

A ABERTURA DO CONCEITO DE FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO: DA FAMÍLIA MATRIMONIALIZADA À PROTEÇÃO DOS ARRANJOS FAMILIARES PLURAIS

Marcela Rodrigues Souza Figueiredo - Mestranda em Ciências Sociais e Jurídicas do
Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal
Fluminense – PPGSD/UFF - marcelafigg@hotmail.com

Fabiana Alves Mascarenhas - Mestranda em Ciências Sociais e Jurídicas do Programa
de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense –
PPGSD/UFF - famascarenhas@live.com

RESUMO:

O presente trabalho visa fazer uma análise da passagem do modelo tradicional de família, baseada no casamento, com conotação patrimonial e na proeminência da figura do homem (pai), para uma nova compreensão de família, baseada na afetividade, de onde surgem novas representações sociais familiares. Para tanto, analisar-se-á a evolução histórica do conceito de família, impulsionada por fatores sociais, e como essa mudança conceitual vem sendo tratada pelo Direito Brasileiro, partindo-se assim da inter-relação entre Direito e Sociedade, uma vez que o Direito está em constante e eterno diálogo com o meio social, seu tempo e seu espaço.

PALAVRAS CHAVE: família; direito de família; evolução.

ABSTRACT:

The present study aims to analyze the passage from the traditional model of family, based on marriage, with patrimonial connotation and the prominence of the man's figure (father), to a renewed understanding of family, based on affection, from which emerge new social representations of the family. For this purpose, will examine the

historical evolution of the family concepts, driven by social factors, and how this conceptual change has been treated by Brazilian laws, starting from the inter-relationship between law and society, because law is in constant and eternal dialogue with the social environment, their time and space.

KEY WORDS: family; family law; evolution.

INTRODUÇÃO - UM NOVO DESENHO PARA AS RELAÇÕES FAMILIARES:

O conceito de família é uma construção social, cultural e histórica, sendo que

(...) em cada sociedade, a partir dos mais diversificados valores, a família assume diferentes funções, influenciada pelas circunstâncias do tempo e do lugar. Isto implica reconhecer ao fenômeno familiar um permanente processo de mudança, evolução.¹

Tal conceito está intimamente ligado à sociedade de uma dada época e espaço, servindo a família de instrumento para variados fins, de acordo com um específico momento histórico. Assim,

(...) No Direito de Família, o tradicional modelo familiar que instrumentalizava as relações sociais enquanto instituição erigida sobre o matrimônio, o patrimônio e o pátrio poder dá lugar à família nuclear, com foco sobre os sujeitos que nela encontram afetivamente envolvidos. Assim, não seria exagero afirmar que ‘a família era uma realidade moral e social, mais do que sentimental.’²

No conceito tradicional de família, a mesma só seria reconhecida juridicamente se baseada no casamento civil. O casamento, por sua vez, servia para fins patrimonialistas, e não para a realização dos sujeitos enquanto pessoas. Qualquer outro arranjo familiar não tinha proteção legal. Era a proteção da família pela família (família-instituição).

No entanto, no mundo dos fatos, as pessoas mantinham relações amorosas e constituíam entidades familiares à margem da lei, sem qualquer tipo de tutela pelo Estado. Novas configurações familiares foram surgindo por conta da revolução

¹ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

² FACHIN, Luiz Edson. Famílias: entre o Público e o Privado. Problematizando Espacialidades à Luz da Fenomenologia Paralela. in Revista de Direito das Famílias e Sucessões. v. 23 Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2007 Bimestral

industrial, com a inclusão da mulher no mercado de trabalho e a invenção de métodos contraceptivos, o que fez com que o homem deixasse de ser o centro e a única fonte de subsistência da família, tornando a mulher mais independente das amarras da ditadura do casamento.

Por outro lado, a migração da família para as cidades fez com que seus membros vivessem em espaços menores, levando, conseqüentemente, à aproximação entre eles, e à valorização do afeto, necessário para a manutenção de relações harmônicas. Da mesma forma, quando se superou a ideia de família tradicional, na qual a sexualidade era aceita, encarada e incentivada para fins reprodutivos, abriu-se terreno para separação entre sexualidade e reprodução, o que permitiu a configuração e a aceitação de arranjos familiares homoafetivos. Daí,

(...) A sexualidade, que costumava ser definida tão estritamente em relação ao casamento e à legitimidade, agora pouca conexão tem com eles. Deveríamos ver a crescente aceitação da homossexualidade não apenas como um tributo à tolerância liberal. Ela é um resultado lógico da separação entre sexualidade e reprodução.”³

Diante de todas essas mudanças, surge então a ideia de família como lugar privilegiado para a autodeterminação de seus membros, de forma que a família só receberia proteção do Estado na medida em que servisse de instrumento para a proteção das pessoas que dela fazem parte. O conceito de família-instituição assim é substituída pela ideia de 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 proteção pelo Estado.”⁴

Antes de qualquer análise, é preciso considerar as intensas evoluções acerca do desenho das estruturas familiares através dos tempos, estas não obedecendo mais aos padrões da família hierarquizada, devido às mudanças nos papéis sociais de homens e mulheres, à mudança da concepção de pátrio poder para poder familiar, onde tal poder se torna efetivamente compartilhado entre pais e mães, o advento da guarda compartilhada, a expansão do divórcio e as novas formas de arranjos familiares e uniões conjugais.

³ GIDDENS, Anthony. Mundo em descontrolado. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Record, 2007. p. 66.

⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 39

A CONSTITUIÇÃO DE 1988 COMO MARCO REVOLUCIONÁRIO DO DIREITO DE FAMÍLIA

O grande marco revolucionário do direito de família, no Brasil, foi, sem sombra de dúvidas, a Constituição Federal de 1988, extrapolando o clamor social por um tratamento humanístico e igualitário para os limites das relações de família, oxigenando-as, além de proporcionar uma expressiva valorização de seus entes.

Assim, o que se vê atualmente, no cenário jurídico brasileiro, é uma ampliação do conceito de família, principalmente, a partir do advento da Carta Constitucional de 1988, mais notadamente em seu artigo 226, a qual albergou

(...) no plano jurídico a marcante realidade sociológica das uniões informais largamente instituída no mundo dos fatos, e paulatinamente protegidas pela decisiva e histórica contribuição da jurisprudência.⁵

Através deste novo escopo de relações, tornam-se necessários cada vez mais acordos e flexibilizações entre os membros da família, com a inevitável transição de um modelo de relações preso à normatização para uma parceria que naturalmente impõe o protagonismo dos sujeitos. Nesta esteira, segundo Malvina Muszkat (2008, p.36):

(...) A passagem de um sistema de organização de família normatizado e hierárquico para um sistema de vínculos mais igualitários marca um passo em direção à democratização da família, contribuindo para a promoção da igualdade de direitos e responsabilidades.

Diante de tantas transformações decorrentes das modificações dos núcleos familiares, caminha-se, cada vez mais, para estruturas baseadas no sentimento e na afeição mútuos, vistas de modo a promover a satisfação pessoal de seus indivíduos, e não como mera formalização de padrões, que refletem uma visão patrimonialista e ultrapassada.

Para esta nova tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo, deu-se a nomenclatura de família eudemonista, assim sendo, aquela que busca a felicidade individual, promovendo um processo de emancipação de seus membros. Maria Berenice Dias (2010, p.45) relata que:

⁵ MADALENO, Rolf. Curso de Direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 28

(...) Cada vez mais se reconhece que é no âmbito das relações afetivas que se estrutura a personalidade da pessoa. É a afetividade, e não a vontade, o elemento constitutivo dos vínculos interpessoais: o afeto entre as pessoas organiza e orienta o seu desenvolvimento. A busca da felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade ensejam o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de desenvolvimento da família e de preservação da vida. Esse, dos novos vértices sociais, é o mais inovador. Surgiu um nome para essa nova tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo: família eudemonista.

O afeto, no tocante ao escopo dessa nova família, não pode ser entendido como aquele presente no modelo de família romano, presumido e condicionado à situação jurídica do casamento. Ao contrário, hoje se traduz como valor sócio-afetivo base de uma sociedade conjugal, proveniente do matrimônio ou não, pois como preleciona Paulo Luiz Netto Lobo (2005, p.47):

(...) a afetividade, sob o ponto de vista jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, este de ocorrência real necessária. A afetividade é o princípio jurídico que peculiariza, no âmbito da família, o princípio da solidariedade.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, inovou à época de sua promulgação, quando reconheceu, além do casamento civil, a união estável e a família monoparental como entidades familiares. Também revolucionou quando consagrou a igualdade entre homens e mulheres e a igualdade no tratamento jurídico da filiação, até então cheia de preconceitos.

O Código Civil de 2002 também reproduziu o entendimento da Constituição, através da qual se ampara o Direito de Família Brasileiro.

O artigo da Constituição Federal em comento assim reconheceu para além do casamento civil, outros arranjos familiares com idêntico direito à proteção estatal. No entanto, a doutrina e a jurisprudência têm defendido a não taxatividade do rol constitucional, através de uma leitura axiológica da constituição que tem entre seus princípios a dignidade da pessoa humana, conforme art. 1º, III, permitindo-se o reconhecimento de outros arranjos familiares que merecem a mesma proteção estatal, uma vez que a exclusão destas entidades familiares “refletiria nas pessoas que as

integram por opção ou por circunstâncias da vida, comprometendo a realização do princípio da dignidade humana.”⁶

Muitas foram as mudanças por que passou a sociedade mundial, principalmente na esfera das relações familiares e como elas se constituem. O amor e o prazer sexual passaram a ser as razões pelas quais as pessoas se relacionavam e constituíam famílias, ou seja, as pessoas começaram a se unir com a finalidade de realizarem-se afetiva e sexualmente, de sorte que o aumento no número de separações deveria ser analisado sob uma perspectiva menos conservadora, se se considerar a busca da felicidade como sua motivação. De acordo com a psicanalista Regina Navarro Lins,

(...) As separações só começaram a acontecer quando o amor entrou no casamento (a partir do século XIX). Antes, enquanto o homem fizesse seu papel de provedor e bom pai de família e a mulher fosse considerada boa esposa e boa mãe, o casamento se mantinha. (...) Hoje as pessoas buscam o casamento para a realização afetiva e prazer sexual, como essas pessoas mudam ao longo da vida, é natural que procurem novos parceiros que se ajustem aos novos interesses ⁷.

Da mesma forma, o advento da pílula anticoncepcional quebra com o modelo patriarcal a partir do momento em que coloca nas mãos das mulheres a decisão sobre suas escolhas relacionadas à natalidade e tira do casamento seu cunho meramente reprodutivo. Assim, com a dissociação da sexualidade da procriação, abre-se espaço para a aceitação de relacionamentos homoafetivos, motivada também pela exaustão de modelo patriarcal.

No mundo dos fatos, independentemente dos arranjos familiares até então reconhecidos e protegidos pela Lei, as pessoas relacionavam-se nas mais diversas formas de família, na busca da satisfação pessoal e da felicidade.

A sociedade começou, através da provocação do Poder Judiciário, a exigir tutela a esses novos arranjos familiares que surgiam na pós-modernidade. No Brasil, apesar da Constituição ter reconhecido como entidade familiar, além daquela surgida do

⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 53, 1 jan. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2552>>. Acesso em: 7 jul. 2012.

⁷ Livre escolha redesenha relacionamento do futuro. Boletim IBDFAM. N.º 75. Ano 12. Julho/agosto de 2012.

casamento civil, a União Estável e a Família Monoparental, não se poderia deixar sem proteção à pluralidade familiar que se descortinava para quem quisesse ver.

O movimento de constitucionalização do direito civil permitiu uma releitura de todo ordenamento a partir de uma interpretação axiológica da constituição, tendo como norte hermenêutico basilar o princípio da dignidade da pessoa humana. Essa nova perspectiva hermenêutica, que permitiu a prevalência dos interesses existenciais sobre os patrimoniais, fez com que vários institutos jurídicos fossem instrumentalizados, ou seja, servissem de instrumento para a promoção da dignidade das pessoas. Daí surge o conceito de família-instrumento, um conceito de família ligado à ideia de que a mesma deve ser protegida na medida em que serve de instrumento de realização pessoal, um espaço privilegiado onde seus membros possam se desenvolver e se autodeterminar como indivíduos. Assim, assevera Tepedino⁸ que

(...) a admissão crescente de novas entidades familiares autônomas em relação à formação familiar construída em torno do casamento configura exemplo eloquente da constitucionalização do Direito Civil, na medida em que demonstra a perspectiva instrumental da família como formação social dirigida à plena realização da pessoa; confere-se assim, maior efetividade à cláusula geral de tutela da dignidade humana, consagrada pela Constituição de 1988. A atribuição à autonomia existencial do indivíduo da escolha do próprio modelo familiar representa a releitura do Código Civil à luz dos princípios constitucionais.

Neste sentido, a dignidade da pessoa também se liga à possibilidade de escolhas que se pode fazer no interato de ser feliz, sem, contudo, ofender direito alheio. É a chamada autonomia de vontade, que não significa apenas capacidade de estabelecer acordos eminentes judiciais, mas exercício pleno da liberdade⁹, principalmente no âmbito das relações familiares, quando o Direito tutela escolhas existenciais traduzidas na liberdade de formação de vínculos familiares diversos.

Por estas razões, balizadas doutrina e Jurisprudência dos nossos tribunais superiores, conforme será exposto, afirmam que o rol do art. 226 da Constituição Federal não é taxativo, mas apenas exemplificativo, abarcando outras entidades familiares, além daquelas previstas (casamento civil, união estável e família

⁸ Famílias e Constituição. Boletim IBDFAM. N.º 75. Ano 12. Julho/agosto de 2012.

⁹ MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 88.

monoparental). Nas palavras de Farias e Resenvald¹⁰, “Trata-se, em verdade, de problema hermenêutico, uma vez que a interpretação sistemática e teleológica dos preceitos constitucionais conduz, com mão segura, à ideia da inclusão de outros modelos familiares”. Da mesma forma, assevera Rodrigo da Cunha Pereira¹¹, segundo o qual

(...) Alguns doutrinadores defendem que o art. 226 da Constituição é uma ‘norma de clausura’, na medida em que ela elenca as entidades familiares que são objeto de proteção do Estado. Não se figura adequada tal argumentação, pois várias outras entidades familiares existem além daquelas ali previstas, e independentemente do Direito. A vida como ela é vem antes da lei jurídica. Jacques Lacan, 1938, demonstrou em seu texto *A família* (publicado no Brasil com o nome *Complexos Familiares*), a dissociação entre família como fato da natureza e como um fato cultural, concluindo por essa última vertente. Ela não se constitui apenas de pai, mãe e filho, mas é antes uma estruturação psíquica em que cada um dos seus membros ocupa um lugar, uma função, sem estarem necessariamente ligados biologicamente. Desfez-se a ideia de que a família se constituiu, unicamente para fins de reprodução e de legitimidade para o livre exercício da sexualidade.

(...)

É, portanto, da Constituição da República que se extrai o sustentáculo para a aplicabilidade do princípio da pluralidade de família, uma vez que, em seu preâmbulo, além de instituir o Estado Democrático de Direito, estabelece que deve ser assegurado o exercício dos direitos sociais e individuais, bem como a liberdade, o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos da sociedade. Sobretudo da liberdade e da igualdade, sustentadas pelo macrop princípio da dignidade, é que se extrai a aceitação da família plural, que vai além daquelas previstas constitucionalmente e, principalmente, diante da falta de previsão legal.

Assim, a própria constituição, em seu art. 1º, III, consagra a dignidade da pessoa como princípio fundamental da República da onde se conclui que todo o normativo constitucional deve a ele se conformar, contextualizada no seu preâmbulo que diz que o Estado Democrático se destina a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, o bem estar, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma

¹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2ª Ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 40.

¹¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família**. 1. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 165-168 *apud* VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti; MARTA, Tais Nader. Direito Fundamental à Família e à Legitimação de suas Espécies Materiais. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. v. 22 (jun/jul. 2011). Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte:IBDFAM, 2007. p. 16.

sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Afastar da tutela estatal outros arranjos familiares é retirar da pessoa dos seus membros a proteção de sua dignidade e o direito de ser feliz de acordo com suas próprias escolhas. É atentar contra a própria Constituição e contra o próprio Estado democrático, pluralista, sem preconceitos e igualitário, que se pretendeu instituir com sua promulgação.

Resta agora saber quais os arranjos familiares que têm recebido tutela jurídica para além do rol do art. 226 da Constituição Federal que indica a abertura do conceito de família no Direito Brasileiro. Para tanto, serão analisados os entendimentos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, além de algumas inovações legislativas e práticas cartorárias.

REQUISITOS IDENTIFICADORES DA FAMÍLIA

Inicialmente, para a identificação de uma entidade familiar, necessário a presença de elementos previstos no art. 1.723 do Código Civil, como convivência pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituição de família. Mas para denominarmos um agrupamento de pessoas como família, precisamos de um “toque identificador”, que está na afetividade existente entre seus membros. De acordo com Maria Berenice Dias,

(...) Faz-se necessário ter uma visão pluralista da família, abrigando os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar a identificação do elemento que permita enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação. O desafio dos dias de hoje é achar o toque identificador das estruturas interpessoais que permita nominá-las como família. Esse referencial só pode ser identificado na afetividade. É o envolvimento emocional que leva a subtrair um relacionamento do âmbito do direito obrigacional- cujo núcleo é a vontade – para inseri-lo no direito das famílias, que tem como elemento estruturante o sentimento de amor que funde as almas e confunde patrimônios, gera responsabilidades e comprometimentos mútuos.¹²

¹² DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 39.

Vecchiatti e Marta¹³ informam que Paulo Lôbo, em seu livro “Direito Civil: Famílias”, analisou os dados da Pesquisa Nacional de Amostragem de Domicílios (PNAD) realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e verificou que esta pesquisa apurou a existência das seguintes entidades familiares: (i) homem e mulher casados e com filhos biológicos”; (ii) homem e mulher casados, com filhos biológicos e não biológicos, ou só com filhos não biológicos; (iii) homem e mulher não casados, mas com filhos biológicos (união estável); (iv) homem e mulher não casados, com filhos biológicos ou não biológicos, ou só com filhos não biológicos (união estável); pai ou mãe com filhos biológicos (família monoparental); (v) pai ou mãe, e filhos biológicos ou não biológicos, ou só com filhos não biológicos (família monoparental); (vi) união de parentes e pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe que a chefie (grupos de irmãos, avós com netos ou tios com sobrinhos); (vii) pessoas sem laços de parentesco que passam a conviver em caráter permanente, com laços de afetividade e de ajuda mútua, sem finalidade sexual ou econômica; (viii) uniões homoafetivas; (ix) comunidade afetiva formada com “filhos de criação”, segundo generosa tradição solidária brasileira, incluindo as famílias recompostas (possuidoras de padrastos/madrastas com os respectivos enteados), além dos casos de posse do estado de filiação.

Assim, concluiu o autor, após análise dos referidos dados que as entidades familiares possuíam as seguintes características comuns:

(...) (i) afetividade, como fundamento e finalidade da entidade, com desconsideração do intuito econômico e escopo indiscutível de constituição de uma família; (ii) a estabilidade, o que exclui relacionamentos casuais, episódicos ou descompromissados, sem comunhão de vida; e (iii) a convivência pública e ostensiva, o que pressupõe uma unidade familiar que assim se apresenta publicamente.¹⁴

Assim, conclui-se que para identificarmos uma entidade familiar e a diferenciarmos das relações de amizade, camaradagem entre pessoas que participam de um mesmo grupo, seja religioso, político ou social, ou namoro, é necessário que o afeto que liga

¹³VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti; MARTA, Tais Nader. Direito Fundamental à Família e à Legitimação de suas Espécies Materiais. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. v. 22 (jun/jul. 2011). Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte:IBDFAM, 2007. p. 10.

¹⁴ *Ibidem*. p. 10.

seus membros exista numa relação pública, contínua e duradoura e com a finalidade de comunhão plena de vida e interesses.

1.1 A FAMÍLIA HOMOAFETIVA

Há muito a doutrina e a jurisprudência vinham concedendo direitos e obrigações análogos às uniões estáveis aos casais homoafetivos, desde que apresentassem os mesmos requisitos identificadores do art. 1.723, do Código Civil, através de uma leitura axiológica e sistemática da constituição, com aplicação do princípio da dignidade da pessoa. Mas nem todos os juízes faziam esse trabalho hermenêutico, e muitos casais ficavam sem tutela estatal e injustiças eram praticadas, principalmente quando um dos consortes falecia, ficando para a família, que não raras vezes rejeitara em vida o *de cujos*, todo patrimônio construído em comunhão plena de vida com o companheiro sobrevivente.

Apesar da jurisprudência recalcitrante, em 2010, foi editada Portaria 513/2010 assinada pelo então ministro da Previdência Social, Carlos Gabas, com base no parecer da Advocacia Geral da União (AGU), determinado que o INSS adotasse as providências necessárias para que a legislação previdenciária abrangesse o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, concedendo benefícios previdenciários aos casais homoafetivos.

Mas essa situação mudou quando o STF, em 05 de maio de 2011, em decisão histórica, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, julgou procedente as ações, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, para dar ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição, nos termos da ementa do acórdão a seguir transcrita na íntegra:

(...) Ementa: 1. 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. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2.

PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUACIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal locus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano

dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub iudice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “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”.

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer

significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

Tal decisão abriu caminho para que os casais homoafetivos pudessem casar civilmente, independentemente de previsão legislativa, uma vez que, se tinham os mesmos direitos e obrigações análogos aos casais heterossexuais que viviam em união estável, poderiam, conforme art. 1.726 do Código Civil, converter a união em casamento, bastando para tanto, que fizessem pedido ao juiz. Assim entendeu o STJ, extrapolando o que decidiu o STF, em decisão de 25 de outubro de 2011, no julgamento do Recurso Especial n.º 1.183.378 – RS, ser possível o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, uma vez que os artigos 1.514, 1.521, 1.523, 1535 e 1.565 do Código Civil não continham vedação expressa a que se habilitassem para o casamento pessoas do mesmo sexo, concluindo a ementa do acórdão que

(...) se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, se sendo múltiplos os arranjos familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas dos seus membros e o afeto.

De qualquer forma, apesar do entendimento do STJ a permitir o casamento civil de pessoas do mesmo sexo, tal decisão não tem efeito vinculante e os cartórios não estão obrigados a habilitar casais homoafetivos para o casamento assim como os juízes não estão a ela vinculados.

1.2 A FAMÍLIA ANAPARENTAL

Entende-se por família anaparental “a convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade de propósito”¹⁵, sem a existência de conotação de ordem sexual. Assim, tal arranjo familiar configura-se pela horizontalidade das relações, pois não existe a figura do “pai”, pela qual se caracteriza as relações ditas verticais, de forma que não seria a verticalidade uma

¹⁵ DIAS, op. cit. p. 44.

característica imprescindível de uma entidade conceituada como família, mas o afeto e o ânimo de constituição de família entre os seus membros.

O STJ, em recente julgado de 19 de junho de 2012, reconheceu direitos à família anaparental, quando possibilitou que dois irmãos pudessem adotar conjuntamente, concluindo assim a ementa do acórdão que

(...) O primado da família socioafetiva tem que romper os ainda existentes liames que atrelam o grupo familiar a uma diversidade de gênero e fins reprodutivos, não em um processo de extrusão, mas sim de evolução, onde as novas situações se acomodam ao lado de tantas outras, já existentes, como possibilidades de grupos familiares. **O fim expressamente assentado pelo texto legal - colocação do adotando em família estável - foi plenamente cumprido, pois os irmãos, que viveram sob o mesmo teto, até o óbito de um deles, agiam como família que eram**, tanto entre si, como para o então infante, e naquele grupo familiar o adotado se deparou com relações de afeto, construiu - nos limites de suas possibilidades - seus valores sociais, teve amparo nas horas de necessidade físicas e emocionais, em suma, encontrou naqueles que o adotaram, a referência necessária para crescer, desenvolver-se e inserir-se no grupo social que hoje faz parte. **Nessa senda, a chamada família anaparental - sem a presença de um ascendente -, quando constatado os vínculos subjetivos que remetem à família, merece o reconhecimento e igual status daqueles grupos familiares descritos no art. 42, §2, do ECA.**¹⁶ (Grifos nossos)

1.3 A FAMÍLIA RECOMPOSTA

Entende-se por família recomposta aquela que é constituída a partir da união com outra pessoa que tem filhos de uma união anterior. As relações familiares assim são constituídas levando em consideração os vínculos socioafetivos que dali surgem entre os padrastos e madrastas e seus enteados.

Noticia-nos o site do IBDFAM¹⁷ que a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba garantiu a madrasta a guarda unilateral, com direito de visitação, do filho de seu ex-marido, com quem criou vínculos muitos fortes de afeto, sendo que manifesta nos autos a vontade da criança em ficar com a ex-mulher de seu pai após a separação.

¹⁶ Resp n.º 1.217.415 - RS

¹⁷ **Madrasta consegue guarda de enteado.** Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/novosite/imprensa/noticias-do-ibdfam/detalhe/4849>. Acesso em 21 ago 2012

No campo legislativo, a Lei n.º 11.924 de 2009 alterou o art. 57 da Lei 6.015/73 para autorizar o enteado ou a enteada a adotar o nome de família do padrasto ou madrasta, em evidente reconhecimento dos vínculos socioafetivos que se estabelecem entre essas pessoas.

1.5 A FAMÍLIA PARALELA

O Direito Civil brasileiro no art. 1.566 prevê a fidelidade como um dos deveres do casamento, não podendo constituir matrimônio as pessoas casadas, nos termos do art. 1.521, inciso IV. O mesmo impedimento acontece na união estável, de acordo com o art. 1.723, § 1º, o que demonstra ser da nossa cultura relações monogâmicas. Assim, regra geral, não se admite a possibilidade de efeitos jurídicos às relações paralelas a um casamento válido ou a união estável, a não ser nos casos de casamento putativo, dos quais os efeitos jurídicos ao cônjuge de boa-fé se estendem ao companheiro por analogia. O caso aqui é outro. É a possibilidade de reconhecimento jurídico do próprio concubinato, dando ao cúmplice do consorte direitos patrimoniais e previdenciários. No entanto,

(...) Tem sido cada vez mais frequente deparar com decisões judiciais reconhecendo direitos às uniões paralelas ao casamento ou correlata a outra união afetiva, perfilhando todos os direitos pertinentes ao casamento, como se fosse possível manter dois casamentos em tempo integral, para conferir com sua ruptura a divisão do patrimônio conjugal entre três pessoas (triação), à razão de um terço dos bens para cada partícipe estável triângulo amoroso, além de ordenar a divisão da previdência social entre a esposa e companheira, ou ordenar o duplo pagamento da pensão alimentícia.¹⁸

Nesta nova tendência de arranjos familiares, foi recentemente noticiado que foi lavrado escritura pública reconhecendo união poliafetiva constituída de um homem e duas mulheres. A matéria foi assim noticiada em 21 de agosto de 2012 no site do IBDFAM¹⁹:

(...) Foi divulgada essa semana uma Escritura Pública de União Poliafetiva que, de acordo com a tabeliã de notas e protestos da cidade de Tupã, interior de São Paulo, Cláudia do Nascimento Domingues, pode ser considerada a primeira que trata sobre uniões poliafetivas no Brasil. Ela, tabeliã responsável pelo caso, explica que os três

¹⁸ MADALENO, op. cit. p. 16

¹⁹ **Escritura reconhece união afetiva a três.** Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/novosite/imprensa/noticias-do-ibdfam/detalhe/4862>. Acesso em 23 ago 2012.

indivíduos: duas mulheres e um homem, viviam em união estável e desejavam declarar essa situação publicamente para a garantia de seus direitos. Os três procuraram diversos tabeliães que se recusaram a lavrar a declaração de convivência pública. “Quando eles entraram em contato comigo, eu fui averiguar se existia algum impedimento legal e verifiquei que não havia. Eu não poderia me recusar a lavrar a declaração. O tabelião tem a função pública de dar garantia jurídica ao conhecimento de fato”, afirma.

Ela conta também que se sentiu bastante a vontade para tornar pública essa união envolvendo três pessoas, já que havia um desejo comum entre as partes, se tratava de pessoas capazes, sem envolvimento de nenhum menor e sem litígio. “Internamente não havia dúvida de que as três pessoas consideravam viver como entidade familiar e desejavam garantir alguns direitos. Minha dúvida é com as questões externas à relação. Não há legislação que trate sobre o assunto. A aceitação envolve a maturação do direito. Nesse caso, foi preciso atribuir o direito a partir de um fato concreto. Será que haverá algum questionamento?” reflete.

De qualquer sorte, o STJ não tem admitido o reconhecimento de uniões paralelas, conforme se observa em decisão recente de 18 de maio de 2010, cuja ementa se transcreve:

(...) Direito civil. Família. Paralelismo de uniões afetivas. Recurso especial. Ações de reconhecimento de uniões estáveis concomitantes. Casamento válido dissolvido. Peculiaridades.

- Sob a tónica dos arts. 1.723 e 1.724 do CC/02, para a configuração da união estável como entidade familiar, devem estar presentes, na relação afetiva, os seguintes requisitos: (i) dualidade de sexos; (ii) publicidade; (iii) continuidade; (iv) durabilidade; (v) objetivo de constituição de família; (vi) ausência de impedimentos para o casamento, ressalvadas as hipóteses de separação de fato ou judicial; (vii) observância dos deveres de lealdade, respeito e assistência, bem como de guarda, sustento e educação dos filhos.

- A análise dos requisitos ínsitos à união estável deve centrar-se na conjunção de fatores presente em cada hipótese, como a affectio societatis familiar, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a continuidade da união, a fidelidade, entre outros.

- A despeito do reconhecimento – na dicção do acórdão recorrido – da “união estável” entre o falecido e sua ex-mulher, em concomitância com união estável preexistente, por ele mantida com a recorrente, certo é que já havia se operado – entre os ex-cônjuges – a dissolução do casamento válido pelo divórcio, nos termos do art. 1.571, § 1º, do CC/02, rompendo-se, em definitivo, os laços matrimoniais outrora existentes entre ambos. A continuidade da relação, sob a roupagem de união estável, não se enquadra nos moldes da norma civil vigente – art. 1.724 do CC/02 –, porquanto esse relacionamento encontra obstáculo intransponível no dever de lealdade a ser observado entre os companheiros.

- O dever de lealdade “implica franqueza, consideração, sinceridade, informação e, sem dúvida, fidelidade. Numa relação afetiva entre homem e mulher, necessariamente monogâmica, constitutiva de

família, além de um dever jurídico, a fidelidade é requisito natural” (Veloso, Zeno apud Ponzoni, Laura de Toledo. Famílias simultâneas: união estável e concubinato. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=461>. Acesso em abril de 2010).

- Uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade – que integra o conceito de lealdade – para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descuidar que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade.

- As uniões afetivas plúrimas, múltiplas, simultâneas e paralelas têm ornado o cenário fático dos processos de família, com os mais inusitados arranjos, entre eles, aqueles em que um sujeito direciona seu afeto para um, dois, ou mais outros sujeitos, formando núcleos distintos e concomitantes, muitas vezes colidentes em seus interesses.

- Ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade.

- Emprestar aos novos arranjos familiares, de uma forma linear, os efeitos jurídicos inerentes à união estável, implicaria julgar contra o que dispõe a lei; isso porque o art. 1.727 do CC/02 regulou, em sua esfera de abrangência, as relações afetivas não eventuais em que se fazem presentes impedimentos para casar, de forma que só podem constituir concubinato os relacionamentos paralelos a casamento ou união estável pré e coexistente. Recurso especial provido. (Grifos nosso)²⁰

CONSIDERAÇÕES FINAIS:

A partir da análise da doutrina e jurisprudência pátrias, observou-se que efetivamente houve uma ampliação do conceito de família, que não se limitou à enumeração das entidades familiares previstas na Constituição Federal de 1988, que, de toda sorte, já evidenciava um grande salto paradigmático no Direito de Família. A maioria dos doutrinadores estudados defende a não taxatividade do rol de entidades familiares do art. 226 da Constituição. Este mesmo entendimento foi observado na jurisprudência dos nossos Tribunais Superiores, principalmente nos últimos julgados emblemáticos referentes ao reconhecimento de uniões homoafetivas pelo Supremo

²⁰ Recurso Especial n.º 1.157.273 - RN

Tribunal Federal, e a possibilidade de conversão da união homoafetiva em casamento civil pelo Superior Tribunal de Justiça. Também foram analisados julgados que reconheciam uniões simultâneas, a possibilidade de união estável putativa, e a já balizada paternidade socioafetiva a criar vínculos familiares para além dos vínculos biológicos.

REFERÊNCIAS:

BRITO, Rodrigo Toscano de. Conceito atual de família e suas repercussões patrimoniais. In *Direito das Famílias*. DIAS, Maria Berenice (org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010.

FACHIN, Luiz Edson. Famílias: entre o Público e o Privado. Problematizando Espacialidades à Luz da Fenomenologia Paralática. in *Revista de Direito das Famílias e Sucessões*. v. 23 Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2007 Bimestral

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

FIGUEIREDO, Luciano, L. Monogamia: Princípio Jurídico? in *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. v. 23 (ago/set.2011). Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte:IBDFAM, 2007.

GIDDENS, Anthony. Mundo em descontrolado. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Record, 2007

GIORGIS, José Carlos Teixeira. Arqueologia das famílias: da ginecocracia aos arranjos plurais. In *Direito das Famílias*. DIAS, Maria Berenice (org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

LOBO, Paulo Luiz Netto. *Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula 301 do STJ*. Revista Jurídica. Porto Alegre. n.388. janeiro. 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 53, 1 jan. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2552>>. Acesso em: 7 jul. 2012.

MADALENO, Rolf. Curso de Direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MUSZKAT, Malvina E.; OLIVEIRA, Maria Coleta; UNBEHAUM, Sandra; MUSZKAT, Susana. Mediação familiar transdisciplinar. São Paulo: Summus Editorial. 2008.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. O Direito de Família Pós-Moderno: Breves Apontamentos. in *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. v. 3 (abr./maio 2008). Porto Alegre, Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2007.