roupagem, que já vinha sendo construída ao longo do cotidiano, da vida diária em sociedade, neste caso, em um núcleo familiar.

Esta nova característica já estava sendo moldada ao longo dos anos, pela própria construção dinâmica da vida social. A Carta Magna de 1988, bem como o Código Civil de 2002, só legitimou os atos que já vinham sendo praticados no contexto social. Ocorre que a Legislação só ratifica o fato social e não o contrário.

É desta forma, portanto, que vive o ser humano em suas relações familiares, ocorrendo o que atualmente se chama de pluralismo familiar. E neste contexto se encontra a família composta de uma união de pessoas de mesmo sexo. Tal pluralismo começou com a CF/88, com o § 3º, do art. 226, em que deixou margem para que outras situações, também oriundas

do dinamismo social, pudessem surgir. Advém dos novos contextos sociais, como a família monoparental ou a família homoafetiva.

Atualmente a família não se baseia na constituição do casamento, ou do homem da mulher e filhos, mas pode ser oriunda apenas do pai e filhos, mãe e filhos, irmãos. Pois a entidade familiar não é restrita ao homem e à mulher, mas é abrangente à todos aqueles que participam do seio diário, da convivência diária que é a família, tal cadeia simbólica de sua linhagem, sem, no entanto, restringir-se ao simbolismo construído de preceitos ou preconceitos sociais, mas sim simbolismos construídos a partir de preceitos afetivos.

Apesar de não serem tratadas na legislação, a atual Constituição abriu uma gama de possibilidades quando dispôs acerca da entidade familiar, que se constitui família na constância, não do casamento, mas da vivência diária dos sujeitos.

A família atual é pluralizada e antagônica à matrimonializada, pois não decorre somente do matrimônio, mas também da união estável. A família não é mais patriarcal, mas democrática, pois é regida pelo poder familiar e não pelo pátrio poder, é igualitária, não há hierarquia entre os filhos, a mulher e o marido, mas todos estão presentes de forma igualitária dentro da família. Não é mais heteroparental, ou seja, formada por homem e mulher, mas também é formada e iniciada por pessoas de mesmo sexo. O pluralismo não é só de uma família biológica, mas também sócio-afetiva.

Hironaka (2001)² afirma que não importa como a família é constituída o importante é o indivíduo estar presente nela ou ser oriundo em seus aspectos sociais, culturais e psicológicos da família, com o ensejo de buscar o 'projeto de realização pessoal'. O pluralismo familiar – portanto – ocorre no dia-a-dia do ser humano, não necessitando de uma formalidade certificada pelo Estado ou um molde específico de pai, mãe e filhos para a composição da família, mas sim, o caminho da realização da 'felicidade pessoal'.

Assim sendo, a própria Hironaka (2001)³ assevera que a verdade jurídica foi impregnada pela verdade da vida, fazendo com que tal verdade da vida, ou como Foucault (2009) denominaria de verdade ignorada, fosse legitimada pela verdade jurídica e protegida por ela, pois, para autora, a família traz a chance de realização de construção da felicidade.

² Disponível em:

<https://www.ibdfam.org.br/artigos/14/Fam%C3%ADlia+e+casamento+em+evolu%C3%A7%C3%A3o>.

³ Idem

Tal verdade da vida pode ser perfeitamente associada à verdade ignorada de Foucault (2012), em que ele traz que essa ‘ignorância’ é aquele fato ou fatos ignorados por toda uma sociedade. Nesse sentido, o pluralismo familiar não é algo ignorado do ponto de vista sociológico, pois é vivenciado diariamente pelas pessoas. Todavia, tal convivência diária que se dá pelo afeto e transforma a família de um modelo estático (casamento, pai, mãe e filhos), para um modelo dinâmico em que a família decorre do movimento humano, era ignorado pela Carta Magna de 1967, bem como pelo Código Civil de 1916.

É essa verdade durante séculos ignorada que agora é compreendida também como família que traz a questão do afeto, do dinamismo social e das múltiplas possibilidades de se formar uma família.

Ainda que a verdade ignorada seja o que se busca dentro do contexto familiar: uma família pluralizada, Zygmunt Bauman (2004) se refere aos laços humanos como laços frágeis, fáceis de serem desfeitos, pela liquidez dos tempos líquidos em, segundo o autor, que vivemos. Bauman (2004) chega a afirmar que as pessoas não falam mais em relacionamentos, mas em conexões, ser conectados, fazendo parte de uma rede. Assim, é mais fácil desconectar-se, assim como conectar-se com pessoas, em vez de relacionar-se com elas.

Apesar desse conceito de fluidez e da afirmação que as relações humanas são frágeis, a família e suas consequências, tanto afetivas, sociais, culturas, quanto patrimoniais são sólidas, modificando o meio em que vivemos.

A tal ponto de o que era visto como sociedade de fato, hoje é visto como entidade familiar, o que antes era visto com preconceito (ainda existente), hoje foi legitimado pela jurisprudência e a união homoafetiva é uma realidade social, é uma realidade jurídica e traz consequências tanto no plano fático quanto no plano jurídico, até porque, essa relação fático-jurídica são caminhos bivalentes, um modifica o outro.

A partir de então, a Constituição ampliou o conceito de família, que saiu da esfera unicamente do casamento e foi para a esfera da união estável, família monoparental, dentre outras. Ademais, a família, do ponto de vista biológico existe um grupo natural, em que há uma dupla relação biológica: de um lado, as gerações componentes do grupo, e do outro, aqueles a quem procuram a manutenção dele. Ademais, consoante o autor, “o elemento que funda uma família é o elo psíquico estruturante, dando a cada membro um lugar definido, uma função” (PEREIRA, 2013, p. 28). Neste sentido, afirma ainda que a constituição das famílias

se dá por uma construção cultural, em que se estabelece de uma forma ou de outra, como uma estruturação do sujeito.

No âmbito do concubinato, esta é, como termo de língua latina, a comunhão de leito, ou seja, uma união ilegítima, de apenas cunho de cópula ou coito. Já a união estável é a relação afetivo-amorosa, com o intuito de se formar uma família, não incestuosa, não adúlterina, com estabilidade, durabilidade, publicidade, em que os companheiros podem ou não viverem no mesmo teto. “O concubinato é a relação conjugal na qual existem impedimentos para o casamento” (PEREIRA, 2013, p. 47). É o que impera na união estável o *affectio maritalis*, em que há a fidelidade, a durabilidade, o intuito efetivo de se formar uma família.

As partes ao viverem em união estável podem optar por celebrar um contrato de convivência que rege as relações patrimoniais de Direito de Família. Assim, “o objetivo primordial do contrato de convivência é dispor, para o casal que vive em união estável, de regras diferentes das atinentes ao regime de comunhão parcial de bens, diante das disposições do art. 1725 do CC/02, criando normas próprias e particulares quanto às relações patrimoniais e econômicas dos companheiros” (PEREIRA, 2013, p. 65).

Neste âmbito, observa-se que na atualidade a discursão já não é mais somente se a união estável e o casamento são equiparadas, ou quais as diferenças entre elas, discute-se as relações Homoafetivas como entidade familiar, mesmo que legitimada pelo judiciário, pelo fato de ainda gerar conflitos socialmente e na casa Legislativa, discute-se também a monoparentalidade, multiparentalidade, poliamor, poliafetividade, família caleidoscópica, ou seja, novas demandas das novas conjunturas familiares que já existem na realidade e precisam ser reguladas e protegida na esfera jurídica.

Neste sentido, Pereira (2015)⁴ afirma dispõe que o pensamento para a família deve ser de proteção, tendo em vista seu caráter basilar e estruturante. Isso porque é a família “o núcleo formador e estruturador do sujeito. É ali, e a partir dali, que tudo se inicia. São os núcleos familiares que formam a nação. Pátria é a família amplificada. Mas não estamos mais no tempo da família singular. A família hoje é plural, aberta, fraterna, solidária, menos hierarquizada, menos patrimonializada, mais autêntica e mais verdadeira”.

⁴ Disponível em:

<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1039/Desrespeitar+diferentes+formas++de+fam%C3%ADlia+n%C3%A3o+%C3%A9+cris%C3%A3o+nem+%C3%A9+tico>

É, portanto, uma necessidade perceber, estudar e promover esses novos núcleos familiares, isso porque, estes novos eixos são a formação da pátria e os frutos dessas relações da atualidade, serão aqueles que irão estabelecer suas famílias, e outras tantas novas relações, modificando, no cotidiano, ainda de maneira mais profunda, a família tradicional e o pensamento da sociedade acerca desse modelo de família.

Ainda consoante o autor, os Direitos Humanos e o Direito das Famílias Contemporâneo estão intrinsecamente ligados, isto porque a dignidade da pessoa humana é o grande eã para sua legitimação. Pereira (2015)⁵ chega a afirmar que “é inconcebível que em pleno século XXI, após o desenvolvimento e compreensão das noções de sujeito de direitos e desejos, da dignidade humana, e de Estado laico, alguém ainda queira excluir o próximo da ordem social e jurídica em razão de suas preferências sexuais e formas de constituir família”.

Isto porque o Legislativo, do ponto de vista de determinados partidos, não consegue admitir essas novas relações, sendo, portanto, reflexo do pensamento de uma maioria votante que são representadas por esses parlamentares. Ainda assim, consoante o autor, “[...] pode-se até não gostar, não querer que a família tenha mais liberdade e mais autonomia, mas ninguém tem o direito de excluir e não permitir que as pessoas possam escolher as formas de viver sua conjugalidade e parentalidade” (PEREIRA, 2015⁶).

Neste ponto, percebe-se a abordagem da autonomia privada, discutindo-se até que ponto o indivíduo tem liberdade e autonomia dentro de sua intimidade familiar. Almeida (2008) aborda que o artigo 8º da Convenção Europeia sobre os direitos do homem traz a questão ao respeito pela vida privada e familiar, sem a necessidade da ingerência arbitrária das autoridades na esfera pública. Percebe-se, portanto, que no direito comparado a autonomia privada nas relações familiares é respeitada, podendo o indivíduo formar sua família da maneira que lhe convém e, isso vem permitindo que, em nome da garantia desses direitos, o juiz de Estrasburgo alargue e amplie a efetividade do art. 8º.

A partir do artigo 8º da Convenção Europeia, Almeida (2008) busca a noção de vida familiar, em que afirma que a jurisprudência do tribunal de Estrasburgo já vem decidindo no sentido que o conceito de vida familiar também abrange a noção de matrimônio, ampliando, assim, o conceito supra. Para atribuir o conceito de vida familiar adotou-se a concepção sócio-afetiva, atribuindo-se alguns requisitos; quais sejam: coabitação e dependência financeira.

⁵ Idem

⁶ *Ibidem*

Tais requisitos fizeram com que fosse diluído o conceito de vida familiar e vida privada, atribuindo-se unicamente um conceito de vida privada e familiar. Consoante a autora: “[...], é pelo recurso ao conceito abrangente de "vida privada e familiar que o Tribunal de Estrasburgo tem encontrado proteção, art. 8.º para direitos como o direito a viver num ambiente saudável, o direito à protecção de dados pessoais referentes à saúde, o direito de uma minoria ter um modo de vida tradicional, o direito à identidade, o direito à historicidades pessoal, ou o direito a reaver o corpo de um filho”.

Assim, o princípio da proporcionalidade necessita da ingerência estatal, na margem em que o Tribunal tem de apreciação. Tal ingerência, para o autor, é a protecção das liberdades de terceiro, para, assim, as autonomias privadas não entrem em choque.

A partir desses conceitos abordados, do estudo do art. 8.º e suas peculiaridades, o autor aborda as novas relações familiares com suas peculiaridades, fazendo, portanto, uma evolução histórica da formação e conjuntura dessas novas relações iniciadas na década de 50, em que os redatores do art. 8.º da Convenção Europeia, apesar de instituírem o casamento na vida familiar, deixaram margem para sua interpretação que trouxe novas relações e contextos a serem considerados. Para tanto, o autor faz uma breve caracterização da família europeia e suas mutações sócio-culturais ocorridas na Europa Ocidental na última década.

É importante, portanto, verificar o conceito que Almeida (2008) traz de família de fato no contexto familiar, o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento pela Convenção e sua não discriminação, o estabelecimento da filiação, os direitos dos pais de fato ou naturais e, por fim, a questão da diferença de tratamento entre família de fato, sob o argumento da protecção da família tradicional.

Neste âmbito, Alves (2010) traz algumas reflexões acerca dessa dualidade entre o público e o privado e da legitimação da autonomia privada no Direito de Família. É o que ele denomina de Direito de Família Mínimo.

É necessária essa autonomia, principalmente no tocante do Direito de Família, para que o Estado não entre e nem demonstre a forma de viver das famílias, ou como elas podem se relacionar. É, portanto, difícil de se mensurar até que ponto é positiva ou negativa a intervenção estatal no Direito das Famílias. “Em meio a esse cenário, o grande desafio que se cria é descobrir quando a intervenção do Estado no Direito de Família é positiva e quando ela é negativa. Em outras palavras, há de se indagar: o reconhecimento da autonomia privada nas relações familiares impede a intervenção estatal nesta seara?” (ALVES, 2010, p. 141).

O autor, ainda afirma que “No Direito de Família (Mínimo), o Estado igualmente apenas está autorizado a ingerir no seio familiar em hipóteses excepcionais e extremas, daí por que a expressão cai como uma luva para o mesmo que ora está sendo feito”. (ALVES, 2010, p. 144). Tem de se pensar até que ponto pode ou não o Estado interferir na autonomia familiar. Alves (2010) coloca como limite a essa autonomia os direitos fundamentais, bem como e principalmente, quando há necessidade de interferência estatal quando esses Direitos não estão sendo amparados. Neste momento, o Estado e a Família andam lado a lado em um sistema de cooperação.

Com isto, percebe-se esse sistema cooperativo e esta intervenção necessária, quando Alves (2010, p. 145) afirma que “[...] o Estado somente deve interferir no âmbito familiar para efetivar a promoção dos direitos fundamentais dos seus membros - como a dignidade, a igualdade, a liberdade, a solidariedade”.

É neste sentido, que o Estado estende sua *longa manus* e participa da vida das pessoas, mas sem interferir na escolha de como se quer formular sua família (ao menos que fira os Direitos Fundamentais), mas ainda estando presente enquanto protetor, provedor e assistencialista da sociedade, principalmente da família. “Quando assim atua, o Estado evidencia a sua faceta de Estado protetor-provedor-assistencialista, sendo tal atuação altamente positiva” (ALVES, 2010, p. 146).

Resta claro, portanto, que as novas relações familiares não podem estar amarradas à presença Estatal, mas também deve ter uma proteção no tocante aos Direitos Fundamentais, principalmente aqueles que afetem o livre desenvolvimento da personalidade. Deste modo, apesar de uma intervenção mínima, ainda assim ela existe, principalmente para proteção da dignidade da pessoa humana.

4 O AFETO COMO PARADIGMA DAS NOVAS RELAÇÕES FAMILIARES

O afeto já é há muito discutido como valor jurídico, entretanto é extremamente necessário não só reconhece-lo, como promove-lo dentro do âmbito das relações familiares. Entende-se, o afeto é, portanto, “[...] a pedra de toque desses relacionamentos certamente foi o novo papel conferido à subjetividade, pelo qual se permitiu à pessoa amplas possibilidades de busca pela sua realização, valor que passou a prevalecer sobre outros interesses” (CALDERÓN, 2013. p. 09).

Pelo fato a família ter mudado ao longo dos anos, do *pater* ter perdido o lugar para o poder familiar, ainda que haja a questão patrimonial ligada, de maneira visceral, à família, esta se constitui, precipuamente, pelo afeto. A mulher, hoje emponderada, perdeu o lugar de sujeito-objeto próprio do patriarcado, deixando de estar com o marido apenas pela sobrevivência econômica ou por imposição do núcleo familiar e na atualidade, pelo menos na maioria das relações, inicia uma conjugalidade por questões afetivas (PEREIRA, 2012).

Neste âmbito Calderón (2013; p. 12) é claro ao afirmar que “[...] o Direito deve necessariamente se adequar às mutações da sociedade ao qual está inserido, sob pena de perder sua correção histórico-social [...]”. Assim, as questões pertinentes à mudança do paradigma das novas relações familiares estão presente na evolução da família baseada no afeto. O afeto como um valor jurídico tutelado pelo Estado e presente nas famílias contemporâneas é, justamente, o novo paradigma aplicado às relações diversas das famílias.

Para Calderón (2013, p. 14) “o que merece destaque é que toda essa construção foi edificada sem que tenha havido uma positivação expressa da afetividade na legislação brasileira, o que chama a atenção para o novo momento vivido na metodologia interpretativa do direito civil brasileiro”. Assim, refaz-se a metodologia da eficácia interpretativa dos princípios fundamentais a partir da aplicabilidade do princípio da afetividade, mesmo sem qualquer normatização dele.

Pereira (2012) citado Lôbo (2004) define que estas novas famílias, por se basearem no afeto tem em si a realização pessoal, a felicidade para haver uma nova configuração, alheia ao padrão tradicional. Esta eficácia interpretativa da afetividade é o que Calderón (2013) denomina de nova metodologia do direito civil brasileiro, a partir de uma nova interpretação principiológica.

Pereira (2012) divide o afeto em dois: o conjugal ou parental. É este afeto que enlaça as pessoas, é a liga entre as pessoas dentro do sujeito-coletivo que é a família, por trazer à tona o princípio da solidariedade à tona e perpetuar dentro da família o projeto de realização pessoal dos seus integrantes.

Calderón (2013, p. 17) elucida que essa mudança de paradigma é constante, diária, cotidiana e necessária à entidade familiar, ao afirma que “[...] ainda que as alterações nas formações familiares não se dessem com tanto intensidade e celeridade como ocorre contemporaneamente, tais mutações são constantes nos mais diversos momentos históricos, sendo esta possibilidade de alteração inerente aos próprios agrupamentos humanos”.

O princípio da afetividade está inserido neste contexto de mudança de paradigma, haja vista que “o que ressalta na análise da família é a percepção de que está em movimento constante, amoldando-se de acordo com o contínuo caminhar social. Muito mais do que instituto jurídico, família é realidade em movimento” (CALDERÓN, 2013, p. 20).

Deste modo, percebe-se que o afeto está inserido nas relações familiares, sendo elas conjugal ou parental, contudo, Pereira (2012) questiona se o contrário também é verdadeiro, ou seja, se basta haver afeto para se configurar uma relação familiar. Citando Cláudio Resende de Barros (2002) não é qualquer afeto que se configura uma entidade familiar, pois assim qualquer relação afetiva assim seria considerada, tal qual uma amizade.

Assim, o autor afirma que apesar de o afeto ser a base da família (o que para o presente trabalho pode vir a ser considerada o paradigma para as novas configurações familiares) existem outros elementos definidores do núcleo familiar, tais como: ostensibilidade e estabilidade. Assim, Pereira (2012) *apud* Lôbo (2002) explicita o que “a afetividade é o fundamento e finalidade da família, com desconsideração do ‘móvel econômico’; a estabilidade implica em comunhão de vida e, simultaneamente, exclui relacionamentos casuais, [...], já a ostensibilidade pressupõe uma entidade familiar reconhecida pela sociedade enquanto tal, que assim se apresente publicamente” (PEREIRA, 2012, p. 212).

Deste modo, o afeto, a partir da despatrimonialização da família, tornou-se valor jurídico, ainda que não positivado, mas, constante na jurisprudência pátria. O advento do art. 226, § 8º da família trouxe a família com função, necessitando, para isso o afeto em sua base. Isso porque, como já exposto, a família da contemporaneidade é um lugar de realização pessoal, esta é a sua função máxima, constitucionalizada. Esta função, iniciada pelo afeto, é legitimar a promoção da Dignidade da Pessoa Humana, sendo, portanto, divisor de águas entre a família tradicional e a família contemporânea.

Esta aplicabilidade diária do afeto enquanto legitimador das novas famílias, bem como do princípio da dignidade da pessoa humana é, justamente, a abertura da sociedade para uma interpretação para além dos intérpretes institucionais, ou seja, é pôr em prática a hermenêutica constitucional e aberta no cotidiano familiar. Como Peter Häberle elucida, não há possibilidade de uma interpretação da Constituição de maneira aberta e plural sem uma sociedade que possa efetivar essa abertura se tornando intérprete da Constituição no seu dia-a-dia.

A afetividade como base das relações familiares legitima o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como a própria interpretação da Constituição de 1988 de maneira ampla. Calderón (2012) afirma a necessidade de uma nova metodologia do Direito Civil para a afetividade se fazer presente. Contudo, esta metodologia já existe e é presente no cotidiano das famílias ao se elaborar o afeto como valor jurídico, bem como ao se aplicar no cotidiano sem norma positivada.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho fez um panorama das novas relações familiares, a partir da visão histórica da família tradicional. Percebe-se, portanto, que a família é a base da sociedade e necessária para o seu desenvolvimento.

Contudo, a família patriarcal, patrimonial, estruturante não existe mais dentro do ordenamento jurídico brasileiro, pois esta, na contemporaneidade foi superada por uma família pluralizada, baseada no afeto e na dignidade da pessoa humana como base do seu desenvolvimento.

O afeto é um valor jurídico necessário, inclusive, para o desenvolvimento da personalidade, no âmbito do seio familiar. Nipperdey (2011) traz o livre desenvolvimento da personalidade como forma de legitimação dos Direitos Fundamentais. O princípio da afetividade também o é, pelo fato de fazer parte do livre desenvolvimento da personalidade.

Assim, conclui-se que o afeto como valor jurídico é o paradigma das novas relações familiares, rompendo com o modelo de família tradicional, e, por este motivo, legitima o princípio da dignidade da pessoa humana. Ademais, conclui-se que por já existir nas relações familiares, o afeto também legitima a hermenêutica constitucional aberta e plural proposta por Peter Häberle (2012).

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de família mínimo. A possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 135-222.

BAUMAN, Zygmunt. **O Amor Líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

CALDERÓN, RICARDO LUCAS. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 09-395.

FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVELD, Neslon. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008, 727 p.

_____. **Curso de Direito Civil. Famílias**. 6ª ed. rev. atual. ampl. – Salvador: Juspodivm, 2013, 1094 p.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. 18ª. Ed. São Paulo: Loyola, 2012, 79 p.

HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002, 55 p.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Família e casamento em evolução**. IBDFAM. Belo Horizonte, 21 de out. 2001. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=14>>.

_____. **Sobre peixes e afetos**. IBDFAM. Belo Horizonte, 22 abr. 2007. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/286>.

NIPPERDEY, Hans Carl. **Livre desenvolvimento da personalidade**. Trad. Luís Afonso Heck. In: DÜRIG, Gunter et al. **Direitos fundamentais e direito privado. Textos clássicos**. Luís Afonso Heck (org./revisor). Porto Alegre: Sergio Fabris, 2011, p. 71-90.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Desrespeitar diferentes formas de família não é cristão nem ético**. IBDFAM. Belo Horizonte, 08 jun. 2015. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1039/Desrespeitar+diferentes+formas++de+fam%C3%ADlia+n%C3%A3o+%C3%A9+crist%C3%A3o+nem+%C3%A9+tico>.

_____. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 113-253.