

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES**

VIVIAN GERSTLER ZALCMAN

**A FUNÇÃO SOCIAL DA FAMÍLIA NO DIREITO MODERNO E AS
NOVAS FORMAÇÕES FAMILIARES**

São Paulo

2015

VIVIAN GERSTLER ZALCMAN

**A FUNÇÃO SOCIAL DA FAMÍLIA NO DIREITO MODERNO E AS
NOVAS FORMAÇÕES FAMILIARES**

Projeto elaborado para
conclusão de curso de pós-
graduação lato sensu pela
Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo –
PUC/SP – COGEAE.

Professor Orientador: Prof.^a Dr.^a Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi

Coordenadoras Acadêmicas: Prof.^a Dr.^a Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi

Prof.^a Dr.^a Maria Ligia Coelho Matias

Coordenação Científica: Profa. Dra. Maria Helena Diniz

São Paulo

2015

Dedico o presente trabalho ao que tenho de mais precioso no mundo: minha família.

Por ela não apenas dedico cada um dos meus momentos, como também, pela importância que dou à existência desse núcleo, dedico a ele meu estudo e minha atuação profissional. Assim, ao meu amado esposo André e ao meu maravilhoso filho

David dedico este trabalho e toda a minha vida.

AGRADECIMENTOS

O presente sintetiza de maneira escrita todo o estudo que venho aplicando em meu trabalho prático nesses anos de atuação em direito de família. Sem dúvida, é uma prática sublime e árdua que exige estudo constante e aperfeiçoamento.

Todo trabalho surge como uma medalha, um troféu, uma conquista que não cabe apenas ao seu autor. Devendo-se, portanto, agradecer aqueles que fizeram parte, direta ou indiretamente, de sua confecção.

Primeiro, cabe agradecer aos professores que participaram com carinho, dedicação e paciência de todo o meu processo de especialização na área escolhida. Primeiramente, agradeço à coordenadora acadêmica do curso e minha orientadora carinhosamente escolhida para o presente, professora Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi que dispensou tempo, paciência e dedicação à orientação do presente.

Agradeço, ainda, a Professora Maria Ligia Coelho Matias por toda a costumeira disponibilidade e preciosos ensinamentos durante todo o período letivo e a Professora querida Maria Helena Correa, sempre tão atenciosa e presente.

Repito aqui, nesse trabalho de pós-graduação o agradecimento já realizado em tantas outras oportunidades ao meu maior ídolo: meu pai. Foi e é meu maior exemplo, me ensinou tudo que prezo, me incentivou na leitura, no estudo, na arte, na música e na cultura. Ensinou-me que podemos encontrar nos livros as melhores companhias e que a natureza nos ensina diariamente a beleza de viver.

Aos meus sogros que são um exemplo vivo que um casamento pode durar, que o amor pode jamais enfraquecer e que um casal pode continuar unido, diferente do que sempre acreditei.

Agradeço ao meu filho, fonte de amor inesgotável, que me tornou um ser-humano muito melhor com a sua chegada. Seu sorriso todos os dias pela manhã me enchem de esperança e fé no amanhã.

Quase ao final, e não menos importante na minha escala de agradecimentos, meu amado marido André Zalcmán que me apoiou e apoia em todos os meus sonhos, que é o melhor amigo que possuo, que me acompanha em todas as jornadas, que se empenha em todos os meus desejos e que me faz levantar todos os dias para realizar o meu maior anseio: o de fazê-lo feliz em cada segundo da minha vida.

E por fim, jamais por último, agradeço a D'us por toda a força que me dá para seguir em frente, por toda a felicidade, por todas as bênçãos e, principalmente, pela minha família maravilhosa.

*Pena, que pena, que coisa bonita, diga
Qual a palavra que nunca foi dita, diga
Qualquer maneira de amor valerá
(...)*

*Qualquer maneira de amor vale o canto
Qualquer maneira me vale cantar
Qualquer maneira de amor vale aquela
Qualquer maneira de amor valerá*

Milton Nascimento – Paula e Bebeto

FOLHA DE AVALIAÇÃO

NOTA DE AVALIAÇÃO: _____

ASSINATURA DO PROFESSOR: _____

RESUMO

O presente trabalho visa discutir em primeiro plano qual é o conceito de família e qual a sua função social a fim de se identificar nas novas formações familiares a adequação ou não ao sistema estabelecido pelo ordenamento jurídico brasileiro e parâmetros determinados pela Constituição Federal.

Palavras-chave: Direito de família, conceito de família, função social da família, novas formações familiares, a absorção das novas formações familiares.

ABSTRACT

In the foreground this article discusses the family's concept and what is his social function in order to identify the new family's formations and if it is fit or not to the Brazilian legal system established and the parameters determined by the Federal Constitution.

Keywords: Family law, family's concept, family's social function, new Family formations, the absorption of new Family formations.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| I – INTRODUÇÃO..... | 11 |
| 1. Escorço Histórico da Evolução do Conceito de Família no Brasil e suas Modificações..... | 12 |
| 2. A Constitucionalização do Direito de Família..... | 19 |
| 3. Os Princípios do Direito de Família..... | 22 |
| 3.1 <i>Princípio do Respeito à Dignidade da Pessoa Humana</i> | 23 |
| 3.2 <i>Princípio da Igualdade Jurídica dos Cônjuges e dos Companheiros</i> | 24 |
| 3.3 <i>Princípio da Igualdade de Todos os Filhos</i> | 25 |
| 3.4 <i>Princípio da Paternidade Responsável e Planejamento Familiar</i> | 26 |
| 3.5 <i>Princípio da Comunhão Plena de Vida</i> | 26 |
| 3.6 <i>Princípio da Liberdade de Constituir uma Comunhão de Vida Familiar</i> | 26 |
| 3.7 <i>Princípio da Afetividade</i> | 26 |
| 4. A Constituição Federal de 1988 e os Novos Direitos..... | 27 |
| 4.1 <i>Os Direitos da Mulher com a Constituição Federal de 1988</i> | 27 |
| 4.2 <i>O Direito dos Filhos com a Constituição Federal de 1988</i> | 28 |
| 4.3 <i>A Presunção de Paternidade com a Constituição Federal de 1988</i> | 28 |
| 4.4 <i>O Divórcio e a Influência da Constituição Federal de 1988</i> | 29 |
| 6. As Novas Formações Familiares..... | 29 |
| 6.1 <i>A Família Tradicional como Modelo e a Impossibilidade de Engessamento de uma Única Forma de Constituir Família</i> | 29 |
| 6.2 <i>A União Homoafetiva e seus Reflexos Jurídicos</i> | 30 |
| 6.2.1 <i>Escorço Histórico</i> | 30 |
| 6.2.2 <i>Conceito e Previsão Legislativa</i> | 31 |

| | |
|--|----|
| 6.3 União Poliafetiva..... | 34 |
| 6.4 Família Monoparental..... | 36 |
| 6.5 Família Eudemonista..... | 37 |
| 6.6 Família Reconstituída..... | 38 |
| 7. A absorção das Novas Formações Familiares pelo Direito..... | 39 |
| 8. Matrimonialização das Famílias: Necessidade ou Capricho?..... | 39 |
| II – CONCLUSÃO..... | 41 |
| III – BIBLIOGRAFIA..... | 43 |

I - INTRODUÇÃO

Visando uma análise crítica acerca das atuais formações familiares que vem se mostrando cada vez mais comuns e presentes no cenário social brasileiro, o presente trabalho abordará o conceito de família e a possibilidade ou não do direito abranger-las.

O primeiro capítulo abordará todo o histórico da evolução do conceito de família, passando por todo o início da formação desse núcleo e desenvolvimento para uma família tida atualmente como “tradicional” até chegar aos moldes libertários atuais.

Dado esse estudo, passar-se-á a aprofundar o conceito já bem conhecido de “Direito Civil Constitucional” com foco na constitucionalização do direito de família. Trata-se de uma corrente antiga, datada da época em que os juristas não davam tanta importância ao estudo da Carta Constitucional.

Por sua vez, no quarto capítulo, ainda seguindo a matéria de direito de família constitucional, o foco serão os princípios constitucionais aplicados ao direito civil como alicerces interpretativos e saídas para omissões legislativas.

No quinto capítulo, ainda na seara constitucional e com estudo dos institutos cíveis, o foco será estudar as mudanças que a Constituição Federal de 1988 trouxe para os indivíduos que integram a família, como a figura feminina, a prole oriunda do matrimônio ou estranha a esse, a presunção de paternidade mesmo em situações óbvias de impossibilidade e como se dava o divórcio com as mudanças legislativas.

Somente então, no sexto capítulo, com toda a análise basilar constitucional, que adentrar-se-á na seara das novas formações familiares, discutindo-se a possibilidade de engessamento da família tradicional como modelo único, a união homoafetiva, a união poliafetiva, a família monoparental, a família eudemonista e a família reconstituída.

No capítulo seguinte, busca-se o estudo acerca da absorção das novas famílias pelo direito, até que ponto é possível e quais mecanismos se utilizar para tanto cuidando para que não haja desrespeito à tripartição de poderes.

E, por fim, no oitavo capítulo, discutir-se-á acerca da necessidade ou não da matrimonialização de algumas famílias.

1. Escorço Histórico da Evolução do Conceito de Família no Brasil e suas Modificações

Desde o período da colonização do Brasil predomina o modelo europeu imbuído de valores patriarcais, com a supremacia masculina e a consequente submissão dos demais membros do núcleo familiar ao “*pater familias*”.

Sob a égide desse modelo, a mulher nascia subjugada à vontade do pai e, posteriormente, passava a obedecer seu marido. Da mesma maneira, a mulher não tinha voz sobre a educação dos filhos, que eram submetidos à vontade masculina e seu poder ilimitado.

Nesse sentido, lecionou Ana Silvia Scott:

“Os projetos individuais e as manifestações de desejos e sentimentos particulares tinham pouco ou nenhum espaço quando o que importava era o grupo familiar e, dentro dele, a vontade de seu chefe, o patriarca, era soberana”¹.

Ao final do século XIX passaram a ocorrer acontecimentos significativos que modificariam o norte da história brasileira e o amago da estrutura familiar vigente foi transmutando-se paulatinamente.

Uma nova era que se iniciava com a abolição da escravatura seguida da proclamação da República, deixando para trás um período agrário que dava espaço ao início de um processo de urbanização e industrialização.

O trabalho fora substituído principalmente por mão-de-obra imigrante assalariada, sendo que as mulheres também desempenhavam seu papel na obtenção do sustento da família. O Brasil, então, muito aquém do que viria a ser, começava a se modernizar.

¹ SCOTT, Ana Silvia. “O caleidoscópio dos arranjos familiares” in “Nova história das mulheres no Brasil”. São Paulo: Editora Contexto, 2012. Pg. 15

Nesse diapasão pode-se trazer à luz os ensinamentos de Ana Silvia Scott:

“Em meio às campanhas por modernização, um novo modelo de família começou a ser preconizado. Nele, a vontade dos indivíduos (por exemplo, com relação à escolha do cônjuge) ganhava um pouco mais de espaço, deixando de estar totalmente subordinada aos interesses coletivos da família comandada pelo patriarca. O autoritarismo atroz do ‘senhor’ de bens e pessoas, possível e alimentado em uma sociedade escravocrata e que se estruturava a partir das propriedades rurais, não tinha mais lugar no país que se modernizava”².

Nesse contexto histórico em que a ideia de amor romântico começava a ganhar força e o núcleo familiar passou a figurar como abrigo indivíduos que o integravam, a mulher passou a figurar como responsável pelo lar e o homem como provedor do sustento. Esse passou a ser o modelo ideal, adotado principalmente pela burguesia.

Essa nova estrutura veio modificar substancialmente a configuração do trabalho nas indústrias, para ilustrar pode-se citar o primeiro recenseamento brasileiro que ocorreu em 1872 e nessa época as mulheres figuravam como 76% da força de trabalho nas indústrias e em 1950 esse número passava para pouco mais de 20%³.

Porém, a referida e drástica diminuição não resultava apenas dessa nova forma de pensamento, vez que as classes menos favorecidas sequer podiam cogitar manter-se sem o salário da mulher. Porém, com a grande massa de imigrantes vindo de diversos

² SCOTT, Ana Silvia. “O caleidoscópio dos arranjos familiares” in “Nova história das mulheres no Brasil”. São Paulo: Editora Contexto, 2012. Pg. 16.

³ <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/monografias/GEBIS%20-%20RJ/Recenseamento_do_Brazil_1872/Provincia%20do%20Amazonas.pdf>

locais do mundo geraram concorrência com a mão-de-obra masculina que acabou por prevalecer.

Assim, as mulheres que não deixaram seus ofícios voluntariamente, acabaram por serem preteridas e afastadas, vendo-se restritas aos seus lares – onde muitas vezes tentavam realizar alguma espécie de trabalho manual que pudesse gerar renda e garantir melhores condições ao núcleo familiar.

Na década de trinta, o Estado, através da figura de Getúlio Vargas, implementou políticas públicas que visavam o setor urbano-industrial. É desse período que datam a Consolidação das Leis do Trabalho, o salário mínimo e o avanço que concedeu o direito de voto à população feminina.

Entretanto, apesar dos avanços, era uma época em que o trabalho masculino era enaltecido, bem como o papel da mulher restrito ao lar para a educação dos filhos e cuidados com a casa.

E, nesse diapasão, o Direito acompanhava a sociedade, o que pode-se observar com perfeição através do artigo 13 do Decreto-Lei de nº 3.200 de 19 de abril de 1941:

“Devem ser os homens educados de modo a que se tornem plenamente aptos para a responsabilidade de chefes de família. Às mulheres será dada uma educação que as torne afeiçãoadas ao casamento, desejosas da maternidade, competentes para a criação dos filhos e capazes da administração do lar”.

Nessa época a família era representada pelo homem e a ele cabia autorizar ou não diversos atos da vida civil de sua esposa. A Lei lhe conferia, ainda, a possibilidade de administrar bens pessoais pertencentes unicamente a ela.

Importante frisar que esse era o contexto urbano brasileiro da época, porém menos de um terço da população habitava nessa zona, vez que a maior parcela dos habitantes se restringia às zonas rurais.

Surge nesse momento histórico em que houve um significativo aumento no convívio entre os diferentes sexos em decorrência da concentração nas áreas urbanas uma etapa de grande importância para o Direito de Família: o namoro. Obviamente, a etapa do namoro não seguia os moldes atuais, tratando-se de momento de grande seriedade e vigilância das famílias dos envolvidos.

Em que pese os referidos avanços, a realidade ainda não era das melhores para as crianças que não eram protegidas pela legislação e eram submetidas a toda espécie de castigos físicos ou obrigadas a trabalhar sem qualquer limitação ou fiscalização.

Por sua vez, as mulheres ainda estavam longe de uma situação ideal e sempre sob os olhares vigilantes de uma sociedade imbuída de ideais machistas e religiosos que condenavam as mulheres que perdiam a virgindade antes do casamento e aquelas que de desquitavam.

Apesar da raridade da ocorrência dos chamados “desquites”, o Código Civil estabeleceu em 1942 através de seu artigo 315 a possibilidade de separação sem dissolução do vínculo matrimonial – ou seja, era possível a ocorrência da separação, porém não um novo matrimônio.

Em que pese o reconhecimento jurídico da nova situação, a sociedade ainda não a aceitava e, para a mulher, a pena não era apenas a marginalização social, mas também a dificuldade de subsistir sem o apoio financeiro de uma figura masculina.

Dessa maneira, a situação das mulheres de classes sociais mais abastadas era pior, tendo em vista que nas camadas economicamente menos favorecidas as mulheres acabavam por exercer alguma forma de ofício.

Em 1962, uma mudança legislativa viria a influenciar o rumo da história da evolução das famílias. Entrava em vigor o Estatuto da Mulher Casada⁴ que, apesar de absolutamente retrógrado para os padrões atuais, trouxe alguns avanços para a época.

Enquanto o Código Civil de 1916 considerava a mulher casada relativamente incapaz, o que configurava absoluto absurdo – a mulher nascia incapaz como qualquer

⁴ Lei nº 4.121 de 27 de agosto de 1962.

menor, alcançando a capacidade com a maioria civil para depois perde-la pelo motivo de te se casado.

Nesse sentido, aponta Gustavo Tepedino⁵:

“A atribuição ao marido do poder de sujeição sobre a mulher, e consequentemente inferiorização feminina, a ponto de tornar juridicamente incapaz a esposa que até o minuto anterior às núpcias era plenamente capaz e perfeitamente inserida no mercado de trabalho, explica-se no contexto acima delineado; a unidade formal da família, em sendo um valor em si, justificava o sacrifício individual da mulher, em favor da paz doméstica e da coesão formal da entidade familiar.”

Noutra banda, vem o Estatuto da Mulher casada e determina:

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (arts. 240, 247 e 251).

Compete-lhe:

*I - A representação legal da família;
II - a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido incumbir administrar, em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto, antenupcial (arts. 178, § 9º, nº I,*

⁵ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: Temas de direito civil. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 349-368.

c, 274, 289, nº I e 311);
III - o direito de fixar o domicílio da família ressalvada a possibilidade de recorrer a mulher ao Juiz, no caso de deliberação que a prejudique;
IV - prover a manutenção da família, guardadas as disposições dos arts. 275 e 277.

*Art. 240. A mulher assume, com o casamento, os apelidos do marido e a condição de sua companheira, consorte e colaboradora dos encargos da família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta.*⁶

Assim, pode-se verificar que apesar do marido ser considerado o chefe da família, a mulher passa a ser adjetivada como colaboradora dos seus interesses familiares comuns, sendo ineditamente denominada “companheira”, “consorte” e “colaboradora”.

O Estatuto mencionado não se limita aos mencionados avanços, vez que ele traz regras específicas para mulheres que obtém a própria renda de maneira autônoma ao marido, lhes conferindo a administração desses frutos e os protegendo de dívidas auferidas pelo marido. Traz proteções a bens próprios e prevê exclusão de bens da mulher da comunhão.

Retornando ao momento histórico vivido, no mesmo ano da promulgação do Estatuto da Mulher Casada, passou a ser comercializada a pílula anticoncepcional no Brasil⁷. Tal comercialização figurou como um verdadeiro salto se for considerado o peso que a Igreja Católica ainda exercia e o absurdo de que até a década de sessenta não se ensinava nas faculdades de medicina brasileiras nada relacionado a métodos contraceptivos.

⁶ <http://www3.dataprev.gov.br/SISLEX/paginas/42/1962/4121.htm>

⁷ A pílula que passou a ser comercializada era denominada ENOVID, e fora lançada dois anos antes nos Estados Unidos da América através do laboratório Searle.

Na mesma década a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Brasileira trouxe a equivalência dos cursos de grau médio, permitindo, assim, a disputa de vagas no ensino superior pelas estudantes do magistério.

E nessa época, apesar do golpe militar e da ditadura que se instaurava, que o feminismo passou a ganhar representatividade, ainda que de maneira tímida e modesta sem grandes movimentações.

A década de sessenta trouxe diversos avanços, como pode-se notar acima, porém nenhuma ruptura. O pensamento predominante era, ainda, o da predestinação da figura feminina ao papel de mãe e esposa e não como uma profissional bem sucedida.

Porém, iniciava-se um processo de mudança de pensamento que levou a mulher a decidir por si própria sobre tornar-se ou não mãe (através da utilização de métodos contraceptivos), a entrar no mercado de trabalho e batalhar por posições igualitárias, a romper um casamento mal sucedido. Tais batalhas que se iniciaram tão modestamente foram encontrar seu auge na década de oitenta.

Tais mudanças afetaram significativamente o rumo do direito das famílias. Mas a Lei só veio reconhecer posições iguais entre homens e mulheres com o advento da Constituição Federal de 1988 que configurou um marco histórico e uma definitiva ruptura com os grilhões do passado

2. A Constitucionalização do Direito de Família

Tradicionalistas tentam a contramão do momento de constitucionalização do direito civil alegando ser esse movimento antigo e fundado no Código Civil de 1916, não se devendo, portanto, aplicar-se ao Código Civil elaborado após a Constituição de 1988.

Esqueceram-se, porém, que o projeto do Código Civil é muito anterior à Constituição Federal, apesar de ter sofrido mudanças desde então. Porém, esse não é o argumento central a ser levantado. Frise-se que fato notório no estudo das disciplinas introdutórias ao estudo do direito é a máxima que dispõe: ao ser promulgada a norma constitucional, toda a lei ordinária infraconstitucional que a afronte não é recepcionada, não encontrando qualquer validade posterior.

Da mesma maneira, norma posterior que não esteja em consonância com o texto constitucional será inconstitucional e, conseqüentemente, não terá qualquer validade. Dessa

maneira, a promulgação da Constituição da República de 1988 trouxe modificações em âmbito do direito de família e essas persistem até o presente momento e poderão gerar reflexos em qualquer norma futura.

A primeira grande mudança se deu com o princípio da igualdade, não apenas trazido pela Constituição da República, mas positivado como cláusula pétrea. Foi grande o clamor social até a aceitação desse dispositivo que banuiu tantas discriminações e uma nova atividade em que inexistia a hierarquia entre ambos os sexos e a inexistência de diferenciação entre filhos advindos ou não de vínculo matrimonial.

A Constituição da República e seus princípios trouxeram uma reformulação de conceitos em que a solenidade do matrimônio visando a procriação não é mais requisito indispensável para a formação de um núcleo familiar.

Assim, discussões axiológicas vêm se utilizando da Constituição da República para consagrar suas posições.

O constituinte de 1988 trouxe os princípios basilares da República Federativa do Brasil, servindo estes como norteadores de qualquer operador do direito.

O artigo 1º parágrafo 3º da Constituição consagra o princípio da dignidade da pessoa humana que garante que nenhuma estrutura institucional poderá se sobrepor às necessidades individuais dos cidadãos. Ou seja, o indivíduo passa a ser mais importante do que as células institucionais que ele integra.

E é com base nesse princípio que toda a fundamentação de mudanças ocorridas em âmbito do direito de família. Nesse sentido, leciona Maria Berenice Dias: *“E, diante desse aparente conflito entre regra e princípio, tem valor superior o princípio da não discriminação, por meio do objetivo fundamental de construção de uma sociedade que se pretende livre, justa e solidária. Se a dignidade da pessoa humana é o centro axiológico de toda a ordem constitucional e condiciona a aplicação do direito positivo vigente, público ou privado, a pessoa humana é considerada ‘valor-fonte fundamental do direito’, adquirindo primazia sobre o Estado e, conseqüentemente, sobre as instituições”*⁸.

A família deixa de figurar como instituição quase sagrada e inquestionável fundada apenas e tão somente no instituto do casamento entre homem e mulher para abranger novas formas.

⁸ DIAS, Maria Berenice. União homoafetiva – o preconceito e justiça. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. Pg. 99.

A unidade familiar, anteriormente definida como o grupo formado atendendo formalidades legais do casamento de progenitores e filhos advindos dessa união de maneira legítima para encontrar uma flexibilidade conceitual mais contemporânea.

Assim, é possível verificar a existência de diversas entidades familiares não fundadas no casamento, como a união estável, a união estável homoafetiva, as famílias monoparentais e as relações poliamorosas.

Da mesma maneira, posições impensadas para os legisladores pré-constitucionais foram positivadas pelo legislativo ou admitidas jurisprudencialmente, com a possibilidade de dissolução conjugal independentemente de culpa de qualquer dos envolvidos, direitos igualitários entre os sexos, planejamento familiar e até a intervenção estatal no núcleo familiar a fim de coibir a violência doméstica.

Ou seja, houve um grande salto em direção ao progresso e às liberdades individuais, não se aceitando mais o poder patriarcal.

A instituição familiar passa a ser valorizada não pela formalidade pela qual é imbuída sua estrutura, mas pela importância dos sujeitos que a integram.

Com o advento da Constituição da República de 1988, modificou-se o foco da proteção. A família deixou de ser tutelada visando-se a paz doméstica como principal fator e a instituição do casamento era usada como instrumento de forma incontestável.

Os princípios constitucionais, a proteção deixou de ser institucional e passou a tutelar os indivíduos e garantir sua dignidade e sua liberdade. A paz doméstica da família deixou de se sobrepor aos interesses de seus integrantes.

O casamento deixou de ser o único modo de constituição de família, pela mudança do ponto de vista axiológico.

O fato de haver atualmente incentivo ao casamento em detrimento à união estável, por exemplo, não significa uma hierarquização entre os institutos. Os indivíduos são livres para fazerem o que bem entenderem, porém, cediço é que o casamento é mais seguro com relação aos bens patrimoniais do que a união estável não firmada em cartório. Nesse diapasão, afirma Gustavo Tepedino:

“Não há dúvida quanto à admissão pelo constituinte, ao lado da entidade familiar constituída pelo casamento, das entidades familiares formadas pela união estável (artigo 226 §3º) e pela

comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (artigo 226 §4º). Tais entidades demonstram a mudança da ótica valorativa constitucional e impedem que se pretenda dar tratamento desigual a qualquer das entidades ali previstas. Vale dizer: toda e qualquer norma que se dirija à tutela das relações familiares deve ter como suporte fático (fattispecie) os tipos de comunidades familiares identificados pela comunidade familiar, por sua vez, não é protegida como instituição valorada em si mesma, senão como instrumento de realização da pessoa humana”.

Enfim, apesar das discussões acerca do tema, é inegável que o direito caminha para abraçar a todos os indivíduos, lhes conferindo as liberdades individuais, a igualdade e a tão sonhada dignidade que será ainda inerente à existência humana.

Importante trazer ao tema a chamada “**Crise da Família**” e, em concordância com Maria Helena Diniz, acredita-se que não há de fato tal mencionada crise. Os defensores desse tema alegam que a crise é baseada em dois pilares: a) a constitucionalização do direito de família; b) a descodificação do Direito Civil.

Sustentam que a descodificação acabou por trazer insegurança e incerteza, não havendo mais regras claras sobre os diversos assuntos que vem sendo decididos com base em princípios abertos, passíveis de qualquer tipo de interpretação. Da mesma maneira, a constitucionalização acabou, nessa visão, por esvaziar o direito civil e permitir cada vez mais a intervenção estatal na seara familiar.

Para Maria Helena Diniz, que dá uma visão moderna sobre o assunto ao tratar da suposta crise:

“Na realidade, tal não ocorre; a tão falada crise é mais aparente do que real. O que realmente ocorre é uma mudança nos conceitos básicos, imprimindo uma feição moderna à família, mudança esta que atende às exigências da época atual, indubitavelmente diferente das de outrora, revelando a necessidade de um questionamento e de uma abertura para pensar e repensar todos os fatos.”⁹

⁹ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro – direito de família. Pg. 39. 2014: Saraiva.

4. Os Princípios do Direito de Família

O vocábulo “princípio” encontra sua origem etimológica no latim através do vocábulo *principium*, podendo ser definido causa primária ou causa de maior valor. No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio possui força norteadora para fins de aplicação de qualquer outra norma.

Assim, direcionada pelos ideais pós-modernistas de respeito à dignidade e às liberdades individuais, a Constituição da República serve como parâmetro que filtra as leis a fim de que elas atendam os anseios sociais.

Tendo os preceitos fundamentais constitucionais esta função, acabam por figurar como princípios basilares norteadores do direito brasileiro. De acordo com parte da doutrina brasileira, alguns desses princípios se desdobraram em outros intimamente ligados ao direito de família.

Interessante que na doutrina, cada estudioso costuma adotar divisões distintas com relação aos princípios e subprincípios existentes, gerando um leque extenso de possibilidades para os operadores do direito.

3.1 Princípio do Respeito à Dignidade da Pessoa Humana

Deriva do artigo 1º, III da Constituição Federal e figura não apenas como norteador das relações humanas, mas como base do direito de família que é “*o mais humano de todos os ramos do direito*”¹⁰. Toda a proteção a entidades familiares não fundadas no casamento se dá com base nesse princípio, sendo ele intimamente relacionado ao artigo 226 §§3º ao 8º da Constituição Federal.

Maria Helena Diniz segue no mesmo caminho de Carlos Roberto Gonçalves e sustenta que tal princípio: “*constitui base da comunidade familiar (biológica ou sócioafetiva), garantindo, tendo por parâmetro a afetividade, o pleno desenvolvimento e a realização de todos os membros, principalmente da criança e do adolescente (CF, art. 277)*”¹¹.

Maria Berenice Dias, por sua vez, empresta ainda mais força e dedicação à abordagem do tema ao afirmar que “*É o princípio maior, fundante no Estado Democrático de Direito, sendo afirmado já no primeiro artigo da Constituição Federal. A preocupação com a promoção*

¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro – direito de família. Pg. 22. 2012: Saraiva.

¹¹ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro – direito de família. Pg. 37. 2014: Saraiva.

dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional.”¹²

A doutrinadora vanguardista prossegue afirmando que trata-se do princípio mais universal existente no ordenamento jurídico do qual decorrem todos os outros e correlacionando os direitos oriundos das matérias de família aos direitos humanos quando sustenta: “*O direito das famílias está umbilicalmente ligado aos direitos humanos, que tem por base o princípio da dignidade da pessoa humana, versão axiológica da natureza humana. O princípio da dignidade da pessoa humana significa, em última análise, igual dignidade para todas as entidades familiares (...)*”¹³.

Dando outro foco ao tema, Rolf Madaleno ao abordar o assunto dá uma visão mais individualizada em sua aplicação. O estudioso correlaciona o princípio aos artigos 227 e 230 da Constituição da República e sustenta que a família deve garantir o mínimo para que cada um de seus membros tenha uma vida digna, dando atenção especial às crianças, adolescentes e idosos.

Crianças e adolescentes precisam cultura, respeito, liberdade, comunicação, bem como não serem expostas a violência, crueldade ou opressão. Da mesma maneira, os idosos precisam ser valorizados como úteis e experientes, e não marginalizados e deixados de lado como comumente acontece, especialmente quando esses são desprovidos de posses.

Nessa seara, Rolf Madaleno leciona: “*(...) a grande reviravolta surgida no Direito de Família com o advento da Constituição Federal foi a defesa intransigente dos componentes que formulam a inata estrutura humana, passando a prevalecer o respeito à personalização do homem e de sua família, preocupado o Estado Democrático de Direito com a defesa de cada um de seus cidadãos. E a família passou a servir como espaço e instrumento de proteção à dignidade da pessoa humana, de tal sorte que todas as esparsas disposições pertinentes ao Direito de Família devem ser focados sob a luz do Direito Constitucional*”¹⁴.

Há, ainda, por parte dos estudiosos uma dura crítica a esse princípio, sendo ele apelidado de “princípio guarda-chuva” e comumente usado para justificar qualquer assunto em que haja interesse da parte. Porém, apesar disso, indubitável é a importância do princípio e de sua intenção e benefícios aos integrantes de um grupo familiar.

3.2 Princípio da Igualdade Jurídica dos Cônjuges e dos Companheiros

¹² DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 9ª ed. rev. at. am. Pg. 65. 2013: Revista dos Trinubais.

¹³ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 9ª ed. rev. at. am. Pg. 65. 2013: Revista dos Trinubais. Pg; 66

¹⁴ MADALENO, Rolf. Curso de direito de família – 5ª ed. Pg.46. 2013: Forense.

Fundado no artigo 226§5º da Constituição Federal que iguala os cônjuges e conviventes em matéria de sexo, extinguindo juridicamente o patriarcalismo e conferindo o poder familiar a todos os envolvidos na criação dos filhos e manutenção do lar.

Trata-se de verdadeiro avanço, tendo em vista que todo o direito de família tradicional era organizado em cima de uma base patriarcal, sobrepujando a mulher ao conferir ao patriarca o poder marital. Com o advento da constituição e reconhecimento desse artigo, ambos os cônjuges tornam-se consortes nas decisões, passando a existir um poder conjunto e indiviso, não havendo qualquer submissão feminina imposta por lei.

Maria Helena Diniz traz o “princípio da consagração familiar” que entendeu-se por melhor neste trabalho categorizá-lo dentro do princípio da igualdade entre os cônjuges da onde decorreu a efetiva consagração do poder familiar.

O assunto é abordado no Código Civil nos artigos 1630 ao 1638, que acompanhou legislação estrangeira com visão modernizada sobre o assunto. A questão do poder paterno ou marital foi deixado de lado e adotou-se o poder familiar, nos moldes da francesa expressão “*autoridade parental*” que vigora desde 1970 na França e da “*parental authority*” adotada nos Estados Unidos¹⁵.

Rolf Madaleno não categoriza esse princípio dessa maneira, mas lhe empresta especial ao tratar do princípio da igualdade e da vulnerabilidade da mulher.

3.3 Princípio da Igualdade de Todos os Filhos

Consoante o artigo 227§6º da Constituição Federal que remete aos artigos 1596 ao 1692 do Código Civil e garante igualdade dos filhos, independentemente de sexo, de idade e, principalmente, de ser havido ou não na constância do casamento. Outra questão interessante é a igualdade entre os filhos adotados ou não. Tal preocupação também foi trazida pela Lei 8069 de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim não há mais qualquer diferenciação entre os filhos havidos ou não na constância do casamento de maneira biológica quanto ao nome e direitos que envolvem alimentação e sucessão, sendo vedada qualquer designação discriminatória a esse.

Maria Helena Diniz acerta ao lecionar: “*De modo que a única diferença entre as categorias de filiação seria o ingresso, ou não, no mundo jurídico, por meio do*

¹⁵ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro – direito de família. Pg. 37. 2014: Saraiva.

reconhecimento; logo só se poderia falar em filho, didaticamente, matrimonial ou não matrimonial reconhecido ou não reconhecido”¹⁶.

Essa foi outra mudança de paradigma trazida pela Constituição Federal de 1988 que deixou para trás a ideia bíblica de filho bastardo tão arraigada na sociedade tradicional.

3.4 Princípio da Paternidade Responsável e Planejamento Familiar

Princípio trazido por Carlos Roberto Gonçalves e consubstanciado no artigo 226§7º do texto constitucional que sustenta a responsabilidade de ambos os genitores, companheiros ou cônjuges na educação e sustento dos filhos. Já a questão do planejamento familiar, antes tão atacado por instituições de ordem religiosa, passou a ser decisão livre do casal, sendo disciplinado pelo artigo 1565 do Código Civil e pela Lei 9253 de 1996.

Atualmente, é comum verificar-se nos casais a programação do número de filhos que desejam e o sucesso dessa programação através dos inúmeros métodos contraceptivos disponíveis. Torna-se cada vez mais incomum, principalmente nas classes mais favorecidas, aquelas famílias com elevados números de filhos.

3.5 Princípio da Comunhão Plena de Vida

Decorre do Princípio da Afetividade que se baseia no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e garante o que vem se nomeando “família sócioafetiva”. Fundamentam-se essas ideias não apenas no artigo 1º, III do texto constitucional, mas também no artigo 1511 e 1513 do Código Civil.

Insta pontuar que tal princípio não é categorizado por Maria Helena Diniz e Rolf Madaleno.

3.6 Princípio da Liberdade de Constituir uma Comunhão de Vida Familiar

Esse princípio abrange uma liberdade mais ampla, no sentido de garantir as diversas modalidades de formação de família sem intervenção de qualquer pessoa de direito público ou privado (artigo 1513 do Código Civil). Da mesma maneira, protege essas várias espécies de família no tocante ao planejamento familiar (artigo 1565 do Código Civil), liberdade de aquisição e administração do patrimônio familiar (artigo 1642 e 1643 do Código Civil) e a livre escolha do regime de bens (artigo 1639 do Código Civil).

¹⁶ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro – direito de família. Pg. 36-37. 2014: Saraiva

Esse tópico é denominado apenas “princípio da Liberdade” por Maria Helena Diniz que sustenta que essa liberdade só é restrita “*intervindo o Estado apenas em sua competência de propiciar recursos educacionais e científicos ao exercício desse direito (...) respeitando-se a integridade físico-psíquica e moral dos componentes da família*”¹⁷.

3.7 Princípio da Afetividade

Trata-se de princípio de grande importância, tal qual aquele que trata da dignidade da pessoa humano, e serve de norteador na visão moderna do Direito das Famílias.

Há a tendência atual de individualizar a figura da família, deixando-se para trás um modelo fechado e imutável dito tradicional, para cada vez menos se primar por um conceito menos hierarquizado que passa a se fundar no afeto entre os conviventes.

4. A Constituição Federal de 1988 e os Novos Direitos

4.1 Os Direitos da Mulher com a Constituição Federal de 1988

Antes da Constituição da República de 1988, o cenário vigente para a figura feminina era lastimável do ponto de vista das liberdades individuais que deveriam ser regra em qualquer sociedade para qualquer ser humano.

Nessa era pré-constitucional, não tão distante, apenas o homem representava a família, bem como lhe era facultado autorizar ou não diversos atos da vida civil de sua esposa. Chegava-se ao extremo de a lei garantir a administração de bens pessoais unicamente pertencentes à mulher ao seu marido.

A inferiorização e subjugação da mulher eram regra social e foi positivada pelo Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4121/1962) que determinava que a mulher casada era juridicamente incapaz. Nesse sentido, Gustavo Tepedino contribui:

“A atribuição ao marido do poder de sujeição sobre a mulher, e consequentemente inferiorização feminina, a ponto de tornar juridicamente incapaz a esposa que até o minuto anterior às núpcias era plenamente capaz e perfeitamente inserida no mercado de trabalho, explica-se no contexto acima delineado; a unidade

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro – direito de família. Pg. 37. 2014: Saraiva

*formal da família, em sendo um valor em si, justificava o sacrifício individual da mulher, em favor da paz doméstica e da coesão formal da entidade familiar*¹⁸.

4.2 O Direito dos Filhos com a Constituição Federal de 1988

No tocante aos filhos a situação era condenável, vez que o pátrio poder justificava a absoluta sujeição da prole à figura paterna. Eram bastante comuns pesados castigos corporais e punições das mais severas estirpes.

Isso somente veio a ser freado com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, instituído pela Lei 8069 de 13 de julho de 1990. O filho deixava de ser subjugado ao quase absoluto poder paterno para ser protegido pela lei como sujeito de direitos.

Maior absurdo ocorria com o filho oriundo de relação extraconjugal, o chamado “filho bastardo” que carregava essa mácula pelo resto de sua existência. A sociedade punia essa criança, a marginalizando desde o nascimento por um crime que ela jamais cometeu.

Em que pese o absurdo dos usos e costumes da sociedade da época, maior atrocidade era feita pelo legislativo que impedia o reconhecimento dessas crianças. Em 1949 foi promulgada a Lei de nº 883 que finalmente permitiu o reconhecimento dessas crianças, mas apenas se houvesse dissolução do casamento.

Já em 1984 (Lei nº 7250) a possibilidade do reconhecimento foi estendida para casos em que houvesse separação de fato por período igual ou superior a cinco anos.

O filho oriundo e adoção também era marginalizado pela Lei que lhe conferia tratamento diferenciado, como se pertencesse a uma classe mais baixa de filiação.

4.3 A Presunção de Paternidade com a Constituição Federal de 1988

Noutra banda, a presunção de paternidade do marido era absoluta, devendo haver a prova do adultério e confissão da mulher adúltera para que tal presunção fosse questionada. A ação de contestação de paternidade era condicionada, vez que a legitimidade ativa exclusiva era do suposto pai, o prazo para ingresso com a ação era de dois meses para pai presente e três meses para pai ausente a contar do nascimento da criança e, como se não bastasse, a motivação

¹⁸ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: Temas de direito civil. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 349-368.

era restrita, sendo admitida a ação apenas em caso de o pai ser impotente ou em caso de ausência de coabitação com a esposa.

Todas essas regras visavam a proteção da “sagrada” instituição da família.

4.4 O Divórcio e a Influência da Constituição Federal de 1988

O positivismo brasileiro veio permitir o divórcio apenas em 1977, ou seja, apenas trinta e seis anos atrás o divórcio foi regulamentado e as pessoas poderiam contrair novas núpcias livremente. E essa prática, tão difundida atualmente, sofreu ferrenhas oposições através das mais diversas manifestações por todo o território brasileiro.

E, até recentemente, por pressão religiosa e forças dessas instituições no sistema brasileiro, era necessária a figura da separação antes do divórcio. O divórcio direto só veio a ser admitido em 2010 através da Emenda Constitucional de nº 66.

6. As Novas Formações Familiares

6.1 A Família Tradicional como Modelo e a Impossibilidade de Engessamento de uma Única Forma de Constituir Família

A imagem da família patriarcal, construída com base numa noção monogâmica, parental, heterossexual e patrimonial foi e ainda é, em muitos aspectos, uma realidade contra a qual os novos modelos tentam encontrar seu espaço.

No modelo tradicional da família, em que o homem era o provedor e sua esposa e prole subordinados por questões hierárquicas e financeiras, permitia abusos de poder e autoridade.

Com o advento do tempo e legislações que, paulatinamente, tentavam coibir abusos e dar mais espaço à mulher, a família foi tomando outra forma. O Estatuto da Mulher Casada, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Constituição Federal corroboraram para uma vida com mais liberdade e dignidade.

A possibilidade da mulher se divorciar e contrair novas núpcias, extirpando a visão ultrapassada de sua marginalização, bem como a possibilidade da mulher dedicar-se ao trabalho e obter o próprio sustento, garantiram uma libertação da família enquanto prisão. Dessa maneira, a mulher não ficaria mais presa ao casamento por necessidade, mas tão somente pela afetividade.

A proteção que o Estado trouxe aos menores também lhes conferiu garantias contra abusos de poder advindos do pai que deixou de ter o “poder patriarcal” e passou a ser consorte da mãe no “pátrio poder”. No caso de abuso, ambos os genitores podem perder o pátrio poder e a criança ficará sob custódia do Estado.

Essas últimas situação serviram no presente para ilustrar não que a família modelo, mais comum, é ruim. Pelo contrário, serviu para mostrar que ela não é perfeita e possui problemas nucleares como qualquer outra das novas formações que surgiram recentemente e merecem as mesmas proteções.

6.2 A União Homoafetiva e seus Reflexos Jurídicos

6.2.1 Escorço Histórico

Anteriormente ao instituto da união estável havia a figura do concubinato que poderia ser puro, quando estabelecido por pessoas capazes e livres para constituir matrimônio, ou impuro quando exercido por pessoas impedidas de se casarem por já terem matrimônio vigente.

Ou seja, se duas pessoas passarem a viver juntas sem, para tanto, cumprirem as exigências normais do casamento, elas viveriam em “concubinato puro”. Já, por sua vez, se um sujeito mantivesse relação extraconjugal, por exemplo, se estabeleceria um concubinato impuro.

O nome dado ao instituto já demonstra a mentalidade retrograda que condenava relações não formais e estranhas ao Estado e à Igreja, vez que o nomeou com termo que é sinônimo de prostituição¹⁹.

Concubina em termos não jurídicos sempre foi sinônimo de “prostituta”, sendo esta uma visão antiga sobre uma mulher que se relacionava com um homem sem se casar.

Amásia, sinônimo de concubina, traz a conotação de amante e deriva do latim *amasius*. Pode-se encontrar na própria literatura²⁰ diversos exemplos das conotações negativas para o termo, que é também sinônimo de barregã.

¹⁹ AULETE, Caldas [organizador: Paulo Geiger]. Dicionário contemporâneo da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Lexikon, 2011. Pg. 371.

O termo “concubinato impuro” deixou de existir e o “concubinato puro” deu origem ao atual instituto da união estável, prevista pelos artigos 1723 ao 1727 do Código Civil.

Misabel Derci²¹ faz uma excelente classificação quanto às espécies de união estável:

- a) Alternativa: hipótese experimentada por aqueles separados de fato ou que aguardam o divórcio após a separação judicial.
- b) Experimental: caso vivenciado por noivos ou por namorados que pensam em casar-se e desejam uma experiência antes da decisão definitiva.
- c) Relativa: solução daqueles que não desejam qualquer relação jurídica em virtude de traumas passados ou a fim de evitar perda de benefícios recebidos (como por exemplo uma pensão).
- d) Econômica: quando motivada por razões financeiras, como dedução de impostos e como a inclusão de beneficiários em seguro-saúde, por exemplo.
- e) Tradicional: quando os conviventes preferem estabelecer a convivência sem formalidade de maneira que a dissolução seja facilitada.

Em que pese a classificação ser interessante, já não se aplica à realidade atual em muitos pontos, porém tem seu valor histórico quanto às motivações que levariam à união estudada.

6.2.2 Conceito e Previsão Legislativa

A união estável baseia-se numa união livre e sólida entre pessoas que não contraíam matrimônio. A Constituição Federal considera a união estável uma “entidade familiar”, conferindo-lhe toda a proteção dispensada ao instituto, equiparando-o ao casamento.

Segundo Maria Helena Diniz, pode-se conceituar a união estável como *“convivência pública, contínua e duradoura de um homem com uma mulher, vivendo ou*

²⁰ “Numa casa séria não deveria entrar um homem como aquele que além de tudo, vivia amasiado” – in BARRETO, Lima. “O Cemitério dos Vivos”.

²¹ PEREIRA, Caio M. S. Instituições de direito civil, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1979, pg. 36 in DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro – direito de família. 2014: Saraiva. Pg. 407.

não sob o mesmo teto, sem vínculo matrimonial, estabelecida com o objetivo de constituir família, desde que tenha condições de ser convertida em casamento, por não haver impedimento legal para sua convolação (CC, art. 1723, §§ 1º e 2º)”²².

Ou seja, para Maria Helena Diniz, a união estável tem como requisito o vínculo heteroafetivo do casal, em que pese a decisão do Supremo Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade de nº 4277 e na ação direta por descumprimento de preceito fundamental de nº 132 e da Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 175/2013 que deu reconhecimento à união estável homoafetiva.

A doutrinadora prossegue explicando que a união estável não deve ser confundida com a união livre, vez que nessa não há o intuito de se constituir família e mantém apenas relação sem qualquer espécie de comprometimento. Diferentemente da união estável em que há o que a doutrina denomina “posse do estado de casado”.

Por sua vez, Maria Berenice Dias, na contramão da doutrina clássica, refuta a visão de família constituída a partir dos laços matrimoniais tido como sacros. Dessa maneira, equipara casamento e união estável e descarta o pressuposto da diversidade de sexos baseada no fato de que a Constituição Federal nada dispõe sobre o assunto:

“A Constituição ao assegurar proteção especial à família e ao casamento, nada diz sobre a diversidade de sexo do par. O Código Civil, quando trata do casamento, não exige que o casal seja formado por pessoas de sexo diferente. Assim, na ausência de vedação constitucional ou legal, não há impedimentos ao casamento homossexual”²³.

Na realidade, umas das bandeiras que Maria Berenice Dias levantou em sua carreira foi a favor do reconhecimento das uniões homoafetivas, sendo que em sua

²² DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro – direito de família. 2014: Saraiva. Pg. 407

²³ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 9ª ed. rev. at. am. Pg. 65. 2013: Revista dos Tribunais. Pg; 205

carreira como magistrada no Rio Grande do Sul foi pioneira ao reconhecer tais uniões estáveis.

Verdade é que as relações homoafetivas ocorrem desde os primórdios da humanidade, tendo-se comprovações desde a era bíblica e outras narrativas dos tempos gregos. Porém, apesar de comum, a relação entre pessoas do mesmo sexo foi marginalizada principalmente por motivos de ordem religiosa.

“Quando também um homem se deitar com outro homem, como com mulher, ambos fizeram abominação; certamente morrerão; o seu sangue será sobre eles”²⁴.

“Sede fecundos, disse-lhes ele, multiplicai-vos e enchei a terra”²⁵

Essa visão nos tempos modernos é retrógrada e não deve ser considerada pelo operador do direito dada a separação entre Estado e Igreja e a garantia de um Estado laico conferida aos cidadãos brasileiros pela Constituição Federal.

Certo é que o direito deve acompanhar a sociedade, e não o contrário. Mesmo extrapolando suas funções, o Judiciário acabou por adotar uma postura ativa frente à inércia do Legislativo que não se aventura em questões polemicas a fim de evitar perder votos numa possível reeleição.

Dessa maneira, aqueles que são a favor ou não da união homoafetiva, operadores do direito ou não, digladiam-se na esfera da omissão legislativa a fim de fazer valer sua visão.

Fato notório para qualquer um que inicia sua jornada no mundo jurídico é que a omissão legislativa não acarreta necessariamente na negativa de um direito. Ou seja, o fato do artigo 226 da Constituição Federal trazer a sentença “entre homem e mulher” não exclui as distintas maneiras de arranjos familiares.

²⁴ Bíblia - Levítico 20:13

²⁵ Bíblia - Gênesis 9:1

Nesse sentido, dispõe Maria Berenice Dias:

*“Esse elenco, no entanto, não esgota as formas de convívio merecedoras de tutela. Trata-se de cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensividade. Não pode deixar de reconhecer que qualquer entidade e relacionamentos, mesmo sem a diversidade de sexo atendem a tais requisitos. Por terem origem em um **núcleo afetivo**, devem ser identificados como entidade familiar, a merecerem a tutela legal”²⁶.*

No mesmo sentido, se manifestou Paulo Lôbo:

“As uniões homossexuais seriam entidades constitucionalmente protegidas? Sim, quando preencherem os requisitos da afetividade, estabilidade e ostentabilidade. A norma de inclusão do artigo 226 apenas poderia ser excepcionada se houvesse norma de exclusão explícita de tutela dessas uniões”²⁷.

É necessário se conceituar a família de uma maneira mais pluralista a fim de se respeitar o princípio da afetividade e da dignidade da pessoa humana, a fim de se evitar discriminação e preconceitos a uma opção ou tendência pessoal de cada um.

6.3 União Poliafetiva

²⁶ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 9ª ed. rev. at. am. 2013: Revista dos Tribunais

²⁷ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 9ª ed. rev. at. am. 2013: Revista dos Tribunais

A união poliafetiva pode ser conceituado como aquela composta por mais de duas pessoas que se relacionam entre si.

A notícia acerca da lavratura de escritura de uma união poliamorosa em 13.02.2012 na Cidade de Tupã no Estado de São Paulo acabou por gerar enorme controvérsia no meio jurídico.

Rolf Madaleno explicou a mencionada escritura:

*“Trata-se de um triângulo amoroso, constituído pela relação afeiva de um homem e duas mulheres, vivendo todos sob o mesmo teto, em convivência consentda (...) Dessa armário saiu pioneiramente este trio de São Paulo, que decidiu oficializar sua relação afetiva e enfremtar o doma da monogamia, consignando a existência de uma união afetiva entre um homem e duas mulheres que afirmam viverem em harmônica coabitação em uma única moradia, não se confundindo nesse aspecto com a família paralela”.*²⁸

Muitos a consideram simplesmente inexistente, vez que pelo princípio da monogamia torna-se uma relação jurídica impossível de ser concebida no plano da existência. Outros foram além a taxando como verdadeira indecência que ataca a moral e os bons costumes.

No outro extremo, Maria Berenice Dias lutou pelo reconhecimento de tais situações:

“Assim passou-se a reconhecer que o conceito de entidade familiar não pode ser engessado no modelo sacralizado do matrimônio. Desse modo, há que se

²⁸ MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 5ª ed., rev., at.. Forense. Rio de Janeiro: 2013. Pg. 54.

reconhecer como transparente e honesta a instrumentalização levada a efeito, que traz livre manifestação de vontade de todos, quanto aos efeitos da relação manifestada a três. Realmente não lhes faltou...”²⁹

O Superior Tribunal de Justiça³⁰ já reconheceu que as formas de constituição familiar são múltiplas todas merecem proteção estatal, vez que todos os seus integrantes são ligados pela afetividade e garantidos pela proteção à dignidade da pessoa humana.

Adotando uma posição central, o presente trabalho vem concordar com uma afirmação de Maria Berenice Dias: “*não havendo prejuízo a ninguém, de todo descabido negar direito de viver a quem descobriu que em seu coração cabe mais de um amor*”³¹, porém com ressalvas.

Em que pese a Constituição Federal garantir o direito à liberdade, inclusiva à liberdade sexual, certas situações acabam por gerar uma enorme confusão jurídica e patrimonial.

A postura ativa do judiciário, pela inércia do legislativo, não pode ser ilimitada por situações como essa. A realidade é que o direito sucessório não está preparado para lidar com situações como essas, gerando insegurança jurídica.

Por analogia acabar-se-ia por adotar as mesmas regras para situações esdrúxulas a uma união poliafetiva em que há comum acordo entre os conviventes. Por que não garantir o direito de herdar à amante ou a uniões estáveis paralelas ao casamento que, talvez, por interpretação extensiva, passariam a ser válidas.

Sem uma legislação apropriada para esse caso específico, as extensões legislativas acabariam por enfraquecer os núcleos familiares e beneficiar situações de torpeza e traição que normalmente permeiam a família paralela.

6.4 Família Monoparental

²⁹ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 9ª ed. rev. at. am. 2013: Revista dos Tribunais. Pg. 54

³⁰ REsp. nº 1.183.378/RS

³¹ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 9ª ed. rev. at. am. Pg. 65. 2013: Revista dos Tribunais. Pg; 54

A família monoparental é trazida no artigo 226 da Constituição Federal que dispôs sobre a possibilidade de qualquer dos genitores e seus descendentes serem categorizados como “entidade familiar” e receberem as proteções relacionadas.

Houve, porém, omissão no que tange à regulamentação dos direitos peculiares a esse tipo de situação.

Na família monoparental, em regra, um genitor convive com sua prole como único responsável. Isso pode ocorrer por vários motivos, como abandono, falecimento ou desconhecimento de um dos genitores.

É importante diferenciar a “família monoparental” do “lar monoparental”. Na espécie de família em estudo há apenas contato com um dos genitores, diferente da situação em que o filho mora com um dos genitores e tem contato com o outro.

Sobre o tema, Rolf Madaleno leciona:

“Com respeito à origem, as famílias monoparentais podem ter diversos pontos de partida, advindos da maternidade ou paternidade biológica ou adotiva ou unilateral, em função da morte de um dos genitores, a partir do divórcio, nulidade ou anulação do casamento e da ruptura da união estável. As causas desencadeadoras da monoparentalidade apontam para a natalidade de mães solteiras, inclusive por técnica de inseminação artificial (...)”³²

6.5 Família Eudemonista

Embora adote-se a classificação, o presente trabalho não pactua com essa definição de “espécie” de família adotada por parte da doutrina.

³² MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 5ª ed., rev., at.. Forense. Rio de Janeiro: 2013. Pg. 9.

O termo se dá para nomear o núcleo familiar que busca a felicidade de cada um de seus membros que buscam a emancipação individual.

Ou seja, trata-se tão somente do conceito moderno de família e não de uma espécie da formação de núcleo familiar, como por exemplo a família homoafetiva.

Eudemonista deriva do grego “eudamonia” que significa feliz/fecundo. A família eudemonista seria aquela pautada na felicidade

6.6 Família Reconstituída

A vertiginosa mudança nas dinâmicas familiares geradas por diversos fatores como a emancipação feminina, a legalização do divórcio, o advento de uma cultura permissiva e inclusiva, gerou não apenas a possibilidade de ruptura de núcleos familiares como a possibilidade de novas estruturas destes.

Assim surgiram as chamadas família reconstituídas, mosaico ou pluriparentais que consistem em um novo núcleo familiar formado por outros núcleos com pares desfeitos dos quais (apenas um ou ambos) sobrevieram filhos.

Os anglo-saxões denominam essa forma de constituir família de “stepfamily”. O termo “step” deriva de “steop” que significava alguém desamparado ou órfão. Atualmente ainda se utiliza “stepmother” e “stepfather” para madrasta e padastro.

Os franceses também possuem termo específico para essa formação familiar que consiste em “famille recomposée”.

Nas línguas espanhola e portuguesa não havia termo específico, e eram normalmente denominadas “segundas famílias” ou “segundas núpcias”.

As primeiras situações socialmente aceitas eram as famílias reconstituídas em virtude da viuvez de seus pares. Nessa primeira formação, a figura do pai ou da mãe deixava de existir em virtude de falecimento e era substituída pela madrasta ou padastro.

Por sua vez, as famílias reconstituídas oriundas de divórcios trouxeram um cenário mais complexo onde os filhos continuavam a ter seus pais biológicos e também a figura dos padrastos (pai e mãe afetivos) e passavam a conviver com os chamados “irmãos por afinidade”.

Além das novas figuras do núcleo próximo, passa-se a ter contato com a família do padastro ou madrasta, passando-se a conviver com novos “avós” e “tios” por afinidade. Assunto muito estudado na área da psicologia, sendo que alguns acreditam que deve ser muito bem trabalhado para não gerar confusão nas crianças envolvidas.

7. A absorção das Novas Formações Familiares pelo Direito

Indiscutível o fato de que o direito acompanha a sociedade e não o contrário. Relações estranhas à lei não são proibidas, e devem ser apreciadas e reconhecidas pelo Estado-Juiz no surgimento de um conflito.

Dessa maneira, a fim de evitar decisões divergentes e insegurança jurídica, o Judiciário tem adotado uma função mais ativa, o que de certa forma extrapola suas funções e fere a divisão de poderes, já que não é permitido ao poder Judiciário legislar.

Porém, diante da omissão imotivada, ou motivado por motivos escusos, os tribunais tem de lidar com situações em que não há lei, valendo-se de todas as formas permitidas, como princípios gerais do direito, jurisprudência nacional e estrangeira, doutrina e todas as outras fontes permitidas pelo direito.

Essas novas formações precisam ser absorvidas pelo mundo jurídico de uma maneira eficaz, porém nos limites permitidos. O judiciário não deve extrapolar por demais suas limitações e passar a legislar.

8. Matrimonialização das Famílias: Necessidade ou Capricho?

Argumento muito comum aos que se posicionam contra o matrimônio homossexual dentre os juristas, conforme já detalhadamente explicado no presente trabalho, é a ausência de legislação. Já o argumento utilizado de maneira estranha ao judiciário, pelos leigos, que são contra costumam afirmar que aqueles que querem viver numa família não tradicional que vivem, porém sem a possibilidade de se casarem.

Parece óbvio que tal argumento é utilizado por pessoas que vivem de maneira adequada aos padrões tradicionais de casamento. Independente do indivíduo casar-se ou não, o fato do direito acolher essas uniões como legais e auxiliar a consolidar as relações trará, indubitavelmente, com o tempo, maior aceitação da parcela que ainda resiste e luta contra esses núcleos familiares.

Por esses motivos que a consolidação dessas relações não se trata de mera capricho, como defendido, trata-se de uma necessidade social. Não se discute aqui sobre ser certo ou errado, sobre o quão saudáveis são tais relações, tais questionamentos são de ordem da psicologia. Para o operador do direito basta saber uma coisa: tais relações já existem.

Tendo em vista que tais relações existem, não prejudicam ninguém e não constituem crimes, dessa feita não devem ser repudiados pelo direito e sim, dentro das medidas cabíveis, abrangidos.

Trata-se de um campo árduo, mais da seara da esfera legislativa.

CONCLUSÃO

Há diversas formas de constituir família que divergem na formação mais comum e tradicional e a Constituição Federal garante direito de liberdade sexual. Em que pese a Constituição trazer a expressão “entre homem e mulher” quando se refere a matrimônios, isso não constitui uma exclusão automática de outras formações, vez que não há proibição expressa.

Mais acertado o entendimento acerca da prevalência do artigo 5º, cláusula pétrea, levando-se em consideração princípios como a igualdade e a liberdade.

São raros os juristas que conseguem se ater a uma discussão puramente legal sobre o assunto, declinando de opiniões liberais ou preconceituosas sobre o tema e buscando uma visão legal. Liderando essa corrente está Maria Helena Diniz com seu brilhantismo e vasto conhecimento jurídico com uma interpretação restritiva da Lei.

Em que pese o presente trabalho concordar com uma interpretação mais abrangente da Lei, a fim de sanar os conflitos vividos atualmente e a omissão legislativa, não pactua parte do entendimento de alguns doutrinadores em diversos aspectos deveras extremados, como Maria Berenice Dias.

Conforme a análise histórica, todas as formações familiares que saem do padrão tradicional eram repudiadas pela Igreja, motivo pelo qual ainda há rugas na sua aceitação. Porém, o Estado é laico, há garantias de liberdade e igualdade para todos os cidadãos, e a matrimonialização e aceitação é sim dever do Estado e objeto de preocupação e atuação dos três poderes que dele emanam.

O matrimônio homossexual não é proscrito, portanto, aceitável com base nos princípios estudados e que constituem cláusula pétrea constitucional. Esse é o motivo do casamento ter sido permitido e já ser realidade jurídica no país.

A família monoparental não causa tanto furor social ou divergência e já é aceita e protegida juridicamente.

Por sua vez, a família poliafetiva encontra um campo de maior complicação. Apesar do presente dispor sobre a plena aceitação de qualquer formação familiar, o direito não está preparado para essa espécie de situação no que tange à área sucessória. Ou seja, a situação deve ser repensada pelo legislativo antes de uma atuação jurídica, que causaria insegurança.

Em que pese os diversos projetos de lei acerca do assunto da abrangência ou banimento dessas situações, falta uma visão moderada e principalmente, atuação do

legislativo que vem deixando parte da população marginalizada, dependendo apenas do auxílio judicial para dirimir seus conflitos.

BIBLIOGRAFIA

BARBOSA, Águida Arruma. Mediação: um PRINCÍPIO in Novos direitos após seis anos de vigência do código civil de 2002. Porto Alegre: Juruá, 2009.

CUNHA, Antonio Geraldo da. Dicionário etimológico da língua portuguesa. São Paulo: Lexikon, 2012.

DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva – o preconceito e justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 9ª ed. rev. at. am. Pg. 65. 2013: Revista dos Tribunais

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro – direito de família. Pg. 39. 2014: Saraiva.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro – direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2012

MADALENO, Rolf. Curso de direito de família – 5ª ed. Pg.46. 2013: Forense.

SCOTT, Ana Silvia. “O caleidoscópio dos arranjos familiares” in “Nova história das mulheres no Brasil”. São Paulo: Editora Contexto, 2012. Pg. 15

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: Temas de direito civil. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.