

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
Faculdade de Direito

2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO



**A CONSTITUIÇÃO E A DIGNIDADE HUMANA NA
TUTELA DAS FAMÍLIAS PÓS-MODERNAS**

CAMILLA DE ARAUJO CAVALCANTI

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra, no
âmbito do 2º Ciclo de Estudos em
Direito como requisito parcial para
obtenção do título de Mestre em
Ciências Jurídico-Políticas.

Menção: Direito Constitucional

Orientadora: Professora Doutora Maria
Benedita Malaquias Pires Urbano.

COIMBRA
2014

AGRADECIMENTOS

A Deus, arquiteto único da dádiva da vida, criador do Céu e da Terra e a Nossa Senhora de Fátima, meus guias espirituais, onipresentes neste percurso, minha humilde gratidão.

A minha família, reduto da mais ampla cumplicidade, meu porto seguro, para quem dedico este trabalho como forma do meu (e nosso) sacrifício para fazê-lo com muito louvor, onde deposito todo o meu amor, agradeço para além da eternidade.

Um caminho muito longo e árduo foi percorrido até aqui e, nesse caminho, muita gente passou, deixando um pouco de si e, inevitavelmente, levando um pouco de nós. A estas pessoas, amigos de perto, amigos de longe, amigos antigos e nem tão antigos assim, muito obrigada!

Agradeço também, a minha orientadora Maria Benedita Urbano, quem dedicou grande parte do seu tempo e disposição na construção desta obra, com todo seu brilhantismo.

“A moral, propriamente dita, não é a doutrina que nos ensina como sermos felizes, mas como devemos tornar-nos dignos da felicidade.”

Immanuel Kant

RESUMO

A presente dissertação tem como traço primordial o estudo das novas entidades familiares pós-modernas e sua tutela através das Constituições, especialmente a dignidade da pessoa humana. A referência feita aos arranjos familiares primitivos até os mais recentes visa elucidar as modificações pelas quais a estrutura e o conceito de família transmudou-se ao longo dos séculos. Do matrimônio por grupos à ascensão do patriarcalismo, a família pôde ser entendida como um conceito único e invariável – a casa comandada pelo pai, a ele subordinados a mãe e os filhos –, modificou-se para a família como um lugar de promoção da dignidade das pessoas que a compõem, um ambiente democrático, horizontal, socioafetivo. Todavia, as modificações dos conceitos atinentes à família estão ainda em fase de aceitação, pois se vive um período de pós-modernidade, no qual há relutâncias em favor da permanência de conceitos engessados do passado, causando preconceitos impensáveis em eras contemporâneas, a exemplo da família composta por pessoas do mesmo sexo, a tutela da família simultânea, à socioafetividade e, mais recentemente, a multiparentalidade e a verdade afetiva prevalecendo sobre os vínculos biológicos. Por esta razão, uma nova legislação para as famílias encontra-se em estado de premente necessidade, pois ao Poder Judiciário, inclusive às Cortes Constitucionais, chegam situações não previstas pelo legislador, insurgindo a hipótese de ativismo judicial, no entendimento de doutrina especializada no assunto. Assim mesmo, as demandas sociais familiares não pensadas pelo legislador são protegidas através da dignidade humana, em respeito ao princípio da igualdade das entidades familiares, inexistindo hierarquia entre elas, liberdade dos indivíduos em comportarem-se segundo suas convicções e orientações sexuais, religiosas, etc, fundamentos das Constituições democráticas contemporâneas.

Palavras-chave: Constituição, dignidade humana, famílias pós-modernas.

ABSTRACT

The present dissertation has the primary trait the study of the new postmodern family entities and their guardianship through the Constitutions, especially the dignity of the human person. The reference made since the primitive until the most recent family arrangements aim to elucidate the modification in the structure and the concept of family, that has transmuted over the centuries. From wedding groups to patriarchy, the family can be understood as a single concept and invariable, the house commanded by his father - mother and children subordinated to him - moved to the family as a place to promote the dignity of the people who make it up a democratic, horizontal and socioaffective environment. However, changes relating to the family concepts are still being accepted because a period of postmodernity is lived, in which there is reluctance on behalf of the permanence of concepts in casts of the past, causing unthinkable prejudices in contemporary eras, for example a family composed of persons of the same sex, the simultaneous tutelage of family, socioaffective and, more recently, multiparentality and affective truth prevailing over biological ties. For this reason, a new legislation for families is in a state of pressing need because to the judiciary, including the Constitutional Courts, arrive unforeseen situations by the legislator, rising up the hypothesis of judicial activism, in understanding specialized doctrine on the subject . Likewise, family social demands thoughtless by the legislator are protected by human dignity, on respect for the principle of equality of family entities, the absence of hierarchy among them, freedom of individuals to behave according to their beliefs and sexual orientations, religious, etc, fundamentals of contemporary democratic constitutions.

Key-words: Constitution, human dignity, postmodern families

LISTA DE SIGLAS

a.C – antes de Cristo

ADFAS – Associação de Direito de Família

ADI – Ação Direita de Inconstitucionalidade

CCB – Código Civil brasileiro

CRP – Constituição da República Portuguesa

IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família

IBGE – Instituto de Geografia e Estatística

Ifop – Instituto Francês de Opinião Pública

INSEE – Instituto Nacional de Estatística e de estudos Econômicos

LGBT's – Lésbicas, Gays, Bissexuais e Travestis

ONU – Organização das Nações Unidas

Pacs – Pacto Civil de Solidariedade

PNAD – Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílio

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TEDH– Tribunal Europeu de Direitos Humanos

TSE – Tribunal Superior Eleitoral

UFMG – Universidade Federal de Minas Gerais

UNICASP – União dos Juristas Católicos de São Paulo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I- A EVOLUÇÃO DA INSTITUIÇÃO FAMILIAR AO LONGO DOS TEMPOS	13
Seção I – A (r) evolução dos arranjos familiares – da família primitiva às famílias da pós-modernidade	14
1. Da família primitiva ao império do pai – o triunfo do patriarcalismo	14
1.1 Da monogamia nas civilizações clássicas de Roma e Grécia às sociedades burguesas	16
1.2 Do poder absoluto do pai à ascensão da democracia familiar – uma revolução de conceitos	20
Seção II – A família tradicional e as outras formas de arranjos familiares.....	25
2. As famílias plurais	25
2.1 A família tradicional pós-moderna.....	29
2.2 União Estável e União de facto	30
2.3 Família Homoafetiva	35
2.4 Família Monoparental	38
2.5 Família Anaparental.....	43
2.6 Família Simultânea (ou Paralela) e a Teoria do Poliamor	44
2.7 Família Recompоста ou Mosaico	49
2.8 Família Transnacional.....	51
3. Socioafetividade e Multiparentalidade	52
CAPÍTULO II – A TUTELA DA FAMÍLIA: DO DIREITO CLÁSSICO AO CONTEMPORÂNEO	56
2.1 Da família no Direito natural ao Positivismo do século XIX	56
2.2 A tutela da família no Direito clássico.....	61
2.3 As Constituições e a tutela da família	66
2.3.1 A Constituição da República Portuguesa e a guarda da família	70

2.3.2 A família na Constituição Federal Brasileira	73
2.3.3 A família noutras Constituições.....	75
2.4 A família do Direito Moderno.....	76
3. O Direito pós-moderno e a tutela Constitucional da família	80
3.1 Neoconstitucionalismo e dignidade da pessoa humana	83
CAPÍTULO III – A TUTELA CONSTITUCIONAL DA FAMÍLIA PÓS-	
MODERNA	91
3.1 Princípio da Afetividade.....	92
3.2 A jurisprudência no direito da família pós-moderna	98
3.3 Fundamentação das decisões judiciais: Ativismo judicial?.....	105
3.4 A família da Constituição brasileira: <i>numerus clausus</i> ou <i>numerus apertus</i> ?	114
3.5 Estatuto das Famílias – PLS 470/2013	116
CONCLUSÃO.....	121
REFERÊNCIAS	125

INTRODUÇÃO

As Constituições atuais, e os Tribunais Constitucionais, até atingirem a força normativa que hoje detêm, foram fruto de grandes acontecimentos sociais, o maior deles, a segunda guerra mundial. O Código Civil, ao revés, resultou da Revolução francesa, servindo de norte para a codificação privada em outros países do mundo, como o Brasil, em 1916, e Portugal, em 1867.

Para além das codificações, tanto a constitucional, como a cível, a família sempre existiu, até mesmo antes das citadas codificações, evoluindo desde os tempos primitivos ao contemporâneo. Destarte, a tutela da família só foi possível na sua forma tradicional, modelo através do qual se apresentava na época das primeiras leis escritas.

O conceito, portanto, de família tradicional, patriarcal, hierárquica, biológica, instituição sacralizada pela igreja, foi concretizado no período moderno (século XVIII a meados do século XIX), se tornando o único aceitável na sociedade, deixando marginalizados os modelos familiares que a contemporaneidade trouxe com a pós-modernidade.

A legislação da atualidade, devido ao caráter supremo da família tradicional, não abrange os modelos familiares diversos, que se configuram na forma de vários tipos de entidades, a saber, a família monoparental, homoafetiva, anaparental, simultânea, recomposta, transnacional, estendendo-se às uniões sem casamento, até então inimagináveis.

O fato é que demandas sociais que pugnam pela defesa das entidades familiares variadas crescem cada vez mais no judiciário, sendo este poder “obrigado” a prestar-lhes a devida equidade, sob o fundamento da dignidade humana, dada a ausência de normas específicas infraconstitucionais, incidindo, no sentir de alguns doutrinadores, em ativismo judicial, vale dizer, ilegitimidade democrática para os juízes decidirem de tal forma, na ausência de leis.

O relevo dado aos Tribunais superiores e às Cortes Constitucionais se dá na maior participação destes órgãos supremos na resolução dos casos inéditos que permeiam o direito de família pós-moderno, período no qual este ramo do Direito ainda não recebeu a devida atenção do Poder Legislativo, pois os conceitos tradicionalistas de séculos atrás ainda movem,

em menor intensidade, o período da pós-modernidade, relegando a evolução das entidades familiares ao vazio legislativo.

A dignidade humana, principalmente com a Declaração de Direitos da ONU no pós-guerra, vem sendo a grande chave para abrir as portas para a diversidade familiar que hoje se apresenta nas demandas do Judiciário, tendo em vista o caráter subjetivo dos novos elos familiares, como a procura dos indivíduos pela felicidade plena, inclusive após a Lei do Divórcio; a evolução das técnicas de fertilização assistida; a ascensão da afetividade como parâmetro para emergir a importância da verdade socioafetiva sobre a biológica, e novos vínculos familiares, a multiparentalidade, enfim, resta ao fundamento constitucional da dignidade humana a observância das novas formas de arranjos familiares.

Projetos de lei no sentido de prever as mutações familiares do século XXI encontram-se em fase de tramitação no Congresso Nacional brasileiro, o qual é alvo de críticas sob fundamentos religiosos e preconceitos retrógrados, o que impossibilita a aprovação das normas do direito de família, restando, por esta razão, à Constituição, a defesa dos direitos fundamentais dos indivíduos em comportarem-se segundo suas convicções e individualidade.

Esta nova realidade social serviu de norte para melhor elucidação do tema proposto.

A dissertação seguiu os métodos do trabalho científico, sendo do tipo qualitativa e quantitativa, teórica e descritiva, estudadas a origem, os desenvolvimentos do tema em questão. Serão explorados os conceitos que a doutrina emana acerca da evolução da família ao longo dos tempos, a importância das Constituições e sua força normativa, sobretudo da dignidade humana.

O método dedutivo de abordagem se fará presente no trabalho, para melhor compreender as mutações ocorridas na sociedade, em especial no que se refere às famílias e às consequências que a não observância da pluralidade familiar nas leis escritas podem trazer para o judiciário. A técnica de pesquisa utilizada é a bibliográfica, sendo feitas pesquisas na doutrina e na jurisprudência dos tribunais em respeito à tutela das famílias pós-modernas.

Para tanto, o trabalho foi dividido em três capítulos. No primeiro, resta consignada a evolução da instituição familiar ao longo dos tempos. Optamos pela sua divisão em duas seções: na primeira, trataremos da referência aos primeiros grupos humanos da era primitiva, seu modo de organização e do tratamento dado ao direito materno, ao triunfo do

patriarcalismo, enfatizando a transição para o poder do pai dentro da instituição familiar desde as civilizações da Grécia e Roma antigas ao surgimento das sociedades burguesas. Serão ainda levados em consideração na primeira parte do capítulo I, os conceitos relativos à convivência doméstica e da família como instrumento da realização dos seus membros e defesa da dignidade de todos que a compõem.

Na segunda seção, ainda do primeiro capítulo, serão definidas as formas de arranjos familiares, o modo pelo qual se constituem, chegando ao tratamento da socioafetividade e multiparentalidade, todos respaldados na afetividade, princípio que deriva da dignidade humana no reconhecimento das novas formas de famílias hoje apresentadas.

A tutela da família desde o direito clássico ao contemporâneo é referida no segundo capítulo da dissertação. Revelaremos que desde o jusnaturalismo há uma espécie de direito natural que protege os homens do próprio homem, sem, contudo, a existência de normas escritas neste sentido, até o surgimento do positivismo jurídico do século XIX, período no qual foi dada à família regulamentação escrita – diga-se, à família da época, portanto, à tradicional. Somente com as primeiras Constituições pôde-se fazer uma análise da proteção constitucional desferida à família, com referências à Constituição da República portuguesa, da brasileira, passando pela de outros países, a exemplo da Alemanha e Espanha.

O direito pós-moderno também é referido no que consiste à previsão da proteção à família, sobre tudo em período de neoconstitucionalismo e da virada kantiana, era de maior aproximação do Direito à moral, à filosofia, à importância do homem na defesa da sua dignidade e, portanto, o direito de comportar-se segundo suas convicções.

Por último, o capítulo três mencionará a forma pela qual a Constituição protege a família da pós-modernidade, em sua pluralidade. Para tanto, o conhecimento do princípio da afetividade, decorrente da dignidade humana, é de fundamental importância para a compreensão de muitos dos anseios do homem contemporâneo. A jurisprudência brasileira tem dado supremacia à afetividade nalguns casos, embora parte do próprio judiciário ainda não tenha encontrado um ponto de intersecção neste sentir. Nesta senda, importante referir as fundamentações das decisões dos juízes, as quais podem ser objeto de ativismo judicial (pois não existem normas expressas no sentido da proteção das famílias pós-modernas), mesmo que de forma interpretativa.

Para não incorrer num suposto ativismo, a análise do artigo 226 da Constituição Federal do Brasil traz um rol expresso de algumas entidades familiares diferentes da tradicional, servindo de modelo exemplificativo, entendimento este pacificado na doutrina e jurisprudência brasileiras, o que torna o dispositivo como ilimitado para a observação dos mais diversos agrupamentos familiares, pautados, contudo, na ostensibilidade, estabilidade, afetividade e *animus* de constituir família.

Ainda no último capítulo, a referência ao projeto de lei que visa regulamentar a pluralidade familiar, que traz as inovações necessárias para a guarda da família da atualidade, poderia demonstrar-se como solução para o comportamento não ativista dos juízes, e mais ainda, mostra a necessidade que reveste em ser promulgado um estatuto para as famílias que não mais conseguem subsumirem-se às leis existentes.

CAPÍTULO 1 - A EVOLUÇÃO DA INSTITUIÇÃO FAMILIAR AO LONGO DOS TEMPOS

As incessantes discussões acerca do alcance das normas constitucionais no chamado direito pós-moderno não obstam sua aplicação no direito privado. Ao contrário, com a chamada eficácia horizontal dos dispositivos constitucionais se faz presente necessariamente nas relações sociais as ditas normas, advindas com as mudanças de padrões das referidas relações.

Com a família da pós- modernidade não se deu de forma diferente. Deu-se, ao revés, de forma obrigatória a incidência das normas supremas, em decorrência da mudança de paradigmas antes ditos como corretos e imutáveis. Referimo-nos aos conceitos de família da idade antiga, primitiva, em relação às considerações novas das relações familiares.

A família, após percorrer as transformações que lhe foi inerente, desde os tempos primitivos que antecederam o próprio Estado, consagrou-se como a instituição base da organização da sociedade. Por esta razão, com o advento da codificação das leis, a exemplo do Código de Napoleão de 1804, estabeleciam-se regras de comportamentos ditos corretos para a chamada família tradicional.

Com o direito pós-moderno, contudo, a regra de que a família tradicional é a unicamente válida, porque prevista expressamente na lei, perde espaço aos para os anseios das sociedades modernas, globalizadas. As famílias, no plural, em virtude dos seus mais amplos modelos, constituem-se sem previsão legal.

A ausência de normas reguladoras dos vínculos familiares inéditos exige que o ordenamento jurídico se posicione de alguma forma, seja tutelando ou reconhecendo direitos que surgem com as mutações sociais, em especial no que tange à esfera doméstica.

E, como é consignada a presença de vínculos parentais novos, necessária a aplicação dos Direitos Fundamentais no resguardo desses novos elos formados ainda sem a previsão de leis infraconstitucionais, específicas aos casos em concreto.

Imperioso ressaltar, todavia, que, diante desses novos fatos familiares, sem tutela normativa, é dado caráter de repercussão geral a muitos casos que envolvem relações familiares diversas do modelo tradicional, requerendo ao guardião da Constituição, o

Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro, e ao Tribunal Constitucional, em Portugal, o papel de observadores das referidas mudanças no direito de família e a consequente resolução desses conflitos familiares ainda não previstos pela lei civil.

Nesse sentido, para maior compreensão acerca da necessária incidência do diploma Constitucional nas famílias do novo século, traremos, neste capítulo, a descrição dos arranjos familiares primitivos, passando pela evolução conceitual do referido tema -se é que existe um conceito universal da família- até a forma pelas quais hoje se apresenta.

Passaremos, portanto, ao estudo da evolução do surgimento das famílias até a forma como hoje se mostram.

Seção I - A (r) evolução dos arranjos familiares – da família primitiva às famílias da pós-modernidade

1. Da família primitiva ao Império do pai – o triunfo do patriarcalismo

Desde os primórdios da humanidade, aufere-se a presença de agrupamentos entre pessoas, as chamadas tribos, formados predominantemente pela presença das mulheres nas aldeias, e dos homens na caça. A esta fase primitiva de formação de agrupamentos, compreende-se, nas relações entre homens e mulheres, o sexo promíscuo, no qual todos os homens pertenciam a todas as mulheres e que cada mulher pertencia igualmente a todos os homens¹.

Por esta razão, as designações relativas ao parentesco tais como pai, filho, irmão, irmã, não são simples títulos honoríficos, mas, ao contrário, implicam em sérios deveres recíprocos, perfeitamente definidos, e cujo conjunto forma parte essencial do regime social desses povos². Isto porque, conforme acentua Engels, todos os filhos de irmãos e irmãs, sem exceção, são irmãos entre si e são considerados filhos comuns, não só de sua mãe e das irmãs dela, ou de

¹ ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. 9ed. Trad. Leandro Konder. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira SA, 1984, p. 31. Cita o autor, entretanto, os estudos de Bachofen, para quem, ao contrário, não se tratava de promiscuidade, mas “sim a uma forma muito posterior: o matrimônio por grupos.”

² Ibid. p.29.

seu pai e dos irmãos dele, mas também de todos os irmãos e irmãs de seus pais e de suas mães, sem distinção.³

Retrata o autor supra, *mutatis mutandis*, que os filhos de uma mulher são igualmente filhos de seus tios e irmãos de seus primos, decorrendo, desta relação estreita de parentesco os deveres de cuidado entre todos os membros da família.

Os descendentes, portanto, são considerados comuns devido à prática da poligamia pelos homens, e da poliandria pelas mulheres, não havendo possibilidade alguma de identificar a ascendência dos filhos pela linha paterna, tampouco há que se falar na proibição incesto como valor moral.

Engels⁴ retrata a importância da mulher nas aldeias pelo fato de que a certeza de reconhecer um filho como próprio cabia unicamente a elas. Deste “poder”, decorria uma certa supremacia feminina nas fases inferior, média e superior da barbárie, ou seja, quando a evolução das práticas domésticas passaram da domesticação e criação de animais, somando-se a isto o cultivo de plantas, até a chamada idade dos metais.

Assim, diante das técnicas domésticas da barbárie como o condicionamento dos alimentos em casa e o uso dos utensílios domésticos, faziam crescer a importância das mulheres como provedoras das tribos, consideradas superiores aos homens, inclusive fazendo surgir o chamado “direito materno”, o que garantia-lhes a certeza de reconhecerem os filhos como seus⁵.

No entanto, percorrendo o período do constante aperfeiçoamento dos utensílios de caça, sobretudo com o domínio do manuseio dos metais, como a fundição do ferro, aos homens foi facilitada maior acumulação de bens, considerados como sendo seus instrumentos de caça, podendo, em caso de separação da tribo- pois as mulheres podiam expulsá-los nos casos de desentendimentos-, levá-los consigo.

A consequência, nessa fase superior da barbárie, qual seja, o domínio dos metais pelos homens nas tribos, fez crescer a importância do gênero masculino, pois aumentava o acúmulo de insumos para o sustento da família, fazendo, de modo indireto, surgir a ruptura com o direito materno, ou seja, a linha de descendência seria agora determinada pela linha

³ Ibid. p. 30.

⁴ Ibid. p. 50-51.

⁵ Cfr. ENGELS, Friedrich. *Op. Cit.* p. 51.

masculina, de modo que os descendentes de um membro masculino pertenceria às gens de seu pai, enquanto que os de um membro feminino, seria excluído da tribo.

Paulatinamente foi-se abolindo o direito materno nas tribos e crescendo, sobremaneira, o direito hereditário paterno. Inicia-se, nesse período, a transição do matrimônio por grupos, sidiásmico, para a monogamia⁶.

A supremacia do poder masculino se dá de forma definitiva e é um dos sintomas da civilização nascente. Baseia-se no predomínio do homem; sua finalidade expressa é a de procriar filhos cuja paternidade seja indiscutível; e exige-se essa paternidade indiscutível porque os filhos, na qualidade de herdeiros diretos, entrarão, um dia, na posse dos bens de seu pai. Os laços conjugais não podem ser rompidos, ao contrário do que ocorria quando da força feminina nas tribos. Agora, como regra, só o homem pode rompê-los e repudiar sua mulher. Ao homem, igualmente, se concede o direito à infidelidade conjugal, sancionado ao menos pelo costume.⁷

1.1 Da monogamia nas civilizações clássicas de Roma e Grécia às sociedades burguesas

O tipo de agrupamento familiar monogâmico começa a se formar na idade antiga pela presença de grande número de indivíduos sobre os cuidados de um poder central, o chefe da casa, chamado, em Roma, de *pater famílias*.

O termo família começa a ser empregado, mas não como a relação entre marido, mulher e filhos, mas sim na reunião de pessoas dependentes do *pater*, inclusive dos escravos⁸.

⁶ Ibid. p.62. O autor retrata essa passagem como o “desmoronamento do direito materno, a grande derrota histórica do sexo feminino em todo o mundo. O homem apoderou-se também da direção da casa; a mulher viu-se degradada, convertida em servidora, em escrava da luxúria do homem, em simples instrumento de reprodução. Essa baixa condição da mulher, manifestada sobretudo entre os gregos dos tempos heróicos, e, ainda mais, entre os dos tempos clássicos, tem sido gradualmente retocada, dissimulada e, em certos lugares, até revestida de formas de menor suavidade, mas de maneira alguma suprimida.”

⁷ ENGELS, Friedrich. Op. Cit. p. 66.

⁸ LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 8. Relata o autor que “a expressão foi inventada pelos romanos para designar um certo número de escravos, submetidos ao poder paterno romano, como direito de vida e morte sobre todos eles. Essa família seria baseada no domínio do homem, com expressa finalidade de procriar filhos de paternidade incontestável, inclusive para fins de sucessão.”

A instituição familiar romana era composta basicamente em torno da autoridade do *pater famílias*, quem detinha o domínio da casa e é assim chamado mesmo que não tenha filho, pois o termo não é apenas de relação pessoal, mas de posição de direito⁹.

Decorrente disto, faziam parte da família, além da esposa e dos filhos, os irmãos do *pater famílias*, a fim de dar continuidade ao domínio do patrimônio deixado por seu *pater*, os escravos, constituindo as famílias agnáticas. Somente em um período posterior, com a evolução de conceitos religiosos e morais, chamada época pós-clássica, o reduto familiar dá mais ênfase aos laços consanguíneos, formando as famílias cognáticas, decorrendo algumas mudanças.

Passado o período da família justinianeia¹⁰, foram observadas as mutações na essência na família romana. O caráter natural ou consanguíneo incide com mais intensidade, sendo relacionado com o critério patrimonial, isto é, os bens pertencentes à mulher não são inseridos na família de seu marido, sendo a sucessão, nesse período, estabelecida entre a mãe e seus descendentes, o que não havia nas famílias de períodos anteriores¹¹, e, como outra alteração, impõe-se à mãe a guarda de seus filhos, em caso de má conduta do *pater famílias*.

Passados esses períodos anteriormente mencionados, a família romana toma a feição da família patriarcal e hierarquizada, como herança do *patria potestas* romano; sacralizada, matrimonializada e heteroparental, uma vez que a influência do Direito Canônico institui a família a partir do casamento, como dogma católico; biológica, decorrente das famílias cognáticas, principalmente em detrimento do objetivo patrimonial e sucessório, sem olvidarmos da função reprodutiva fundado na bíblica ideia de “dois em uma só carne”¹².

Na Grécia, por sua vez, a referência feita às mulheres de Atenas¹³, especialmente por sua submissão, fez evidenciar a existência das obrigações conjugais. Considerava-se que o

⁹ VOLTERRA, Edoardo. Apud JUSTO, Santos. Direito Privado Romano – IV, In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 14.

¹⁰ Época entre 530-565 a.C, caracterizada pelo período da criação do *digesto* à morte do imperador Justiniano, quando se dá a helenização, ou seja, retomada dos valores da antiguidade clássica de Roma e Grécia.

¹¹ A referência aos períodos que antecederam a família cognática é denominada de período pós-clássico (230-250 a.C).

¹² Mateus, 19,5-6.

¹³ Referência às mulheres de Atenas é feita pelo cantor e compositor brasileiro Chico Buarque, “aquelas mulheres de Atenas vivem pros seus maridos orgulho e raça de Atenas, quando amadas, se perfumam, se banham com leite, se arrumam suas melenas, quando fustigadas não choram, se ajoelham, pedem imploram mais duras penas; cadenas. Mirem-se no exemplo daquelas mulheres de Atenas sofrem pros seus maridos poder e força de Atenas, quando eles embarcam soldados, elas tecem longos bordados mil quarentenas e quando eles voltam, sedentos querem arrancar, violentos, carícias plenas, obscenas (...) (*Mulheres de Atenas, Chico Buarque*).

casamento grego era uma carga, um dever para com os deuses, o Estado e seus antepassados, dever que estavam obrigados a cumprir.¹⁴

Após o período clássico da antiguidade greco-romana a ideia de acumulação de riquezas tornou-se tendência das sociedades de idades posteriores, a exemplo da idade Média, quando, por consequência das práticas comerciais, fez surgir a burguesia. Nessa época, a família construída sobre o matrimônio, criadora de uma célula social, fez aparecer uma nova noção para o instituto, a família conjugal ou nuclear, que pôde se desenvolver graças às condições econômicas e técnicas favoráveis, como o desbravamento de terras e sua consequente exploração¹⁵.

Também nesse período, o matrimônio era considerado um ato político, um contrato firmado pelas partes interessadas, no qual cada um dos nubentes tinha seu preço, restando para segundo plano a importância das qualidades pessoais. Normalmente, a noiva de um jovem príncipe é escolhida pelos pais dele, de igual forma cabiam as escolhas dos cavaleiros e barões, tudo como uma questão de aumento de poder mediante a formação de novas alianças¹⁶. Era a propriedade privada se sobrepondo aos interesses sentimentais dos indivíduos, o casamento como verdadeiro arranjo econômico.

Assim, reduzida à dona de casa, quase que enclausurada, dedicada única e exclusivamente ao marido, o papel da mulher no modelo monogâmico patriarcal fincou raízes no período moderno. Considerada incapaz de assumir em condições de igualdade as mesmas tarefas do homem no espaço público, o *status* da mulher na família e na sociedade é depreciado, praticamente nulo. A sociedade burguesa se desenvolve com a generalização do modelo de família patriarcal.¹⁷

A hierarquia, inerente ao poder do pai exercido dentro de sua casa como poder supremo e absoluto, é indispensável como voz preponderante. Nas palavras de Janet¹⁸, constata-se:

A mulher, varonil no momento, mas tímida por natureza e por hábito, carece de defensor que a livre da violência e do insulto. O homem é o braço da família; e é

¹⁴ ENGELS, Friedrich. Op. Cit. p. 70.

¹⁵ RENAUT, Marie Hélène. *Histoire du droit de la famille*. 2^e édition. Paris: Ellipses Édition. 2012, p.10. Seguindo o entendimento da cooperação familiar na produção, Cfr. BONILINI, Giovanni. *Manuale de diritto di famiglia*. Seconda edizione. Torino: Editrice Torinese, 2002, p.4-5. Para o autor, “*l’immagine di grande famiglia aristocratica, sia a quella borghese o contadina, legata com’era all’idea di cooperazione produttiva.*”

¹⁶ ENGELS, Friedrich. Op. Cit. p. 85-86.

¹⁷ SIERRA, Vânia Morales. *Família: teorias e debates*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 58.

¹⁸ JANET, Paulo. *A família: lições de filosofia moral*. 3ed. Porto: Typographia de António José da Silva Teixeira, 1865, p.28-29.

notável que se não é também ao mesmo tempo a cabeça, então passa para o lugar de servo mercenário ou soldado obediente. (JANET, 1865, p. 29).

De fato, no século XIX é que se pôde perceber o apogeu no sistema patriarcal familiar. À vida política e social da época somente competiam aos homens, enquanto que ao sexo feminino cabia administrar o interior com ordem e elegância: governar os criados com firmeza e docilidade; elevar-se ao nível do marido por uma educação culta¹⁹.

No mesmo entendimento de família patriarcal, escreve Tocqueville²⁰ a respeito da família aristocrática:

Entre os povos aristocráticos, a sociedade não conhece, na verdade, senão o pai. Só recebe os filhos pelas mãos do pai; governa-os, e ele os governa. Assim, o pai não só possui um direito natural; tem também o direito político de comandar. É o autor e o sustentáculo da família, e também é seu magistrado. (TOCQUEVILLE, 1987, p. 447)

Cabendo-lhes, portanto, a vigilância da casa, em relação aos cuidados despendidos ao esposo e aos filhos, muitas mulheres eram criadas e educadas, desde pequenas para esse ofício. Aprendiam desde cedo a bordar, a cozinhar e tomar as lições com as mulheres mais velhas em como proceder na sociedade patriarcal excludente.

Os sacramentos da igreja católica, cujos dogmas se fazem ainda presentes nas sociedades portuguesa e brasileira, a exemplo do matrimônio, indissolúvel, fazia as meninas sentirem-se atreladas ao encargo do casamento para sempre, restritas à vida social doméstica.

A título ilustrativo, na época do Brasil império²¹, muitos costumes patriarcais foram herdados da sociedade portuguesa, sempre presente no país. Os grandes latifúndios canavieiros implantados retratavam bem o forte regime patriarcal. Os engenhos reuniam muitas pessoas, entre familiares, criados e escravos. Era muito comum, inclusive, o

¹⁹ JANET, Paulo. Op. Cit. p. 74. Continua o autor retratando, para a realidade da época, o direito de igualdade entre os sexos. Em se tratando de igualdade política, “eu creio que as mulheres não terão ciúmes d’ella. A igualdade civil? É atribuição da lei e do código, e aos juriconsultos pertence discutir esse ponto. Igualdade no governo? Mas essa é impossível: porque, n’uma sociedade composta de duas pessoas, se não há accordo constante, é precisa uma voz superior. Finalmente, a igualdade moral? Essa sim, essa é verdadeira, é evidente, é condição essencial em uma família completa e feliz: mas esta pode alliar-se á desigualdade do governo”.

²⁰ TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. São Paulo: Itatiaia; Edusp, 1987. p.447.

²¹ Considera-se esse período a época em que o Rei D. João VI, em 1808 instalou a corte portuguesa no Brasil, deixando seu filho, D. Pedro I, quem , em 1822 proclamou a independência do Brasil, sendo a República apenas admitida em 1889.

concubinato entre os senhores e escravas²². Ainda no Brasil patriarcal, tinha-se presente o costume de as mulheres casarem-se cedo, aos treze, quatorze anos²³.

A supremacia masculina fazia dos donos dos engenhos, mais especificamente no nordeste do Brasil, serem chamados por suas esposas de “senhores”, sendo as mulheres dos idos de 1890 consideradas em patamares quase que no mesmo nível dos escravos. As meninas criadas em ambiente rigorosamente patriarcal, estas viveram sobre a mais dura tirania dos pais -depois substituída pela tirania dos maridos.²⁴

A mulher devia ser, portanto, uma boa dona de casa. Nos relatos de Del Priore,²⁵ ela:

devia aplicar esforços no bom comando de escravos e empregados, e na excelente educação dos filhos, além de conhecer e praticar todos os pontos de bordado. Entre as elites, também cantar e tocar piano. Ela devia ser reservada no comportamento, evitando tanto o riso demasiado quanto os bocejos do tédio. Sendo o casamento indissolúvel, devia-se evitar contato com divorciadas e separadas, consideradas maus exemplos. (DEL PRIORE, 2013, p.53.)

A monogamia não aparece na história, portanto, absolutamente, como uma reconciliação entre o homem e a mulher e, menos ainda, como a forma mais elevada do matrimônio. Pelo contrário, ela surge sob a forma de escravização de um sexo pelo outro, como proclamação de um conflito entre os sexos, ignorado, até então na pré-história.²⁶

1.2 Do poder absoluto do pai à ascensão da democracia familiar – uma revolução de conceitos

A partir do século XIX, a ideia de família como conceito único, sofreu algumas modificações, sendo considerado que esta instituição tenha passado por uma verdadeira revolução. Não se trata, em nosso entendimento, de revolução de conceito²⁷, mas de uma

²² FREYRE, Gilberto. *Casa Grande e senzala: formação da família brasileira sob o regime patriarcal*. 48ed. São Paulo: Global 2003. p. 384

²³ FREYRE, Gilberto. Op. Cit. p. 429. Ainda em relação ao casamento prematuro, o autor descreve que, na sociedade patriarcal brasileira, “quem tivesse sua filha, que a casasse meninota. Porque depois de certa idade as mulheres não pareciam oferecer o mesmo sabor de virgens ou donzelas que aos 12 ou 13 anos”.

²⁴ FREYRE, Gilberto. Op. Cit. p. 510.

²⁵ DEL PRIORE, Mary. *Histórias e conversas de mulher*. 1 ed. São Paulo: Planeta, 2013. p. 53.

²⁶ ENGELS, Friedrich. Op. Cit. p. 86.

²⁷ SIERRA, Vânia Morales. Op. Cit. p. 71. Para a autora, as mudanças na família do século XX “foram geradas a ponto de conceber a morte da família como instituição”.

modificação em sua estrutura, dadas as mutações ocorridas na sociedade a partir do referido século.

A ideia única de família patriarcal começa a ser relativizada. Não se trata da morte da instituição. Definitivamente, trata-se de novos paradigmas, novos horizontes vistos para vários tipos de famílias, conforme será posteriormente analisado, em função de mudanças sociais relevantes.

Os movimentos sociais que comportam a responsabilidade pela mutação do conceito único de família iniciaram-se no século XIX, questionando a razão da não participação da mulher na vida político-social.

No período pré-industrial, por exemplo, as famílias eram compostas por grande número de membros, isso porque o grupo familiar produzia quase a totalidade do que consumia. A *domus* era a propriedade produtiva.

Maria Berenice Dias, sobre a mutação dos costumes domésticos, bem acerta ao afirmar que a família:

tinha uma formação extensiva, de produção com amplo incentivo à procriação. Como era entidade patrimonializada, seus membros representavam força de trabalho. O crescimento da família ensejava melhores condições de sobrevivência a todos. O núcleo familiar dispunha de perfil hierarquizado e patriarcal²⁸ (DIAS, 2013, p. 28).

E é a partir dessa conjuntura que a estrutura e conceito de família altera-se, sem, contudo, deixar de existir em sua forma tradicional. A relativização do conceito se dá de modo que ele deixa de ser o único correto e aceito.

De início, com a fase industrial, o modelo familiar é desconstruído principalmente porque as fábricas são ocupadas por trabalhadores, reunindo, muitas vezes, pai, mãe e filhos num mesmo ambiente laboral. Já no período do capitalismo avançado²⁹ demarcado pelo advento da globalização, a família passa a ser nuclear e construída das mais variadas formas.

Diante de tais mudanças sociais ocorridas já no século XX, a instituição familiar democratizou-se, e os motivos foram vários, a começar pelos movimentos feministas que

²⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das famílias*. 9 ed. Rev., atual., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.28.

²⁹ GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 11ed. Revista e atualizada por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense Editora, 1999 p.17.

prezavam pela maior participação da mulher na vida da sociedade, uma vez que os homens eram vistos como, sobretudo, ligados às ocupações da esfera da vida privada, econômica e política e responsáveis por elas, enquanto as mulheres seriam responsáveis pelas ocupações da esfera privada da domesticidade e reprodução. Eram as mulheres consideradas como “naturalmente” inadequadas à esfera pública, dependentes dos homens e subordinadas à família³⁰.

No movimento feminista, por sua vez, as mulheres defenderam os direitos e oportunidades, como a educação, o sufrágio, com o argumento de que fariam dessas mulheres esposas e mães melhores, ou que as capacitariam para trazer sua sensibilidade moral especial, desenvolvida na esfera doméstica para o mundo da política. Essas feministas do século XIX e início do século XX, nem questionavam o papel especial das mulheres na família, apenas lutaram pelos referidos ensejos³¹.

Assim, elas inserem-se no mercado de trabalho, não só para buscarem a independência financeira, mas para contribuir com o sustento doméstico, dadas as mudanças econômico-sociais da economia capitalista vigente. Cresce, também nessa fase, o aumento do número de divórcios e, como consequência, rearranjos familiares. O avanço da ciência, de igual forma, ilustrada nas técnicas de procriação medicamente assistida, contribuiu para a conquista da “autonomia” feminina³².

No Brasil, a partir da década de 60, a legislação avança, e com a lei nº 4.121 de 1962, conhecida como o Estatuto da mulher casada, retira a condição de subalternidade e discriminação em face do marido; já em 1977, com a lei nº 6.515, a Lei do divórcio assegura aos casais separados a possibilidade de reconstituírem suas vidas, casando-se com outros parceiros³³.

³⁰ OKIN, Susan Moller. Gênero, o público e o privado. *Revista de estudos feministas*. Florianópolis., 16(2): p. 307, maio-agosto/2008.

³¹ OKIN, Susan Moller. Op. Cit. p. 312.

³² A respeito das mutações sociais, cfr. STOLZE GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume 6: Direito de família – as famílias em perspectiva constitucional*. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva: 2013. p.52. Para os autores, “a formação dos grandes centros urbanos, a revolução sexual, o movimento feminista, a disseminação do divórcio como uma alternativa moralmente válida, a valorização da tutela da infância, juventude e terceira idade, a mudança de papéis nos lares, a supremacia da dignidade sobre valores pecuniários, o reconhecimento do amor como o elo mais importante da formação de um “LAR, lugar de afeto e respeito... tudo isso e muito mais contribuiu para o repensar do conceito de família da contemporaneidade”.

³³ LÔBO, PAULO. *Direito Civil: famílias*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 43.

Some-se a isto, outros fatores como o fim da hierarquia dentro de casa, o casamento sem função de procriação e o reconhecimento que as crianças e idosos são sujeitos de direitos, merecendo especial proteção e atenção da família, havendo, como consequência disto, a presença da solidariedade familiar, confiança e igualdade entre os membros, tudo isto sendo resumido à promoção da dignidade das pessoas do grupo familiar.

O matrimônio, antes visto como ato inerente à formalização das uniões, perde seu caráter oficializador da instituição de uma família, pois o que agora a identifica é a presença do vínculo afetivo. O casamento configura-se como um ato de devotamento recíproco, que se alicerça no amor e no afeto desferido pelos cônjuges no *animus* de constituir família, seja ela qual for.

O vínculo entre Estado-Igreja como fator legitimador das uniões, uma vez rompido, não mais retrata a constituição da família, passando a ser valorizado, dessa forma, os vínculos de afetividade entre os conviventes. A esse respeito, Guilherme de Oliveira³⁴ entende ter se tornado mais nítida a perda do valor do Estado e da Igreja como instância legitimadora da comunhão de vida, fazendo-se perceber uma crescente rejeição das tabelas de valores e dos deveres conjugais predeterminados por qualquer entidade externa aos conviventes. A família, “não só precede ao Estado e à Religião, como é dotada de um dinamismo que dispensa um e outra, para se constituir e para sobreviver.”³⁵

O padrão de comportamento, diz Orlando Gomes, hoje é outro. Não mais o marido tirano, mulher submissa e filhos aterrados. O ambiente familiar descontraí-se e as relações entre marido e mulher e entre pais e filhos travam-se numa atmosfera bem diferente, cada qual destes membros do grupo movendo-se com liberdade, ou ao menos compreensão dos outros, na esfera própria observado aquele modelo que Hammond denominou sincrático, conforme o qual marido e mulher tendem a agir e tomar decisões, em diversos contextos, de comum acordo, ou, quando menos, o modelo autonômico em que cada qual decide com independência em âmbitos diversos, que lhe toquem³⁶.

³⁴ OLIVEIRA, Guilherme. *Temas de direito da família*. 2 ed. Portugal: Coimbra Editora, 2001, p. 336.

³⁵ VILLELA, João Baptista. *Repensando o direito de família*. Disponível em: http://www.jfgontijo.adv.br/2008/artigos_pdf/Joao_Baptista_Villela/RepensandoDireito.pdf. Acesso em: 02.abr. 2014.

³⁶ GOMES, Orlando. Op. Cit. p. 18.

Conforme Mary Del Priore³⁷, a família fora reduzida em razão da laicização das classes mais altas, da baixa demografia, trazendo, por consequência, a redução no tamanho das famílias, somados a isto, a modificação profunda das formas de casamento ou de trabalho na cidade e no campo; os avanços nas técnicas de biologia (inseminação artificial e outras maneiras de concepção); a reivindicação de liberdades novas na família; a intervenção do Estado, ou seja, do público no privado, que, por meio de leis, destituiu o poder do velho e feroz patriarca- tudo isso colaborou para o fim de modelos tradicionais, embora ainda exista a figura do poder paterno, ao lado da figura do pai agora “divorciado, homossexual, viúvo, migrante, adotivo, ausente, enfim, as novas realidades para uma nova ordem social.” A identidade dos pais, assim como a dos filhos- acrescentaríamos- passou a ser uma conquista e escolha a ser feita cotidianamente, assistindo-se, assim, à multiplicidade de papéis de pai entre vários homens (diferentes daqueles do período do patriarcalismo exacerbado): aquele selado pelo casamento, o biológico e o afetivo.

Marie Hélène Renaut³⁸ enuncia:

la famille n'est pas un group compact durable. La famille patriarcale a été eclipsée par le famille conjugale où l'individualisme s'accroît de plus en plus, perceptible notamment au XX^e siècle à travers la dévaluation du principe d'autorité du mari sur la femme et l'amoindrissement de l'autorité des parents sur les enfants.

Nesse sentido, o domínio, o poder e a força foram os elementos constitutivos da família mas cederam no tempo dando lugar para relações consentidas, nas quais os sentimentos começam a ocupar um lugar importante, o que significou que a família adquiriu uma categoria de instituição, para alguns, um fenômeno natural mais que jurídico, inerente ao ser humano. Sendo este, e somente ele, quem começa e termina sendo seu componente inato³⁹.

Fala-se, portanto, em democratização da entidade familiar, que deixa de ter o caráter tradicional, de instituição patriarcal, matrimonializada, hierarquizada, biológica e heteroparental apenas, para dar vez a um ambiente plural, democrático, igualitário, com força instrumental, uma vez que é o lugar de desenvolvimento da personalidade dos seus membros, e, o mais essencial, presente a afetividade⁴⁰ para justificar essas novas relações familiares.

³⁷ DEL PRIORE, Mary. Op. Cit. p. 93.

³⁸ RENAUT, Marie-Hélène . Op. Cit. p. 12.

³⁹ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de derecho de familia: la nueva teoria institucional y jurídica de la familia. TOMO I*. Lima: Gaceta jurídica: 2013.p.12.

⁴⁰ No entendimento do jurista Paulo Lôbo, a afetividade “é o princípio que fundamenta o Direito de Família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico. Cfr. LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4 ed. São Paulo: Saraiva 2012, p. 70.

Seção II - A Família Tradicional e as outras formas de arranjos familiares.

2. Famílias Plurais

Diante das mudanças trazidas especialmente pela necessidade da sociedade globalizada, como o grande e rápido fluxo de informações, o avanço tecnológico para tratamento de fertilização artificial, a “facilidade” trazida pelas novas legislações em divorciar-se, fez com que o número de rearranjos familiares também crescesse.

Fala-se, portanto, em famílias, não mais subsistindo o conceito único e indissociável da família atrelada ao sistema patriarcal, mas sob o fundamento da dignidade humana e no direito fundamental à liberdade de constituir família, novos grupos familiares surgem, ilustrando não mais a figura de um poder eminente central, vertical e opressor, mas poderes mútuos, horizontalizados, fazendo da família um ambiente democrático.

A vastidão das mudanças políticas, econômicas e sociais anteriormente mencionadas, produziu reflexos nas relações jurídico-familiares. Ainda que continue a família a ser essencial para a própria existência da sociedade e do Estado, houve uma completa reformulação do seu conceito. Os ideais de pluralismo, solidarismo, democracia, igualdade, liberdade e humanismo voltaram-se para à proteção da pessoa humana⁴¹⁻⁴².

Mas, diante de todas as referidas mudanças ocorridas, a forma como a pluralidade familiar se estabelece é definida pelos costumes de determinada sociedade. A Constituição portuguesa, por exemplo, no capítulo destinado aos direitos, deveres e garantias, defende a liberdade de constituir família. A brasileira, por sua vez, é expressa na previsão da família monoparental, aquela formada por qualquer dos pais e seus descendentes, também considerando a união estável como entidade familiar, sendo esta última considerada, pela legislação portuguesa, como entidade parafamiliar, temas que serão abordados mais profundamente a seguir.

⁴¹ DIAS, Maria Berenice. Op. Cit. p. 39.

⁴² Sobre as modificações políticas, econômicas e sociais, Maria Helena Diniz entende ter havido uma “perigosa inversão de valores, pela liberação sexual.” Não abonamos o entendimento da respeitável autora, pois que, conforme explicitado, houve uma verdadeira revolução de conceitos, e não verdadeiramente inversão de valores. Cfr. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. 5. Direito de família*. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 32.

Contudo, em relação às famílias brasileiras, as espécies de arranjos familiares não se esgotam por aí. O conceito de família não tem matiz único, sendo que a Constituição brasileira consagrou uma estrutura paradigmática aberta, calcada no princípio da afetividade, visando a permitir, ainda de que forma implícita, o reconhecimento de outros ninhos ou arranjos familiares socialmente construídos⁴³.

Pela multiplicidade das formas familiares que despontam após os tempos modernos, o conceito de família se torna mais amplo, no entanto, encontram dificuldades alguns doutrinadores no sentido de que certos arranjos ainda são desconsiderados por aqueles que negam a existência de que grupos de pessoas possam ser considerados família, a exemplo da família composta por casais do mesmo sexo.

A família se torna, portanto, um grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade após o desaparecimento da família patriarcal, que desempenhava funções procriativas, econômicas, religiosas, políticas⁴⁴.

O conceito de família, conforme Rospigliosi⁴⁵:

es un concepto cultural, es un concepto abierto. La familia es la base de la estructura social y la sede de la plenitud de bienestar de los seres humanos. Nada más que el pilar, el cimiento sobre el vector de la caracterización de la variedad de relaciones interpersonales que permita llamarlas familias. Y esa referencia, sin duda, solo se puede encontrar en el afecto. (ROSPIGLIOSI, Enrique, 2013, p. 18)

Para Giddens, citado por Giselda Hironaka⁴⁶:

os relacionamentos familiares contemporâneos- quer no nível da conjugalidade, quer no nível da parentalidade - se baseiam na primazia do amor e suas características principais poderiam ser assim enumeradas: a) são relações que se valorizam por si mesmas e não por condições exteriores da vida social e econômica; b) são relações que primam pelo que podem trazer de bom para cada um dos membros do núcleo familiar envolvidos; c) organizam-se pelo viés reflexivo, no qual a comunicação é aberta e tem base contínua; d) são relações que tendem a se verem mais focadas na intimidade, na cumplicidade e na confiança mútua; e) são relações que transformam a obrigação do contato constante em compromisso ético entre os seus partícipes. (HIRONAKA, 2008, p. 65)

⁴³ STOLZE GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. Cit. p.42.

⁴⁴ LÔBO, Paulo. Entidades familiares constitucionalizadas: para além de *numerus clausus*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e cidadania. O novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.96.

⁴⁵ ROSPIGLIOSI, Enrique. Op. Cit. p.18.

⁴⁶ GIDDENS, ANTHONY. *Apud* HIRONAKA, Giselda. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu *status* e seu enquadramento na pós-modernidade. In: BASTOS, Eliene Ferreira; DIAS, Maria Berenice (coord.). *A família além dos mitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 65.

Na doutrina inglesa, essa multiplicidade e modernidade nas famílias são reconhecidas, no entanto, com alguns desafios, como explica Katherine Rake, citada por Jonathan Herring, Rebecca Probert, e Stephen Gilmore⁴⁷:

Moder family life obviously has its challenges. But, the modern family is also testament to a rise in tolerance and choice which was not there for generations before. No longer do people have to live with abusive partners, be punished with social stigma if they are lone parents or have to hide their gay relationships. Family form has changed throughout history but what remains constant is that families are the most important social institution in UK society. (HERRING; PROBERT; GILMORE, 2012, p.3)

Reconhecer as mudanças pelas quais a família passou, e vem passando, não requer abnegação do passado, tampouco a desconsideração da família tradicional. As novidades nos arranjos familiares refletem nada menos que as novas relações sociais, novas interações entre as pessoas, novas necessidades trazidas com novas mudanças, seja nos valores, seja nos relacionamentos.

Na atualidade, afirma Enrique Rospigliosi⁴⁸:

la estructura social refleja una modernidad líquida, lo que implica diferentes maneras de expresar y experimentar el afecto, diferentes maneras de compartir la vida que emerge espontáneamente requiriendo el reconocimiento jurídico y la comunidad. (ROSPIGLIOSI, Enrique, 2013, p.12)

O fato é que, a exemplo do que ocorre no Reino Unido, se for levado em consideração o conceito mais neutro de família, pôde-se constatar, através da pesquisa realizada pelo British Social Attitudes Survey⁴⁹, que, em 2010, 29% dos lares eram compostos por pessoas que viviam sozinhas; 28% de casais sem crianças; 27% de casais com filhos; 10% de família composta por apenas um dos pais com filhos; 3% dos lares com dois ou mais adultos sem vínculo parental; 1% de casas multifamiliares.

E, levando em conta as casas com filhos, 63% dos casais eram casados; 13.4% de companheiros não casados, em regime de coabitação; 23.6% com a presença de um dos pais, apenas. A partir de 1989, as mudanças na família do Reino Unido se deu de forma mais radical. Reconheceu-se, na referida pesquisa, a família composta por um dos pais como entidade familiar (77% das pessoas entrevistadas acreditam nessa possibilidade de arranjo) e de igual forma, verifica-se que casais do mesmo sexo podem sim, compor um arranjo familiar

⁴⁷ HERRING, Jonathan; PROBERT, Rebecca; GILMORE, Stephen. *Great debates family law*. United states: Palgrave Macmillan, 2012, p.3.

⁴⁸ ROSPIGLIOSI, Enrique. Op. Cit. p.14.

⁴⁹ HERRING, Jonathan; PROBERT, Rebecca; GILMORE, Stephen. Op. Cit. p. 2.

(59% dos respondentes da pesquisa) e 36% dos casais com filhos deveriam ser casados para que se configurasse família.

No Brasil, considera-se, para efeito de demografia e estatística, os arranjos familiares compostos de homem e mulher, com vínculo de casamento, com filhos biológicos; homem e mulher, com vínculo de casamento, com filhos biológicos e filhos não biológicos, ou somente com filhos não biológicos; homem e mulher, sem casamento, com filhos biológicos; homem e mulher, sem casamento, com filhos biológicos e filhos não biológicos, ou somente com filhos não biológicos; pai ou mãe e filhos biológicos; pai ou mãe e filhos biológicos ou adotivos ou apenas adotivos; união entre parentes e pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe que a chefie, como no caso de grupo de irmãos, após falecimento ou abandono dos pais, ou de avós e netos, ou de tios e sobrinhos; 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; uniões homossexuais, de caráter afetivo e sexual; uniões concubinárias, quando houver impedimento para casar de um ou de ambos companheiros, com ou sem filhos; comunidade afetiva formada com “filhos de criação”, segundo generosa e solidária tradição brasileira, sem laços de filiação natural ou adotiva regular, incluindo, nas famílias recompostas, as relações constituídas entre padrastos e madrastas e respectivos enteados, quando se realizem os requisitos de posse de estado de filiação.⁵⁰

No que se refere à nação portuguesa, o que justifica a multiplicidade das formas de família está relacionada às mudanças ocorridas na sociedade lusa desde 1864, quando, a partir daí, passaram a existir decisões do tipo casar, não casar, pôr fim a um casamento, entrar numa união de facto ou voltar a casar, após ficar divorciado ou viúvo, criando e recriando milhões de famílias⁵¹.

Definitivamente, não existe um tipo único de família, sendo diversos tipos e formas de famílias, todas elas válidas e com direitos a serem protegidos, salvo quando ditas formas familiares atentem contra os direitos de seus integrantes.⁵²

⁵⁰ LÔBO, Paulo. Op. Cit. p. 79.

⁵¹ ALBUQUERQUE, Rachel. *O que moldou as famílias portuguesas desde 1864*. 2013. Disponível em: <http://www.publico.pt/sociedade/noticia/estado-civil-os-numeros-dos-ultimos-147-anos-1584148?page=3#follow>. Acesso em: 21.mar.2014.

⁵² MANRIQUE, Ricardo. Nuevas formas familiares- demografía y derecho de familia. In: BASTOS, Eliene Ferreira; DIAS, Maria Berenice (coord.). *A família além dos mitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 272.

E, diante da multiplicidade das relações familiares presente no Brasil principalmente, passaremos ao estudo e características das formas pelas quais os arranjos familiares se apresentam.

2.1 A Família tradicional pós- moderna

No entendimento de Maria Helena Diniz⁵³, é este tipo de família que recebe o conceito restrito, sendo o “conjunto de pessoas unidas pelo laço do matrimônio e da filiação, ou seja, unicamente os cônjuges e a prole.”

Entidade composta pela presença de pai e mãe, casados, com filhos, biológicos, ou adotivos. Na família tradicional do direito clássico, havia ainda o elemento da hierarquia e do poder supremo do pai, conforme antes mencionado. O que difere, portanto, da família tradicional dos tempos modernos, é que passa a existir maior inter-relacionamento, diálogo, participação dos membros do grupo familiar, local de desenvolvimento da personalidade das crianças, cuidados e proteção também aos idosos, enfim, ambiente de promoção da dignidade das pessoas.

Este tipo de arranjo é previsto constitucionalmente, sem maiores complexidades para a compreensão da sua estrutura. Ocorre, todavia, também neste âmbito doméstico, ampla possibilidade da adoção, trazendo, como consequência, alguns aspectos da multiparentalidade, que será melhor definido posteriormente.

2.2 União estável e união de facto

⁵³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito civil brasileiro.v.5. Direito de Família*.28 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p 24.

Situações análogas ao casamento, essas uniões ocorrem quando da convivência pública, ostensiva, duradoura, com intensão de constituir família, embora sem as formalidades do matrimônio.

No Brasil, constitucionalmente prevista como união estável, recebendo a denominação união de facto em Portugal e, como nos dois países apresentam semelhanças e discrepâncias, serão abordadas separadamente.

De início, tem-se que o legislador brasileiro reconheceu a união estável como entidade familiar, sendo possível sua conversão em casamento. Não se tratam, por esta razão, a união estável e o casamento de dois institutos iguais, tampouco hierarquizados, todavia a lei dá tratamento diferenciado por se referirem a entidades familiares instituídas de formas diversas.

Explicita a dicotomia dos conceitos dos institutos, Raphael Arnaud⁵⁴:

Fato é que foi do conceito de concubinato “vida prolongada em comum, sob o mesmo teto, com aparência de casamento” que se extraiu o conceito de união estável, o que justifica sua tão estreita relação com o aquele instituto (o casamento) e uma quase dependência doutrinária da primeira figura para com a segunda quando de seu estudo. (ARNAUD, 2013, p. 32)

Pode-se até falar em evolução do conceito de concubinato que decorreu na instituição da união estável como entidade familiar, isto porque as uniões não formais entre casais eram consideradas uniões concubinárias. Hoje, devido ao surgimento do conceito de união estável, diferencia-se da relação concubinária porque nesta, não há reconhecimento como entidade familiar, e sim uma sociedade de fato; os conviventes são pessoas casadas, não separadas de fato, ou judicialmente, ou ainda divorciadas, o que impede, por esta razão, a identificação da união estável em si e, em caso de dissolução da união concubinária, como caracterizada como sociedade de fato, não há direito a alimentos, tampouco direito sucessório, sendo a “meação”

⁵⁴ ARNAUD, Raphael. *O NEGÓCIO JURÍDICO E A UNIÃO DE FACTO/ESTÁVEL*. Relatório apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, relativamente à disciplina Direito Civil I/II, componente obrigatória do Mestrado Científico em Ciências Jurídicas. 2013, p.32. Continua o autor constatando a inexistência de hierarquia sobre o casamento e as uniões de fato/facto: “Posicionamos pela não hierarquia entre casamento e união de facto. A decisão de contrair matrimônio é pessoal, viver em família sem fazê-lo não deve diminuir a tutela estatal para com a principal célula da sociedade, apenas por ser oriunda de uma união não chancelada. Não se pode, porém, permitir, como alguma parcela deseja, uma “analogia pela metade” tratando a união de facto igualmente ao casamento no lhe é benéfico, e como uma união livre e desprotegida no que lhe é desvantajoso. Ser objetivamente favorável a igualdade hierárquica entre casamento e união estável, não é o mesmo que ser favorável a igualdade de direitos e deveres, pois, como é sabido, a igualdade jurídica nasce muitas vezes de uma desigualdade formal, sem a qual, acabaríamos por desaguar na injustiça.” *Op. Cit.* p. 36.

patrimonial resolvida em vara cível, e não em varas de família, como ocorre com a união estável.

Diante das considerações que diferenciam a união estável do concubinato, podemos concluir que a primeira, considerada entidade familiar no direito brasileiro, uma vez revestida pelos critérios de ostensibilidade, tempo razoável de duração e *animus familiae*, decorrem consequências no direito de família a exemplo do direito a alimentos, meação patrimonial, tendo em vista que o regime de bens que irá reger a união é o da comunhão parcial, ou seja, divisão do que foi constituído por ambos os conviventes na constância da união e de forma onerosa, é divisível, e ainda o direito real de habitação (artigo 7º da lei 9278/96) conferido ao companheiro.

Há que se fazer, todavia, a distinção entre a união estável e o casamento e daí verificar que existem diferenças substanciais porque, primeiramente, neste, para sua constituição, necessita-se da habilitação dos nubentes, celebração solene, declaração de vontade do par e declaração do celebrante que realiza o ato e, por último, o registro público, que comprova juridicamente o matrimônio e seus efeitos, quando a declaração deles for necessária.

Na união estável, esses procedimentos não existem. Daí a importância da sua comprovação somente poder ser efetuada mediante interpelação judicial. Nos dizeres de Paulo Lôbo, são institutos “inteiramente distintos, principalmente em virtude dos fatos que lhes dão origem. Sem ato não há casamento; sem ato há união estável⁵⁵.”

Já as semelhanças entre os institutos se dão em relação aos deveres dos companheiros. Assim como ocorre com o casamento, também estão previstos na lei civil, diferindo no que diz respeito ao dever de fidelidade, estatuído para o casamento, enquanto na união estável prevê-se a lealdade, além da mútua assistência, seja material, moral, sexual, patrimonial, enfim, também sendo necessários o sustento, educação e guarda dos filhos.

Em se tratando do direito das sucessões, é que se verifica a maior diferença entre os companheiros e os cônjuges. O primeiro tratamento desigual – “justificável”, já que se tratam de institutos desiguais, embora em nosso entendimento, seja inconstitucional- é que o cônjuge concorre para a herança na primeira linha de sucessão, ao lado dos descendentes, e o

⁵⁵ LÔBO, Paulo. *A concepção da união estável como ato-fato jurídico e suas repercussões processuais*. Disponível em: www.ibdfam.org.br. Acesso em: 28.mar.2014.

companheiro, por sua vez, pode concorrer com os colaterais até o quarto grau, por exemplo, com um tio-avô, sobrinho-neto.

Desta norma, extrai-se que, uma pessoa que convive com outra, como se casada fosse, cumprindo com todos os deveres do casamento, prestando ao convivente assistência moral, material e afetiva, desferindo cuidados, apoio nos momentos difíceis, superando as dificuldades do dia-a-dia com cumplicidade, respeito, dedicação, não tem o tratamento legal do cônjuge, pela ausência de um procedimento que formaliza a união. Ou seja, o dever do casal, um para com o outro, seja no casamento, ou na união estável, só é tutelado no direito das sucessões para aqueles cuja convivência se caracterize pela formalização do matrimônio.

Muitas ações já foram intentadas com fim de declarar o inciso III artigo 1790 do código civil brasileiro, inconstitucional, com gritante ofensa à dignidade do companheiro que se vê de fato como cônjuge, mas não recebe o reconhecimento para fins de sucessão, principalmente quando se trata da concorrência com colaterais até o quarto grau⁵⁶.

Afora as discussões acerca da (in) constitucionalidade das normas relativas ao direito sucessório do companheiro no Brasil, dúvidas não há quanto à presença e aceitação desse tipo de arrumo familiar no país, encontrando, inclusive, além da regulamentação específica, a previsão constitucional, diferindo, da união de facto portuguesa.

Em Portugal, reconhece-se a união de facto como uma entidade parafamiliar. Em 1999, deferiu-se tutela às uniões heterossexuais e apenas em 2001, com a lei 7/2001 de 11 de maio estendeu-se aos casais homoafetivos.

Considera-se comunhão de habitação, mesa e leito, o que, por esses requisitos, pode trazer maior confiabilidade à estabilidade da relação perante terceiros, estendendo-se, inclusive, à união de facto, a responsabilidade dos cônjuges casados em relação às dívidas que por ventura sejam contraídas durante a convivência.

⁵⁶ Acerca da inconstitucionalidade do dispositivo, Cfr. TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2011, p.1238. O referido autor também se posiciona pela modificação do artigo, “por colocar o companheiro em posição desfavorável em relação a parentes longínquos, com os quais muitas vezes não se tem contato social.” De igual forma, Giselda Hironaka, para quem é desprezada a “equalização do companheiro ao cônjuge”. Cfr. HIRONAKA, Giselda. *Morrer e suceder*. Passado e presente da transmissão sucessória concorrente. São Paulo: Versão da autora, 2010. P. 447-457. Ainda, Zeno Veloso, quando afirma que “as famílias são iguais, dotadas da mesma dignidade e respeito (...). Qualquer discriminação, neste campo, é nitidamente inconstitucional.” Cfr. VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. 6 ed. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2008, p.1955.

Ressalte-se, por oportuno, que a existência da convivência deve ser superior a 2 anos, sendo, por esta razão, considerada contínua, duradoura, não eventual. E como no casamento, não deve suportar os impedimentos como o da idade núbil inferior à permitida por lei, e o companheiro já ser casado, por exemplo. Deve obedecer aos princípios relativos ao matrimônio, como a monogamia, a proibição do incesto, e liberdade no consentimento.

Em relação aos efeitos pessoais aos companheiros em união de facto em Portugal, não é permitido o acréscimo do nome (apelido) do outro companheiro, como também não se obriga ao casal em proceder com os deveres atinentes ao casamento, quais sejam, o respeito, a fidelidade, coabitação, cooperação e assistência.

É permitida a adoção, desde que a união conte com 4 anos ou mais de permanência e que os conviventes sejam maiores de vinte e cinco anos. Também é possível o agendamento de férias conjuntas entre os conviventes que trabalhem no mesmo serviço público da Administração.

Para a dissolução da união de facto portuguesa, é necessária a vontade das partes, ou morte de um dos conviventes. Ao sobrevivente, cabe o pedido de alimentos da herança e, havendo arrendamento de imóvel para coabitação, é permitida ao companheiro supérstite a continuação do referido arrendamento, com a ressalva de que a convivência no imóvel arrendado tenha sido estabelecida há mais de um ano (levando-se também em conta o período da união, que deve ser superior a 2 anos).

Destarte, para reconhecimento das uniões de facto homossexuais, a ressalva que é feita se dá em relação à adoção. Companheiros do mesmo sexo que convivam em união de facto não podem adotar conjuntamente, nada os impedindo o procedimento da adoção de forma unilateral.

Há, ainda em Portugal, o que é convencionalmente chamado de concubinato duradouro, devendo ser distinguido da união de facto. Naquela, não existe a comunhão de habitação, mesa e leito, mesmo no caso de os concubinos se encontrem em um lugar específico e certo.

Ao redor do mundo, a união estável é reconhecida em países como os Estados Unidos, pela maioria dos estados americanos. Recebe a denominação de *living together, common law marriage*, e recebem, por analogia o tratamento das normas ao casamento legalmente

constituído. No Canadá, são celebrados contratos de vida em comum, no qual podem fazer parte regras atinentes aos direitos e obrigações dos conviventes.

Na França, o artigo 230 do Código Civil de Napoleão, a redação original previa “*si les concubins se passent de la loi, le droit se désintéresse d’eux.*” Somente com o advento da lei 99.944/99 criou-se o Pacto Civil de Solidariedade (Le Pacte Civil De Solidarité -Pacs), contrato constituído por duas pessoas físicas e maiores, de sexos diferentes, ou do mesmo sexo, para organizarem suas vidas em comum. Tem como requisitos serem os agentes capazes, o consentimento de ambos e o desejo da vida em comum. Uma vez celebrado, o pacto é devidamente registrado surtindo efeitos em relação a alimentos, patrimônio. Uma vez celebrado um pacto paralelo, o anterior é automaticamente extinto, não cabendo pactos concomitantes na França⁵⁷.

Em outros países, como a Espanha e a Itália, não há união estável legalizada, sendo o conceito desenvolvido pela doutrina e jurisprudência. Na Itália, o conceito foi feito pela Suprema Corte no sentido de se tratar a *famiglia di fatto* como comunidade na qual se realiza “uma função de gratificação efetiva e de solidariedade social, que se corresponde como função de família, e na qual se dá a vida a um processo de desenvolvimento da pessoa, derivando-se daí, conseqüentemente, determinados efeitos jurídicos.”

Para a extinta União Soviética, a existência das uniões estáveis se dava de modo semelhante ao brasileiro, estimulava sua conversão em casamento determinando que, caso o matrimônio não houvesse sido registrado, o tribunal poderá admitir como provas de coabitação marital: o fato da habitação, a subsistência desta com economia comum, a exteriorização das relações de caráter patrimonial com terceiros, em correspondência pessoal e outros documentos, assim como, segundo as circunstâncias do caso, o sustento material recíproco e a mútua educação dos filhos.⁵⁸

Em Cuba, sendo reconhecida constitucionalmente, a união estável é considerada matrimônio não formalizado, produzindo efeitos do matrimônio civil. Considera como união estável singular aquela entre pessoas sem impedimentos para o casamento, sendo a não

⁵⁷ D. MAINGUY. *Cour de droit civil, les personne, la famille. Vol. 4-5*: Université Montpellier. Faculté de droit civil, 1 ère anée de droit. (L1). 2009-2010. Disponível em: <http://www.lexcellis-avocats.fr/pages/cours-de-droit-civil-les-personnes-la-famille-vol-4-5-2658088.html>. Acesso em: 28.mar.2014.

⁵⁸ BERTOLINI, Wagner. *A união estável e seus efeitos patrimoniais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira. 2005, p. 126.

singular a união em que um dos dois já tenha sido casado anteriormente e seu reconhecimento produzirá efeitos jurídicos somente em favor da pessoa de boa-fé e da prole.⁵⁹

Conceituadas as uniões livres, solidárias, estáveis, passaremos ao estudo do agrupamento familiar homoafetivo, o qual, conforme veremos, é equiparado, no Brasil e em Portugal, às uniões estáveis heterossexuais.

2.3 Família Homoafetiva

Muito se fala em uniões entre pessoas do mesmo sexo. E fala-se mais ainda nas causas que possivelmente podem dar origem aos enlaces homossexuais. Há vertentes que tentam explicar a existência de um possível “homossexualismo” através da genética, outros, pelas experiências sociais, a exemplo do convívio com outras pessoas e grupos compostos por pessoas gays.

O fato é que desde tempos antigos nas civilizações gregas, tem-se notícia de relacionamentos dessa natureza. Para o presente estudo, prescinde-se em provar as causas, se biológicas ou sociais, das relações entre gays, mas quais as consequências que elas trazem ao mundo do Direito.

Destarte, desde a época do poder imperioso do homem, ditador do lar, jamais se poderia aceitar a ideia de filhos ou filhas gays. O tradicionalismo da época – que ainda hoje existe – alimentou (e alimenta) um preconceito que não mais merece prosperar, e os motivos são vários, dentre eles, o direito fundamental à inviolabilidade à vida privada.

De início, o vínculo entre Estado e igreja, o que tornava o casamento como um sacramento religioso, união do homem com a mulher, de forma indissolúvel e eterno, com fins de procriação, por si só, já excluía qualquer possibilidade de aceitação da união entre pessoas do mesmo sexo.

Até mesmo após o rompimento da Igreja com o poder estatal, o estigma que as relações entre pessoas do mesmo sexo sofrem é de tal forma que já foram relatados casos de agressões

⁵⁹ *Ibid. Op. Cit.* p. 120.

a homossexuais com resultados fatais⁶⁰. E o que se conclui é que, mesmo com todo o fundamentalismo religioso que “justificava” o não reconhecimento das uniões homoafetivas, esses enlaces são cada vez mais corriqueiros nas sociedades modernas, diluindo todo o preconceito que existia, e que ainda persiste.

Todavia, diante de uma realidade que retrata um fato cada vez mais comum, a exemplo do convívio entre pessoas do mesmo sexo, muitos países passaram a reconhecê-lo como casamento, ou uniões civis⁶¹, como nova forma de constituir uma família, já que não é somente a união do homem com a mulher necessária para a formalização e reconhecimento do matrimônio.

Em Portugal, há, contudo, uma Recomendação do Parlamento Europeu, de fevereiro de 1994, na qual prevê o direito à igualdade entre homens e mulheres homossexuais, devendo pôr termo à exclusão de pares homossexuais da instituição do casamento ou de um enquadramento jurídico equivalente, devendo igualmente salvaguardar todos os direitos e benefícios do casamento, incluindo a possibilidade de registro de uniões e todas e quaisquer restrições impostas aos direitos que assistem aos homens e mulheres homossexuais à paternidade, à adoção ou à educação de crianças⁶².

Seguindo na linha da não exclusão às uniões entre homossexuais, a esse respeito, seria considerada inconstitucional uma lei que não permitisse ao homossexual casar-se, perfilhar ou declarar a maternidade, adotar, ou que lhe recuse, só por ser homossexual, o exercício do poder paternal ou o direito de visita⁶³.

Esses entendimentos levaram ao reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo equiparada com a união de facto heterossexual portuguesa, em 2010, com uma ressalva à adoção, que ainda não é permitida para casais gays.

⁶⁰ Notícias de homicídio praticado contra pessoas homossexuais ocorrem diariamente na realidade brasileira, fato este que incita a tipificação do crime de homofobia, ainda não regulamentado no país. Disponível em: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2013/05/morte-de-gay-agredido-em-boate-no-rio-sera-investigada-como-homofobia.html>. Acesso em 10. Mar. 14

⁶¹ O primeiro país a reconhecer a união civil entre pessoas do mesmo sexo foi a Dinamarca em 1989, seguido da Holanda, em 2001; Bélgica, em 2003; Espanha e Canadá, em 2005; África do sul, em 2006; Noruega e Suécia, em 2009; Portugal, Islândia e Argentina, em 2010; Brasil, em 2011; Uruguai, Nova Zelândia e França, em 2013. Nos Estados Unidos, 12 dos 50 estados permitem a união gay, são eles: Connecticut, Iowa, Massachusetts, Maryland, Maine, New Hampshire, Nova York, Vermont, Washington, Delaware, Rhode Island e Minnesota, além do Distrito de Columbia. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/05/veja-quais-paises-ja-aprovaram-o-casamento-gay.html>. Acesso em 10. Mar.14

⁶² COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme. *Curso de direito de família vol. I*. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 201.

⁶³ *Ibid.* Op. Cit. p. 203.

No Brasil, o enlace homoafetivo sofreu uma batalha árdua no judiciário sendo equiparada à união estável heterossexual em 2011. Até então, essas famílias eram consideradas como sociedades de fato, uma vez que, nos casos de dissolução e divisão do patrimônio, a competência para processo e julgamento dessas causas seriam de varas cíveis comuns, não dizendo respeito aos juízos de família. Eram tratadas como ramo do direito obrigacional, excluindo, por completo, qualquer rastro de afetividade que pudesse ter havido nesses “casamentos”. Com a evolução dos conceitos de família e maior aceitação das convivências homossexuais, o judiciário brasileiro evoluiu, considerando-as como uma nova forma de constituir família.

Seria, a união homoafetiva, portanto, o núcleo estável formado por duas pessoas do mesmo sexo, com objetivo de constituição de família⁶⁴, mesmo não havendo, no Brasil, lei expressa que tutele a união homoafetiva. A solução para seu reconhecimento e fundamento seria hermenêutico, pois que:

além de necessário e justo, respeita o fato jurídico da união estável em si, uma vez que, por se afigurar como um fenômeno social eminentemente informal, fruto da simples convivência fática – e independente de solenidades sacramentais típicas do casamento- não se subordina a uma formal observância de diversidade sexual com pressuposto da sua própria existência.⁶⁵ (STOLZE GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, p. 488).

Sendo uma forma de arranjo familiar, as consequências do casamento homoafetivo refletem efeitos de forma análoga à união heterossexual, já que esses efeitos não dependem dos sexos dos cônjuges. Assim, em relação aos efeitos pessoais, existem os direitos e deveres de ambos os cônjuges, como o dever de lealdade, respeito, solidariedade, assistência etc; já os efeitos patrimoniais residem na garantia da prestação de alimentos, partilha de bens, e demais efeitos sucessórios.

No que se refere à adoção por casais homoafetivos, ainda há grande impedimento social. Olvida-se, muitas vezes, da obediência ao princípio do melhor interesse da criança em virtude de conclusões infundadas a respeito da influência que a orientação sexual dos pais possa interferir na escolha afetiva dos adotandos. No Brasil, é possível a adoção conjunta por casais gays, enquanto em Portugal, só é admissível a adoção unilateral.

Mesmo não havendo ainda sistema normativo expresso e específico no sentido de tutela a família homoafetiva, não se nega que se trata de uma família que prima pela liberdade de

⁶⁴ STOLZE GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. Cit. p. 484.

⁶⁵ *Ibid.* Op. Cit. p. 488.

relacionar-se sem ter em conta a diversidade de sexos, somente interessando o afeto das pessoas envolvidas. Reconhece-se a convivência plena e irrestrita através de diversas formas (sociedades de direito, união civil, parcerias domésticas, parcerias registradas, pacto de solidariedade e matrimônio).⁶⁶

E, para concretizar o reconhecimento dessas uniões, Moliner Navarro⁶⁷ acredita serem necessárias quatro etapas fundamentais:

a) la discriminización de las relaciones homosexuales; b) la lucha contra la discriminación y por la igualdad de trato; c) el reconocimiento jurídico de las uniones afectivas homosexuales, y d) la apertura del matrimonio a las personas del mismo sexo. (NAVARRO, Moliner, 2005, p. 198)

Diante das etapas rumo à tutela das uniões homoafetivas, os países europeus já percorreram as duas primeiras etapas, como demonstram as resoluções emitidas pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. A maioria deles agora se encontra em fase de consolidação da terceira etapa, e muito poucos concluíram este percurso, como Espanha, Holanda, Bélgica e República Tcheca⁶⁸.

Muito há ainda que se fazer para que a tutela da família homoafetiva se dê de forma mais efetiva. Isso porque o preconceito que permeia as relações entre pessoas do mesmo sexo ainda é elevado. Mesmo a procriação não sendo mais o fim último do matrimônio, não se verifica, no direito moderno, nenhuma exclusão ao direito de se constituir família, principalmente e, sobretudo, pelo direito de liberdade inerente aos cidadãos, dignos de escolher a forma pela qual deseja instituir o seu arranjo familiar.

2.4 Família Monoparental

Composta pela presença de apenas um dos pais e seus descendentes, estando hoje o conceito de descendentes relativizado pela filiação biológica, adotiva, ou socioafetiva⁶⁹, o

⁶⁶ ROSPIGLIOSI, Enrique. Op. Cit. p.73.

⁶⁷ NAVARRO, Moliner. El matrimonio de personas del mismo sexo en el derecho comparado. In: ALVENTOSA DEL RIO, J. *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo*. Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de derecho judicial XXVI, 2005, p.198.

⁶⁸ AYAGO, Antonia Durán. *Nuevos conflictos del derecho de familia*. POMBO, Eugenio Llamas (coord.). Madrid: La rey, 2009, p.38.

⁶⁹ O conceito de parentalidade socioafetiva será melhor desenvolvido em tópico próprio.

arranjo familiar monoparental é expressamente reconhecido pela Constituição Federal brasileira, não requerendo, por esta razão, maiores discussões acerca da sua aceitação.

A referência constitucional, conforme Sérgio Domingos:

vem ao encontro de uma realidade social cada vez mais corriqueira daquelas pessoas que puseram termo ao seu relacionamento, por ausência de afeto, e não mais pretendem dar início a um outro, ou mesmo daquelas pessoas que por opção não pretendem unir-se a outras, mas contam com filhos biológicos ou mesmo adotivos.⁷⁰ (DOMINGOS, 2008, p. 263).

A mãe solteira, que pode ser voluntária ou involuntária; a viuvez; a adoção, possível para o solteiro, separado, divorciado ou viúvo, além da separação e do divórcio. Todas essas situações geram tipos de famílias monoparentais.⁷¹

A sua origem, nas palavras de Eduardo de Oliveira Leite⁷²:

Na realidade, a monoparentalidade sempre existiu, assim como o concubinato - se levarmos em consideração a ocorrência de mães solteiras, mulheres e crianças abandonadas. Mas o fenômeno não era percebido como uma categoria específica, o que explica a sua marginalidade no mundo jurídico.

O primeiro país a enfrentar corajosamente a questão foi a Inglaterra (1960), que, impressionada com a pobreza decorrente da ruptura do vínculo matrimonial e com as consequências daí advindas, passou a se referir às *one parent families* ou *lone-parent families*, nos seus levantamentos estatísticos.

Dos países anglo-saxões, a expressão ganhou a Europa continental, através da França que, em 1981, empregou o termo, pela primeira vez, em um estudo feito pelo Instituto Nacional de Estatística e de estudos Econômicos (INSEE). O INSEE francês empregou o termo para distinguir as uniões constituídas por um casal, dos lares compostos por um progenitor solteiro, separado, divorciado ou viúvo. Daí, a noção se espalhou por toda a Europa e hoje é conhecida e aceita no mundo ocidental como comunidade formada por quaisquer dos pais (homem ou mulher) e seus filhos. (LEITE, 2003, p. 21-22)

Até pouco tempo, conforme afirmado por Guilherme de Oliveira⁷³, as famílias monoparentais “eram um acidente- resultado de mortes precoces ou das pequenas taxas de divórcio. De então pra cá, a explosão das taxas de divórcio gerou um aumento nunca visto do número de crianças que vivem só com um dos progenitores, por todo o mundo.”

⁷⁰ DOMINGOS, Sérgio. A família como direito fundamental da criança. In: *Família e jurisdição II*. BASTOS, Eliane Ferreira; FERNANDEDES DA LUZ, Antônio.(coords.). Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.263.

⁷¹ FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima. Monoparentalidade e biodireito. In: *Afeto, família e ética e o novo código civil*. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Belo horizonte: Del Rey, 2004, p. 437.

⁷² LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 21-22.

⁷³ OLIVEIRA, Guilherme. Transformações do direito de família. In: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*. Coimbra: Coimbra Editora. 2004, p. 775.

Herrera⁷⁴ distingue dois aspectos da monoparentalidade: a originária, quando este núcleo social nasce sendo monoparental, nos casos de inseminação artificial de mulher solteira, ou adoção unilateral, e a derivada, uma vez que a estrutura familiar se constitui sob a estrutura de outra tipologia de família, e dentro da qual falece um dos cônjuges ou companheiro, também podendo se dar pela ruptura da relação matrimonial ou da convivência, ou ainda por situações de hospitalização, encarceramento, emigração, trabalho, etc.

Há, ainda, a subdivisão do núcleo monoparental em típico e atípico, sendo aquele constituído por qualquer dos pais e seus filhos, o que equivale à classificação originária supra mencionada, e o atípico composto por um ascendente, “em grau superior ao de pai ou mãe”⁷⁵, como o avô ou avó e seus descendentes.

Independentemente do caráter classificatório que se dê a este arranjo familiar, o fato é que a ocorrência da quebra dos laços de convivência- seja por falecimento, seja por separação dos cônjuges ou abandono- entre pais e filhos sempre existiram e não estão fadados à extinção, principalmente a partir das legislações que permitiram o divórcio legal.

O período de maior estigma direcionado aos pais solteiros se deu com maior monta após o advento da lei do divórcio, no ano de 1975, em Portugal, com a desconsideração da Concordata assinada com o Vaticano em 1940, e no Brasil, em 1977, sendo a ruptura conjugal considerada um escândalo aos olhos da sociedade tradicional.

Em relação às mães solteiras, eram vistas como más influências às mulheres casadas, e consideradas, pelo seu estado civil, rejeitadas e mal-amadas. Todavia, com o crescente avanço nas ciências e fluxo de informações emergidos com o fenômeno globalizatório anteriormente referidos, a independência feminina e a posterior desnecessidade da existência de um parceiro – já que existem bancos de sémen com fins de doação às mulheres solteiras- para fins de reprodução, em decorrência das técnicas de procriação assistida, somando-se a isto, a possibilidade da adoção unilateral, mais a inserção e maior participação das mulheres no mercado de trabalho, contribuíram de forma indiscutível para o fortalecimento do “sexo frágil”.

⁷⁴ HERRERA, Marisa. Filiación, adopción y distintas estructuras familiares en los albores del siglo XXI. In: BASTOS, Eliene Ferreira; DIAS, Maria Berenice (coord.). Op. Cit. p.175.

⁷⁵ STOLZE GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. Cit. p. 515.

A partir desse contexto de modificações, que interferiram na estrutura dos lares, as famílias compostas por mulheres com filhos representam 12,2% dos domicílios brasileiros, segundo pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), realizada no Censo demográfico de 2010, enquanto apenas 1,8% das famílias monoparentais são chefiadas por homens com filhos. Esse arranjo representou um crescimento de 0,6% nos lares compostos por mães solteiras e filhos, em relação à mesma pesquisa realizada em 2000.

O resultado da referida pesquisa aponta para a maioria dos lares monoparentais formados por mulheres, isso porque, sendo a monoparentalidade resultado de vários aspectos como, a viuvez, o divórcio ou a separação provisórios ou definitivos, os recasamentos ocorrem com maior frequência entre os homens, isto porque, conforme acrescenta Paulo Lôbo⁷⁶, as causas da pouca participação dos homens nas famílias monoparentais estão a desafiar os especialistas; entende o autor que há grande probabilidade para os varões em constituírem novas uniões com outras mulheres, pois “para eles o envelhecimento não é obstáculo, em nossa cultura, enquanto para as mulheres o passar do tempo reduz suas possibilidades em proporção geométrica.”

Ainda acerca supremacia da monoparentalidade feminina, continua Eduardo de Oliveira Leite⁷⁷:

No nível pessoal, a monoparentalidade gera uma solidão que atinge tanto o físico, como o psíquico. A vida sexual da mulher sozinha – ao contrário do que ocorre com o homem – fica reduzida a zero, ou porque se estabelece uma grande dependência afetiva entre a mãe e o filho [...] ou porque a sexualidade é vivida como uma preocupação menor [...] ou porque é necessário “respeitar a criança” [...] ou, porque a mãe se torna fiel a um pai mítico [...] ou porque, finalmente um processo de proibição social é interiorizado de tal forma, que as mães se instalam numa “respeitabilidade” de costumes capaz de proteger a imagem da criança no meio social [...]. (LEITE, 2003, p. 112)

Acreditamos que a frequência dos lares monoparentais serem compostos por mulheres em seu maior número se mostre devido à grande presença ainda de uma cultura monogâmica, ou seja, são fortes ainda os ideais machistas e resquícios da família patriarcal, na qual a traição do homem era “justificável”, enquanto a feminina era inaceitável (muito embora estejamos vivendo em tempos pós-modernos, com leis civis que permitem o divórcio e os recasamentos).

⁷⁶ LÔBO, Paulo. Op. Cit. p. 89.

⁷⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. Cit. p. 112.

Partindo para os arranjos familiares monoparentais na América Latina, Cecília Grosman, citada por Marisa Herrera⁷⁸ entende:

En la región, en algo más de una década, elevó considerablemente el número de hogares con jefatura femenina. En el área urbana de la región, un 19% son familias nucleares monoparentales y de ellas, el 84% de jefatura femenina (...), el 25% de las familias en América Latina son monoparentales.(HERRERA, 2008, p. 174)

Em Portugal, os números das pesquisas do Censo 2011 também indicam o crescimento do número de lares compostos por um dos pais. O país possui hoje 480 mil famílias monoparentais, sendo 86% desse total, de lares constituídos por mães e filhos. Só na região da Madeira, esse tipo de arranjo familiar representa 19,7% do total, seguida da capital, Lisboa, com 18,2%⁷⁹, sendo, portanto, o país europeu que se encontra acima da média do restante do continente (5,7%), que conta com 5,6% de lares monoparentais.

Nos dados do European Social Survey, o Sul da Europa aparece com percentagens elevadas de monoparentalidade em especial a Espanha e a Itália (9,2% e 8,3% respectivamente), que ultrapassam os países do Norte e Centro da Europa, quais sejam, o Reino Unido, Alemanha, Holanda, Bélgica, Luxemburgo, Suíça e Irlanda (em média com 6,7% de famílias monoparentais) e os países escandinavos, Noruega, Suécia, Finlândia e Dinamarca (em média, com 5,8%). De todos os países, a Irlanda e a Hungria são os países que têm mais famílias monoparentais (10,3% e 9,7%), contrastando com a Suíça e a Holanda (com 4,6% e 4,3% respectivamente)⁸⁰.

Além dos números das famílias monoparentais acima expostos, há ainda que se falar nos deveres dos pais em relação aos filhos, como a autoridade parental, alimentos, etc. Em nada o núcleo monoparental difere dos lares compostos pela presença de ambos os pais. *In casu*, o poder dos genitores em relação aos filhos será exercido por um deles apenas, na ausência do outro.

Para a situação de menores que convivam com um dos pais, em circunstância de divórcio, o poder familiar, assim como a guarda, deve ser compartilhada entre os dois, bem como o dever de sustento.

⁷⁸ GROSMAN, Cecília *Apud* HERRERA, Marisa. Filiación, adopción y distintas estructuras familiares en los albores del siglo XXI. In: BASTOS, Eliene Ferreira; DIAS, Maria Berenice (coord.). Op. Cit. p.174.

⁷⁹ Disponível em: http://www.dn.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content_id=2897380. Acesso em 25.mar.2014.

⁸⁰ BRITES, Rui; LAPA, Tiago; MENDES, Rita; TORRES, Anália. *Famílias no contexto europeu: alguns dados recentes do european social survey*. Disponível em: <http://www.analiatorres.com/pdf/Familiasnocontextoeuropeu.pdf>. Acesso em: 27. Mar.2014.

A situação de monoparentalidade se encerra, por sua vez, havendo novos casamentos ou falecimento do único genitor, ou dos filhos, ou ainda quando estes últimos saem de casa. Este tipo de núcleo familiar muitas vezes é transitório, dada a constituição de novos arranjos familiares que se estabelecem, seja com recasamentos, seja com uniões estáveis, decorrendo o que se chama de famílias recompostas, tema que remeteremos ao tópico próprio.

A seguir, outros tipos de famílias que se compõem, muitas vezes precedidas pela monoparentalidade.

2.5 Família Anaparental

A evolução dos conceitos e dos costumes das famílias pós-modernas não se esgotam apenas nas formas previstas constitucionalmente, quais sejam, as famílias tradicionais ou monoparentais, nas uniões de fato, como ocorre com a Constituição brasileira, mas, sobretudo, na diversidade das famílias implicitamente consideradas, que, não menos importantes, devem ser tuteladas.

A forma anaparental da apresentação do núcleo familiar se dá uma vez pela falta dos pais, passando os encargos da vida em família aos irmãos que coabitem juntos. Sérgio Resende de Barros⁸¹ elucida:

São as famílias que não mais contam os pais, as quais por isso eu chamo famílias anaparentais, designação bastante apropriada, pois “ana” é prefixo de origem grega indicativo de “falta”, “privação”, como em “anarquia”, termo que significa falta de governo (BARROS, 2003).

Não há, na família anaparental, qualquer vínculo entre ascendentes e descendentes, podendo ser composta por irmãos que coabitam dependendo de forma financeira, afetiva, social, cultural, uns dos outros, ou seja, comunhão de vida e convivência familiar.

Quanto aos efeitos patrimoniais de uma família composta sem a figura dos genitores, Maria Berenice Dias⁸²:

A convivência, no mesmo teto, por longos anos, por exemplo, de duas irmãs que conjugam esforços para a formação do acervo patrimonial, constitui uma entidade

⁸¹ BARROS, Sérgio Resende. *Direitos humanos e direito de família*. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/pt/direitos-humanos-e-direito-de-familia.cont>. Acesso em: 30.mar.2014.

⁸² DIAS, Maria Berenice. Op. Cit. p. 55.

familiar. Na hipótese de falecimento de uma delas, descabe dividir os bens igualmente entre todos os irmãos, como herdeiros colaterais, em nome da ordem de vocação hereditária. (DIAS, 2013, p.55)

Verifica-se, em relação ao direito sucessório, na família anaparental composta conforme a citação supra, que é perfeitamente aplicável a súmula 380 do Superior Tribunal de Justiça, quando, considerada uma sociedade de fato, os bens adquiridos durante a convivência seja disponibilizado, pela metade, ao irmão sobrevivente, quem dispendeu esforços para a construção do patrimônio comum.

Neste diapasão, a família anaparental é facilmente apresenta e identificada, sendo também exemplificada pela convivência entre tios e sobrinhos, ou avós e netos.

2.6 Família simultânea (ou paralela) e a teoria do poliamor

Para tratarmos do tipo de família simultânea, necessário ter em mente a ideia de que a infidelidade conjugal por muitos anos foi, e é praticada em muitas civilizações. Este arranjo simultâneo difere da família poligâmica dos muçulmanos porque nesta, o homem casar-se com quantas mulheres ele possa sustentar, faz parte de uma cultura que envolve aspectos religiosos bem engessados no costume oriental.

Para a família do ocidente, mesmo contando com a pluralidade dos tipos familiares da pós-modernidade, construir várias famílias ao mesmo tempo tem o seu desvalor. Primeiro, porque a monogamia é vista como princípio norteador do direito de família⁸³, mesmo não expresso na Constituição brasileira, por exemplo. Ainda, mesmo diante da arraigada influência do direito Canônico e da matrimonialização do casamento, o Estado só tutela uma única família como cerne da estrutura da sociedade.

⁸³ Cfr. PIANOVISKI RUZIK, Carlos Eduardo. *Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. Rio de Janeiro:Renovar, 2005, p.221. Para o autor, “a monogamia não é um princípio do direito estatal da família, mas uma regra restrita à proibição de múltiplas relações matrimonializadas, constituídas sob a chancela prévia do Estado. No entanto, descabe realizar um juízo prévio e geral de reprovabilidade contra formações conjugais plurais não constituídas sob sua égide. Isso não significa, porém, que alguém que constitua famílias simultâneas, por meio de múltiplas conjugalidades, esteja, de antemão, alheio a qualquer eficácia jurídica. Principalmente, quando a pluralidade é pública e ostensiva, e mesmo assim ambas as famílias se mantêm íntegras, a simultaneidade não é desleal”.

Afora as discussões que envolvem a doutrina e jurisprudência acerca da família simultânea, é certo que a fidelidade presente no rol dos deveres do casamento faz subsumir a justificativa à monogamia⁸⁴.

Tem-se notícia, conforme explanado anteriormente acerca da evolução dos arranjos familiares, que a poligamia era praticada nos primeiros grupos humanos, com o chamado direito materno, até a então supremacia do homem na tribo, e, posteriormente, com o patriarcalismo.

Aliás, dentro da própria cultura patriarcal, a traição do homem era considerada normal, enquanto para as mulheres, a infidelidade podia levar-lhes ao fim da vida. Considerada atitude imoral, ilícita, indecente, principalmente entre as classes mais abastadas da sociedade brasileira do início do século XX, as relações vividas fora do casamento eram tachadas de amancebamento ou concubinato⁸⁵.

Afirma Mary del Priori com clareza a situação do deferimento ao comportamento poligâmico do homem:

O “temperamento poligâmico” dos homens justificava tudo: mantenha-se no seu lugar, evitando a todo custo cenas desagradáveis que só servirão para exacerbar a paixão de seu marido pela outra (...) esforce-se para não sucumbir moralmente, levando tanto quanto possível uma vida normal, sem descuidar do aspecto físico. (DEL PRIORI, 2013, p.70)

Eram, portanto e a bem da verdade, as meninas educadas para agradar aos seus maridos, independentemente da fidelidade dos seus esposos. Ademais, o Código Penal brasileiro, de 1940, tipifica o crime da bigamia (art. 235), punindo com reclusão de dois a seis anos, aquele que contrai com alguém, sendo casado, novo casamento.

O referido dispositivo penal não tem mais aplicabilidade prática, é verdade. Se somados os casos de uniões dúplices, tríplexes, contraídas atualmente, certamente faltariam estabelecimentos prisionais, isto porque, segundo dados da população brasileira, o número que representa a infidelidade é alto, e não está somente restrita aos homens, uma vez que, para cada mulher que trai, há dois homens sendo infiéis. Uma pesquisa do Instituto de Psiquiatria do Hospital das Clínicas de São Paulo mostra que um dos índices menores é o do Paraná, mas

⁸⁴ O Código Civil brasileiro acerca dos deveres conjugais:

“Art. 1556 . São deveres de ambos os cônjuges:

I-fidelidade recíproca; (...)”

⁸⁵ DEL PRIORE, Mary. Op. Cit. p. 68. A referida autora considera as classes mais baixas da sociedade os escravos, operários, imigrantes pobres, negros e mulatos.

é onde 43% dos homens já traíram. Em São Paulo, 44%. Em Minas Gerais, 52%. No Rio Grande do Sul, 60%. No Ceará, 61%. Mas os baianos são os campeões: 64% dos homens se dizem infiéis⁸⁶.

Em Portugal, os índices de infidelidade representam que, conforme pesquisa realizada pela Eurosondagem, um, em cada quatro portugueses trai sua companheira, correspondendo a 24,6% dos homens, enquanto apenas 6% das mulheres assumem a infidelidade⁸⁷. Em relação aos outros países do continente europeu, pesquisa realizada pelo Instituto francês de opinião pública - Ifop, revelou que os franceses e italianos despontam quando o assunto é infidelidade:

É na França, porém, que a disposição para ser infiel aparece com mais força. Mais de um francês em cada três (35%) disseram que podem ser infiéis no futuro, se tiver certeza de que ninguém saberá, contra 31% dos alemães e dos espanhóis, 30% dos belgas, 28% dos italianos e 25% dos britânicos.⁸⁸

A referida pesquisa revelou ainda que o índice de infidelidade entre os homens que já foram infiéis é menor em países de maioria protestante, Reino Unido representam 42%, e na Alemanha, 46%.

Desses números, reflete-se uma realidade fática, a constituição de famílias paralelas ao casamento, ou às uniões estáveis. No entanto, a repulsa social que esses núcleos paralelos causam é grande, principalmente quanto aos efeitos patrimoniais e sucessórios relativos aos múltiplos conviventes.

Há ainda, no imaginário social, a preponderância da ideia de que as relações paralelas ao casamento se caracterizam pelo triângulo amoroso formado pelo mito, no qual a esposa é santificada, o marido é vitimizado e a outra, por conseguinte, é satanizada,⁸⁹ esta que, na maioria das vezes, é enganada da mesma forma que a esposa.

Aprioristicamente, para que se reconheça a existência de uma relação paralela, conforme a união estável, mister que se façam presentes os requisitos de convivência

⁸⁶ Disponível em: globoreporter.globo.com/Globoreporter/0,19125,VGC0-2703-16395-4-265921,00. Acesso em: 31.mar.2014.

⁸⁷ Disponível em: <http://www.cmjornal.xl.pt/noticia.aspx?channelid=00000010-0000-0000-0000-000000000010&contentid=E6EB2B24-6519-4846-84C4-5AE33A63E049>. Acesso em: 31.mar.2014.

⁸⁸ Disponível em: <http://noticias.terra.com.br/mundo/europa/franceses-e-italianos-sao-campeoes-europeus-da-infidelidade,31c5ebd04c964410VgnCLD2000000ec6eb0aRCRD.html>. Acesso em: 31.mar. 2014.

⁸⁹ FERRARINI, Letícia. *Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos: pedaços da realidade em busca da dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 89.

duradoura, não errática, com intenção de formação de uma família, no entanto, e por óbvio, a ausência do quesito ostensibilidade.

Assim, se alguém, casado, ou em união estável, constrói, paralela e concomitantemente, outra (s) relação (ções) seguindo os mesmos critérios de existência da união de fato, forma família (s) simultânea (s).

O tratamento dado pela lei, para esses tipos de arranjos familiares, inexistente. Mas as pesquisas acima mostram que é uma realidade fática, devendo os casos existentes serem tratados pelo ordenamento jurídico.

Convencionou-se, por conseguinte, em chamar de união estável putativa, aquela relação paralela ao casamento, ou a outra união estável, na qual o (a) amante desconhece a existência da relação anterior do seu companheiro, agindo, dessa forma, com boa-fé.

Para estes casos, havendo obediência aos necessários cuidados que toda união necessita para sua constituição, para incidência das regras familiaristas em favor do (a) amante, deve estar suficientemente comprovada, ao longo do tempo, uma relação socioafetiva constante, duradoura, traduzindo, inegavelmente uma paralela constituição de núcleo familiar.⁹⁰

Aplicam os tribunais às uniões plúrimas, por via de consequência, as normas relativas à união estável, ou seja, finda a relação, comprovada a concomitância com um casamento, impositiva a divisão do patrimônio acrescido durante o período de manutenção do duplice vínculo. É necessária a meação da esposa, que se transforma em bem reservado, ou seja, torna-se incommunicável. A meação do varão será dividida com a companheira, com referência aos bens adquiridos durante o período de convívio.⁹¹

Há ainda, a possibilidade de o (a) amante agir com má-fé. Uma vez ciente do comprometimento anterior do companheiro, e ainda assim assumindo o papel do “outro” conjugal, estaria o sujeito da união seguinte agindo de modo tal que reconheça a informalidade que sua relação resulta. Ou ainda, quando se inicia a união paralela de forma inconsciente ou omitida pelo companheiro, o (a) amante vem a descobrir, posteriormente, que se trata de relação duplice, está, de igual forma, agindo com dolo.

⁹⁰ STOLZE GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. Cit. P. 469.

⁹¹ DIAS, Maria Berenice. Op. Cit. p. 51.

Mas, uma ressalva deve ser feita para este caso, a de que “a linha, a fronteira de onde a boa-fé passa a ser má-fé é por demais tênue, podendo ser praticamente invisível, inalcançável, imperceptível.”⁹² Acrescentaríamos que a linha que separa a boa da má-fé inexistente, uma vez que se constroem laços afetivos duradouros, dotados de “caráter familiar”.

Não olvidemos que há, ainda, casos em que a traição é “permitida”. Trata-se da vênua das pessoas envolvidas em triângulos amorosos, em reconhecerem a multiplicidade de afetos e constituírem famílias seguindo o que ensina a teoria do poliamor.

É, o poliamorismo ou teoria do poliamor, teoria psicológica que começa a descortinar-se para o Direito, admite a possibilidade de coexistirem duas ou mais relações afetivas paralelas, em que os seus partícipes conhecem-se e aceitam-se uns aos outros, em uma relação múltipla e aberta.⁹³

Para a psicologia, conforme Noely Montes Moraes, citada por Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona:

A etologia (estudo do comportamento animal), a biologia e a genética não confirmam a monogamia como padrão dominante nas espécies, incluindo a humana. E, apesar de não ser uma realidade bem recebida por grande parte da sociedade ocidental, as pessoas podem amar mais de uma pessoa ao mesmo tempo.⁹⁴

O julgamento reprovável para estes tipos de núcleos familiares vem de todas as direções, mas, impossível se torna julgar pela sua inexistência, quando há, inclusive, escritura pública declarando a existência de união poliafetiva.⁹⁵

É válido ressaltar, inclusive, que o poliamorismo reflete em questões atinentes ao Direito Internacional Privado. Devido às grandes migrações, principalmente dos grupos muçulmanos- para os quais a poligamia é regra substancial para o casamento- em direção os países europeus, a exemplo da França e Inglaterra, muitas questões acerca da tutela dos casamentos múltiplos atinentes a esses povos vem sendo discutidas.

⁹² CHAVES, Marianna. *Uniões Paralelas*. Disponível em:

<http://ibdfam.org.br/artigos/495/Fam%C3%ADlias+Paralelas%22>. Acesso em: 31.mar.2014.

⁹³ STOLZE GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. Cit. P. 463

⁹⁴ MORAES, Noely Montes. *O fim da monogamia?* Apud STOLZE GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. Cit. P. 463.

⁹⁵ A referida escritura pública foi lavrada na cidade de Tupã – SP, na qual os declarantes reconhecem e assumem a convivência conjunta, os direitos e deveres dos conviventes, bem como as repercussões patrimoniais que da dissolução da união decorra. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/4862/novosite>. Acesso em: 01.Abr. 2014.

Para os ingleses, uma vez que um muçulmano, domiciliado em país que admite a poligamia, se casasse com uma inglesa, domiciliada na Inglaterra, em cerimônia realizada em país que permitia a poligamia, o casamento era considerado potencialmente poligâmico e não poderia contar com assistência judicial nos tribunais ingleses para solucionar qualquer problema entre os cônjuges. O casamento deles não era reconhecido pelas autoridades britânicas.⁹⁶

Em relação à França, a questão que se colocava seria a viabilidade de um muçulmano viver na França com suas esposas, sem que esse fato representasse atentado contra a ordem pública francesa, o que foi considerado como *une vie familiale normale*.⁹⁷ Mas, algumas situações de poligamia na França, envolvendo apenas franceses- país cuja monogamia é a regra para o casamento reconhecido pelo Estado- são protegidas, como se verifica na lei de 1978 que admite que um homem beneficie com sua pensão esposa e concubina concomitantemente, questionando se a poligamia realmente choca a ordem pública contemporânea.⁹⁸

A tutela da poligamia muçulmana torna-se dotada de menos complexidade e, conseqüentemente, mais aceitabilidade, tendo em vista o peso concreto e cultural deste exercício poligâmico. Todavia, a prática de uniões paralelas existe também em países ocidentais, nos quais os costumes poliafetivos são alcunhados de imorais, porém, os fatos expõem a existência desses arranjos familiares em várias regiões do mundo.

E, é válido ressaltar que, “quando se fala em famílias paralelas, não se está a falar em relações furtivas ou casuais, mas em vínculos fortes, baseados no afeto que, sendo moralmente aceitáveis ou não, existem⁹⁹.”

2.7 Família recomposta ou mosaico

⁹⁶ DOLINGER, Jacob. *A Ordem Pública Internacional brasileira em frente aos casamentos homossexuais e poligâmicos*. In: BASTOS, Eliene Ferreira; DIAS, Maria Berenice (coord.). Op. Cit. p. 91. No entanto, o direito inglês evoluiu, concedendo prestação jurisdicional aos casamentos poligâmicos, com base no direito muçulmano. Continua o autor “em 1995, o *Private International Law (Miscellaneous Provisions)* garantiu a validade desses casamentos, inclusive retroativamente, para os muçulmanos domiciliados na Inglaterra.”

⁹⁷ DOLINGER, Jacob. Op. Cit. p. 92.

⁹⁸ TALLON, Hélène Gaudemet. *La Désunion du couple en droit international privé. Recueil des cours, 226 (1991)*p. 239.

⁹⁹ CHAVES, Marianna. Op.Cit. Disponível em:

<http://ibdfam.org.br/artigos/495/Fam%C3%ADlias+Paralelas%22>. Acesso em: 31.mar.2014.

Decorrente de uniões anteriores, as famílias recompostas se perfazem compreendendo os integrantes de um núcleo familiar anterior conjugados com os membros de um novo arranjo familiar que se forma em decorrência dos recasamentos. É o que Maria Berenice Dias convencionou chamar de “os meus, os teus, os nossos.”¹⁰⁰

Deriva, na maioria dos casos, de resquícios de um lar monoparental, no qual, uma pessoa, solteira em decorrência da viuvez, divórcio, separação, casa-se novamente, ou passa a conviver em regime de união estável, com um novo companheiro, ou companheira, também com relacionamentos anteriores rompidos, com ou sem filhos.

Parece um tanto complexa tal relação, mas o fato é simples: recombinação familiar, na qual os cônjuges levam para a nova família seus filhos advindos das relações anteriores. Não se trata, pela nova união, de perda da essência monoparental de um genitor para com seus filhos. O que se altera, é a estrutura domiciliar, que se amplia.

Resultam, portanto, da pluralidade de relações parentais, especialmente fomentadas pelo divórcio, pela separação, pelo recasamento, seguidos das famílias não- matrimoniais e pelas desuniões. A estrutura das recomposições familiares vem caracterizada por matrimônios e uniões sucessivas e a presença de filhos de outras relações.¹⁰¹

Dentro deste contexto, estabelecem-se relações entre padrasto/madrasta e enteados, relações que muitas vezes resultam consequências relevantes, como a construção de fortes vínculos de afeto, bem diferentes das imagens rotuladas nas histórias infantis de indisposições entre madrastas e enteados, decorrendo, daí direitos e obrigações cujas consequências mais relevantes serão melhor abordadas em tópico específico.

Verifica-se, também na família recomposta, o resultado da “evolução” da família tradicional. Matrimonial, ou extramatrimonial, recompõem-se os vínculos dissolvidos das uniões anteriores para formação de um novo núcleo, que, por vezes pode ser até maior que o anterior. Essa nova roupagem da família tradicional deriva da reorganização da estrutura familiar e do seu conceito, pois deixa de assegurar a “sobrevivência e a manutenção de condições econômicas favoráveis e passa-se a consolidar o afeto como suporte do casamento,

¹⁰⁰ DIAS, Maria Berenice. Op. Cit. p. 56.

¹⁰¹ FERREIRA, Jussara; RORHMANN, Konstanze. As famílias pluriparentais ou mosaico. In: *Família e dignidade humana*. Anais do V Congresso Brasileiro de direito de família. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 508.

uma vez que, ao desaparecer o sentimento de amor, torna-se aceitável o rompimento e a constituição de um novo vínculo.”¹⁰²

A terminologia mosaico, também utilizada para designar as famílias recompostas, justifica-se, portanto, diante da pluralidade de possibilidades dentro de um núcleo familiar, novas relações de parentalidade dentro da nova família, transformando-se num lugar de exercício da afetividade.

2.8 Família Transnacional

Os fluxos migratórios facilitaram em muito a inserção de pessoas das mais variadas culturas em muitos países em todo o mundo. “O impacto das identidades interseccionais e o fato da diversidade têm sido normatizados e continuam a afetar a vida da família contemporânea.”¹⁰³

A dificuldade em compreender tal diversidade se dá no impacto que a união de diversas culturas diametralmente opostas traz à vida familiar. Crer que os valores construídos por uma pessoa nascida em 1950 possam ser os mesmos de outra que conhece a sociedade a partir da década de 90, é incidir em crassa ignorância a respeito dos novos fatos sociais globais.

As famílias transnacionais, influenciadas pelo multiculturalismo, constroem-se quando um, ou vários membros da mesma entidade familiar, deixa seu país de origem, instala-se em outro local, deixando para trás seus demais familiares. No lugar de destino, firma vínculos com pessoas locais, formando um novo arranjo familiar.

Uma ressalva deve ser tomada a cabo, no que concerne aos imigrantes LGBT’s (Lésbicas, gays, bissexuais e travestis). Imigrantes heterossexuais que chegam sozinhos podem se encontrar, se apaixonar, casar-se com cidadão do novo país, enquanto os LGBT’s não possuem esse privilégio. Procuram, muitas vezes, escapar de uma cultura opressora, muitas vezes violenta.¹⁰⁴

¹⁰² BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *O direito de família descobrindo novos caminhos*. São Leopoldo: Edição da autora, 2001, p. 9.

¹⁰³ “the impact of interseccional identities, and the fact that diversity has always been normative and continues to affect contemporary family life.” In: HOWE, Tasha R. *Marriages and families in the 21st century: a bioecological approach*. Uk: Wiley-Blackwell, 2012, p. 473.

¹⁰⁴ *Ibid.* p. 488-489.

Um dos países do mundo que mais recebe imigrantes são os Estados Unidos, segundo estudo da Organização das Nações Unidas (ONU), através da agência Efe,¹⁰⁵ representando 45,8 milhões de pessoas. O estudo revelou ainda que 232 milhões de pessoas vivem fora de seu país de origem, equivalendo a 3,2% da população mundial.

As pessoas que constituem uma família transnacional também podem não possuir qualquer vínculo sanguíneo, desenvolvendo elo afetivo dentro de uma relação de igualdade, solidariedade e assistência mútuas, a exemplo dos estudantes que saem do seu país de origem para qualificar-se profissionalmente em outros locais.

O que pode ser observado que há de pior nessa massa migratória é a prática da xenofobia, violência doméstica contra as mulheres, especialmente às mulheres afegãs. De outro lado, os benefícios são vários, incidindo numa política para sociedades multiculturais inclusivas, integrando, ainda mais o conceito das entidades familiares plurais.

Desenvolvem-se, nesta dimensão de multiculturalidade, vínculos socioafetivos que originam famílias de diversas culturas e costumes, fazendo do mundo global, cada vez mais diversificado e democrático à recepção das novas culturas.

3. Socioafetividade e Multiparentalidade

Muitos aspectos são levados em consideração ao tratar do parentesco estabelecido entre pessoas que, sem qualquer vínculo biológico, comportam-se como se ele existisse, ou devesse existir¹⁰⁶. Reportamo-nos ao caso anteriormente citado, relativo aos direitos e deveres dos padrastos/madrastas para com os enteados.

Com a reconstrução da família tradicional na forma da família recomposta, as relações entre os novos membros do grupo familiar, na maioria das vezes, estreitam-se de forma tal que são prestados cuidados, que, muitas vezes, os genitores das uniões anteriores não quiseram, ou não puderam oferecer.

¹⁰⁵ Disponível em:

<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/31162/eua+sao+pais+com+maior+numero+de+imigrantes+most+ra+estudo+da+onu.shtml>. Acesso em: 10.set.2014. Ainda a respeito da pesquisa da ONU, “a Europa continua sendo a região mais procurada, com 72 milhões em 2013 - seguida pela Ásia, com 71 milhões.”

¹⁰⁶ O Código Civil brasileiro, em seu artigo 1.593, preleciona que parentesco é natural ou civil, resultante de consanguinidade ou outra origemtra origem.

Neste diapasão, o termo socioafetividade vem ganhando força nos núcleos familiares, dentro dos quais o exercício do amor e do afeto são tais que decorrem responsabilidades para com os menores.

O direito às visitas, alimentos, guarda são resguardados aos “pais afetivos”, de “criação”, aos enteados, fazendo subsumir uma paternidade como se fosse aquela decorrente de uma obrigação imposta aos pais com vínculo biológico.

No entanto, acredita Paulo Lôbo, que “toda paternidade é necessariamente socioafetiva, podendo ter origem biológica ou não biológica (...). A paternidade socioafetiva é gênero do qual são espécies a paternidade biológica e a paternidade não biológica.”¹⁰⁷

Note-se que, uma criança, criada por anos a fio pelo novo marido da mãe, que não é seu pai biológico, mas com quem construiu um vínculo de “figura paterna”, poderá ter sua realidade traduzida em efeitos jurídicos, tais como: guarda, visita, alimentos- sem excluir necessariamente seus laços para com o pai biológico.¹⁰⁸

Assim, repercute juridicamente o fato de o vínculo afetivo construído entre padrasto/madrasta e enteado acerca da existência das obrigações relativas aos pais biológicos. Portugal reconhece o dever de alimentar aos padrastos quando seus enteados estiverem sob seus cuidados, por ocasião do falecimento do seu cônjuge, quando os alimentos estejam sob cargo deste (artigo 2009, I nº3 do Código Civil português).

A legislação brasileira nada fala a respeito, e cala sobre muitos outros fatores, principalmente no que tange à adoção à brasileira, na qual, não derivada, necessariamente de uma família mosaico, um pai (ou mãe), conscientes que não tem qualquer vínculo biológico com uma criança, a registra, dando seu nome, seus cuidados, seu amor. Outra possibilidade de reconhecimento de socioafetividade se dá quando um pai registra um filho como seu, biologicamente, quando na verdade não o é.

¹⁰⁷ LÔBO, Paulo. Op. Cit. p. 30.

¹⁰⁸ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. “Novas” entidades familiares e seus efeitos jurídicos. In: *Família e solidariedade : teoria e prática no direito de família*. PEREIRA, Rodrigo da cunha (Coord). Rio de Janeiro: IBDFAM- Lumen Juris, 2008, p.45.

O reconhecimento, na adoção à brasileira, é mais prático. Mais rápido e barato comparecer a um cartório e reconhecer como seu filho (biológico) de outrem, do que enfrentar um processo regular de adoção¹⁰⁹, por demais moroso.

Esses tipos de situações existem aos bocados nas sociedades pós-modernas e reclamam a urgente tutela, sobretudo no que diz respeito aos efeitos sucessórios que esses reconhecimentos voluntários de paternidade/maternidade trazem, principalmente levando em consideração que a “verdade afetiva” se sobrepõe indiscutivelmente à “verdade biológica”.

Ainda, é levada em conta a obediência ao princípio do melhor interesse da criança, quando pairam nos tribunais os conflitos entre paternidade decorrente da biologia e/ou afetividade. Assim, parte-se do pressuposto de que as relações socioafetivas englobam os vínculos de sangue e aqueles nascidos puramente do afeto, devendo encontrar um ponto comum de equilíbrio entre o biológico e o afetivo, porque de sua coexistência é formada a maioria das relações familiares.¹¹⁰

Sendo valorizado o afeto, a formação de novos laços familiares, coexistindo com outros anteriores, pode gerar concomitantemente a figura de dois pais, duas mães, entre outros,¹¹¹ caracterizando, assim, a multiparentalidade.

Decorrente da filiação socioafetiva, este instituto desponta nos tribunais brasileiros, prevendo a possibilidade de reconhecimento de pai ou mãe dúplices. As relações afetivas entre uma pessoa que se comporta como pai/mãe, com outra que manifesta-se como se filho fosse, conjugado com o *nomem e fama*¹¹², definem o que se chama posse de estado de filho.

É o uso do patronímio do pai/mãe, a exteriorização da prática do afeto recíproco, dos cuidados, de forma perene, não eventual. O agir “como se filho fosse” e “como se pai fosse” é que repercute na órbita do reconhecimento da paternidade socioafetiva, e na defesa da multiparentalidade como melhor interesse da criança.

¹⁰⁹ NEPOMUCENO E CYSNE, Renata. Os laços afetivos como valor jurídico: na questão da paternidade socioafetiva. In: *Família e Jurisdição II*. BASTOS, Eliane; FERNANDES DA LUZ, Antônio. (coords.). Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 210.

¹¹⁰ ANDRIGHI, Fátima Nancy; KRUGER, Cátia Denise Gress. Coexistência entre a socioafetividade e a identidade biológica -uma reflexão. In: *Família e Jurisdição II*. BASTOS, Eliane; FERNANDES DA LUZ, Antônio. (coords.). Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.83.

¹¹¹ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Op. Cit. p. 45.

¹¹² FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família, elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro*. 2ed. Porto Alegre: Renovar, 2003. p. 321

Várias são as possibilidades de haver esse comportamento de posse de estado de filho, a exemplo do que ocorre na família recomposta, quando o padrasto/madrasta contribui de forma determinante na criação e formação dos filhos do seu companheiro, podendo haver, inclusive, inserção do nome do pai socioafetivo no registro de nascimento da criança, fazendo repercutir, ainda, no aspecto das obrigações, como o direito aos alimentos, e no sucessório.

Caso haja duplicidade de pai ou mãe, levados ao registro de nascimento da criança, aquele que requereu a inserção do seu nome no referido registro, de boa ou má-fé, será pai/mãe para todos os efeitos.

O que está afastado pela doutrina e jurisprudência –sim, porque a lei silencia acerca da possibilidade da multiparentalidade- é o comportamento contrário aos fatos, ou seja, reconhecer um filho para fins de registro, mesmo sabendo que não é pai biológico da criança, e posteriormente pugnar pela anulação do ato, incorrerá na máxima *venire contra factum proprium*, sendo impossibilitada tal anulação, inclusive após a construção de laços afetivos.

Ratificando pelo entendimento da impossibilidade de anulação registral, assim como a adoção é de igual forma irrevogável, Welter assevera que para “reconhecer a irrevogabilidade basta observar os princípios da prioridade e da prevalência absoluta dos interesses da criança e do adolescente, previstos tanto na Constituição Federal como do Estatuto da criança e do adolescente.”¹¹³

Assim como muitos arranjos familiares do direito pós-moderno são invisíveis aos olhos dos legisladores, o reconhecimento da socioparentalidade e decorrente multiparentalidade também o são. As decisões acerca dos efeitos jurídicos aos fatos sociais relevantes que desacompanham a lei precisam existir para tutelar os direitos das pessoas.

Recorre-se, por esta razão, às normas supremas, pugnando pela máxima eficácia das Constituições na guarda dos direitos fundamentais das pessoas em constituírem as famílias como exercício da liberdade de escolha, direito fundamental. Imperioso consignar, todavia, para evitar-se o ativismo dos tribunais, que o alcance das ditas normas supremas, incluídos os princípios constitucionais, possam encobrir todas as modificações familiares do direito moderno, ponto este que analisaremos a seguir.

¹¹³ WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológicas e socioafetivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.155.

CAPÍTULO 2- A TUTELA DA FAMÍLIA: DO DIREITO CLÁSSICO AO CONTEMPORÂNEO

A família patriarcal, reconhecida e tutelada pelo Estado, principalmente após as grandes Revoluções políticas e sociais, a exemplo do que ocorreu na França, em 1789, já existia, conforme visto no capítulo antecedente, só que organizada de outras formas e sob outros fundamentos, como o direito materno, casamento entre membros da mesma tribo, poligamia e poliandria praticadas de forma livre entre as pessoas.

As associações entre os grupos humanos se davam até mesmo antes da instituição do Estado como mentor da vida em sociedade. As famílias primitivas respeitavam-se e elas próprias se regravam. Esse período “anormativo”, que só veio a ser superado após a teoria do Contrato social¹¹⁴, ideia esta na qual passa a existir um órgão máximo que efetive os direitos das pessoas, pois que nascia uma classe burguesa que necessitava da interferência do Estado para regular seus interesses, e, posteriormente, com o advento do Código de Napoleão, a proteção dada pela lei escrita aos grupos familiares estava restrita a uma única forma de família, a patriarcal, presente na cultura das sociedades do século XIX e XX.

A abordagem do regramento para a família, desde a mais primitiva à moderna, passando pela família do direito clássico será feita a partir do jusnaturalismo e o conseqüente desenvolvimento da vida em sociedade, até o surgimento das leis escritas, com a consagração das primeiras constituições.

A visão do instituto familiar no direito clássico se restringe ao poder marital dentro dos lares, sem qualquer observância da proteção da dignidade das mulheres e filhos, o que virá por ser protegido constitucionalmente com o advento do direito pós-moderno e com a nova dogmática de interpretação das leis.

2.1 Da família no direito natural ao positivismo do século XIX

A tutela do direito de família, através de normas escritas, assim como a codificação dos demais ramos do direito, só foi possível de ser verificada com o positivismo, dominante no século XIX, e a interpretação das suas normas adstritas à escola da Exegese. Afora, contudo,

¹¹⁴ Cfr. HOBBS, T. *Leviatã*. Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003

as discussões acerca da imposição de normas pré-estabelecidas, a vida dos homens em comunidades, formando os primeiros grupos familiares, instituição que antecedeu a própria formação do Estado, já possuía regramentos, entendidos como práticas costumeiras, ditados pelos próprios participantes de cada grupo familiar.

As “regras” definidoras dos comportamentos humanos antes da regulamentação escrita remontam aos períodos das primeiras formas de famílias, conforme demonstrado no capítulo antecedente. Isso porque aos homens, por sua própria existência, é-lhes dirigido um estado de convivência denominado Estado de Natureza.

Supõe-se, que, nesse período, “os homens são livres e iguais. São livres porque ninguém exerce atividade natural sobre outrem, em resumo, porque cada um é, no ‘estado de natureza’, o seu próprio dono; e iguais, porque se trata de uma liberdade pertença de todos (desde que sejam independentes).”¹¹⁵

É um estado, portanto, antecedente à instituição do poder regulamentador da vida em sociedade, relevante à existência do homem enquanto ser vivo, direito de ser, existir. “É suposto que estes direitos [de ser, existir] pertençam ao indivíduo em virtude de sua própria essência ou, por outras palavras, são considerados como de tal modo fundamentais que nenhuma vida em sociedade digna desse nome parece ser possível sem que eles sejam respeitados.”¹¹⁶

O direito natural consiste, assim, na possibilidade, dirigida a todos os homens, de existirem, viverem, e fazer reconhecer, inclusive, de que o direito de alguém termina quando o direito de outrem se inicia. Sendo que esse conhecimento resta cada vez mais escasso quando há rupturas das leis naturais, sem que haja uma autoridade que defenda ou acuse as pessoas por violação dos costumes. Daí nasce, portanto, a necessidade de um ente que possa controlar os atos humanos que afetem o direito natural de outrem, sendo este ente o Estado.

A teoria do contrato social faz surgir a vida em sociedade propriamente dita, criando uma relação de poder entre governantes, de um lado, e governados, do outro. A instituição do Estado garante aos súditos a observância de que seus direitos naturais não sejam violados, e se

¹¹⁵ HAARSCHER, Guy. *Filosofia dos direitos do homem*. Trad. Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 1993, p.17.

¹¹⁶ *Ibid.* p.18.

forem, há um poder central, maior, forte o bastante e legítimo para exercer o poder de repressão.

Nesse aspecto, os homens não mais se autogovernam. “Os indivíduos (que se transformaram em governados) obrigam-se a obedecer à autoridade política, mas adquirem *ipso facto* o direito à protecção da sua vida, da sua liberdade, da sua propriedade.”¹¹⁷⁻¹¹⁸

No direito natural, relacionado ao estado de natureza no qual viviam as primeiras formas de família, consideradas os grupamentos familiares primitivos, autorregulamentavam-se. A princípio, ditavam os costumes as mulheres dos grupos, obedecido o direito materno. Posteriormente, com os primeiros acúmulos de riqueza por parte dos homens e a crescente necessidade de identificação dos filhos para fins “sucessórios”, desenvolveu-se, juntamente com o capitalismo incipiente, caracterizado na acumulação de riquezas, o pensamento patriarcal, que sustentou todo o costume familiar até a instituição das normas escritas, baseadas, portanto, no direito natural.¹¹⁹

Antes, contudo, do advento do direito clássico, na Idade Antiga, regia a vida em sociedade, dispositivos compilados em espécies de códigos de conduta, de que são exemplos as leis de Justiniano, o *Corpus Juris Civilis*. Essa reunião de disposições servia como uma espécie de direcionamento do comportamento das pessoas, e não a salvaguarda de direitos.

Na idade Média, retoma-se a perspectiva do direito divino, conforme Abelardo, filósofo do século XII, para quem a característica do direito positivo “é a de ser posto pelos homens, em contraste com o direito natural que não é posto por esses, mas por algo (ou alguém) que está além desses, como a natureza (ou o próprio Deus).”¹²⁰

Já em São Tomás, na *Summa Theologica*, há uma divisão das leis conforme sua origem, sendo classificadas em lei eterna, lei natural, lei humana e lei divina. A lei humana, para São Tomás, conforme Bobbio, “deriva da natural por obra do legislador que a põe e a faz valer, mas tal derivação pode ocorrer segundo dois diferentes modos”¹²¹, por conclusão, quando a lei escrita decorre do direito natural, a exemplo da vedação ao homicídio, no momento em que

¹¹⁷ *Ibid.* p. 23.

¹¹⁸ Os direitos à vida, liberdade e propriedade são direitos naturais defendidos por John Locke. *Cfr.* LOCKE, John. *Traité du gouvernement civil*. Paris, Garnier- Flammarion, 1984.

¹¹⁹ *Cfr.* ENGELS, Friedric. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. 9ed. Trad. Leandro Konder. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira SA, 1984.

¹²⁰ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 19.

¹²¹ *Ibid.* P. 20.

a lei natural ou divina declara o “não matarás”; ou por determinação, sendo a lei natural ampla, cabendo à lei escrita dar especificidade ao que é permitido ou proibido.

Na idade média, portanto, “o direito natural é considerado superior ao positivo, posto que seja o primeiro visto não mais como simples direito comum, mas como norma fundada na própria vontade de Deus e por este participada à razão humana ou, como diz São Paulo, como a lei escrita por Deus no coração dos homens.”¹²²

Com o fim da sociedade pluralista medieval, por sua fragmentação política e social, o direito natural não mais é visto como distinto do direito positivo¹²³, já que, com a instituição de um poder único, a função de criação das leis passa a ser restrita a este poder.

Na medievalidade, quando “imperava esta espécie de justiça rural, paradigma primeiro deste modelo de organização judiciária, as transformações sócioeconômicas operadas farão surgir uma bulhosa classe sócioeconômica (a burguesia).”¹²⁴

Com a formação do Estado Moderno, segundo Bobbio:

ao contrário, a sociedade assume uma estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar aquele de criar o direito: não se contenta em concorrer para esta criação, mas quer ser o único a estabelecer o direito, ou diretamente através da lei, ou indiretamente através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária. Assiste-se, assim, àquilo que em outro curso chamamos de *processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado*.¹²⁵ (BOBBIO, 2006, p. 27)

A cultura moderna dos séculos XVIII e XIX foi, acredita Wolkmer¹²⁶, ter sido desenvolvida por um processo de interação de fatores como “o modo produtivo capitalista, a

¹²² *Ibid.* p. 25.

¹²³ “O positivismo jurídico é uma concepção do direito que nasce quando ‘direito positivo’ e de ‘direito natural’ não mais são considerados direito no mesmo sentido, mas o direito positivo passa a ser considerado como direito em sentido próprio. Por obra do positivismo jurídico ocorre a redução de todo direito a direito positivo, e o direito natural é excluído da categoria do direito: o direito positivo é direito, o direito natural não é direito. A partir deste momento o acréscimo do adjetivo ‘positivo’ ao termo ‘direito’ torna-se um pleonasma mesmo porque, se quisermos usar uma fórmula sintética, o *positivismo é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo*.” (BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.* p. 26.)

¹²⁴ BORGES, Hermenegildo. *Vida, razão e justiça: racionalidade argumentativa na motivação judiciária*. Coimbra: Edições Minerva Coimbra, 2005, p.20.

¹²⁵ BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.* p. 27.

¹²⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos Fundamentos de uma Teoria Geral dos “Novos” Direitos. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo:Saraiva, 2003. p. 1-2. Cfr. RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando Fundamentos do direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. O entendimento da autora é o de que “o liberalismo consagrou no século XIX, a completude e a unicidade do direito, que passou a ter como fonte única o Estado, com seu poder ideologicamente

organização social burguesa, a projeção doutrinária liberal-individualista e a consolidação política da centralização estatal.” Sendo que essa dinâmica, continua o autor, expressaria o desenrolar que determinadas épocas desenvolve práticas jurídicas especializadas, referentes às relações sociais e aos ensejos dos homens. Nesse sentido, o absolutismo monárquico e a burguesia ascendente superariam o sistema vigente na época medieval. Ainda conforme o mesmo autor, a centralização política com o absolutismo, uma vez uniformizada, subordinaria os operadores da lei à vontade soberana.

Para o Estado Moderno “havia a clara preocupação em atender aos interesses da classe burguesa que ascendia ao poder, de modo que as definições jurídicas adotadas visavam claramente defender a esses interesses (lastreados, principalmente, na propriedade privada e liberdade contratual).”¹²⁷

A legitimidade do poder central em estabelecer as leis, não o faz ser a única fonte do direito positivo. Pode-se afirmar que ele é posto pelo Estado, mas que, explicita Bobbio:

segundo Grócio, o Estado é apenas uma das três instituições que podem pôr o ‘direito voluntário’; as outras duas são, a primeira, inferior ao Estado, a família, que enseja o direito familiar ou paterno (também Aristóteles falava do ‘*dispotikón dikaion*’, que se poderia traduzir como o ‘direito patronal’, enquanto direito posto pelo chefe da comunidade familiar); outra instituição, superior ao Estado, é a comunidade internacional que põe o *jus gentium*, entendido não no sentido de direito comum a todas as pessoas, mas no sentido de *jus inter gentes* (isto é, direito que regula as relações entre os povos ou os Estados).¹²⁸ (BOBBIO, 2006, p. 21).

Os estudos sobre o positivismo jurídico, portanto, após ganharem força com o advento da Revolução ocorrida na França, quando fora desencadeada e fortalecida a ideia da necessária criação de leis escritas, leis estas que vinculavam o poder central, serviram de garantia aos súditos de que o poder absoluto deveria ater-se apenas àquelas normas pré-estabelecidas.

A obsessiva busca da proteção da liberdade e da propriedade individual que iria se alcançar com a limitação do poder absoluto dos governantes desaguou, como não poderia deixar de ser, na exaltação da lei como o único instrumento capaz de limitar a liberdade das pessoas¹²⁹.

emanado do povo, a neutralidade das normas com relação ao seu conteúdo, e a concepção do homem como sujeito abstrato, como os postulados fundamentais do Estado de Direito.”

¹²⁷ BARCELONA, Pietro. *El individualism propietario*. Madrid: Editorial Trotta, 1996, p.15.

¹²⁸ BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.* p. 21.

¹²⁹ SOUZA, Sylvio Capanema de. *O Código de Napoleão e sua influência no Direito Brasileiro*. Revista da EMERJ, v.7, n. 26, 2004, p.39.

Mesmo com o interesse em tutelar os anseios da burguesia ascendente, o positivismo criador dos primeiros códigos de leis escritas sofreu influência do direito natural e dos costumes da época. É neste sentido que abordaremos a forma pela qual o direito clássico tutelava a família.

2.2 A tutela da família no direito clássico

O Código Civil de Napoleão, de 1804, foi o marco do triunfo do positivismo no século XIX, após os movimentos iluminista e o revolucionário francês. A presença de um catálogo de leis escritas resguardando os direitos dos indivíduos o fez aceitável e necessário, sobretudo pela segurança dos súditos contra os arbítrios do príncipe.

A possibilidade da construção de um direito escrito só foi possível, na percepção de Bobbio¹³⁰, graças a uma:

longa batalha conduzida, na segunda metade do século XVIII, por um movimento político-cultural francamente iluminista, que realizou aquilo que podemos chamar de 'positivação do direito natural'. Por este movimento, o direito é expressão ao mesmo tempo da autoridade e da razão. É expressão da autoridade visto que não é eficaz, não vale se não for posto e feito valer pelo Estado (e precisamente nisto pode-se identificar no movimento pela codificação uma raiz do positivismo jurídico); mas o direito posto pelo Estado não é fruto de mera arbitrariedade, ao contrário é a expressão da própria razão (da razão do príncipe e da razão dos 'filósofos', isto é, dos doutos que o legislador deve consultar). (BOBBIO, 2006, p. 54)

Foi com base nas ideias jusnaturalistas de que seriam codificadas as normas decorrentes dos costumes, na concepção de Cambacérès, quem elaborou um projeto de código de forma simples, baseado no direito natural e de caráter único. O projeto final só foi aprovado e colocado em prática após alterações procedidas por uma comissão criada por Napoleão, deixando de lado toda a influência jusnaturalista dada anteriormente por Cambacérès, adotando, por conseguinte os costumes da sociedade francesa da época.

Ao juiz, já na redação do código definitivo, caberia unicamente a aplicação automática do dispositivo recém-codificado em razão de sua função essencialmente estatal, devendo, nos casos de obscuridade, insuficiência ou silêncio da lei, proceder de modo que "o juiz deve sempre encontrar a resposta para todos os problemas jurídicos no interior da própria lei, visto que nela estão contidos aqueles princípios que, através da interpretação, permitem individualizar uma disciplina jurídica para cada caso. O dogma da onipotência do legislador

¹³⁰ BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.* p. 54.

implica, portanto, num outro dogma estreitamente ligado (...) ao da completude do ordenamento jurídico.”¹³¹

Em relação à interpretação das normas, inaugurou-se, também na França, a *école d'exégèse*. Dispunha que a análise das normas positivadas deveria ser feita de tal modo que se restringisse ao espírito da lei, à vontade do legislador, apenas. Preceitua Carlos Maximiliano¹³² que consistia a:

Escola da Exegese em Direito Positivo, a corrente tradicionalista por excelência, que o objetivo do intérprete seria descobrir, através da norma jurídica, e revelar – a vontade, a intenção, o pensamento do legislador. (MAXIMILIANO, 1999, p.18)

Arraigadas, as restrições da Escola da Exegese baseavam-se nos fatores da codificação em si, uma vez que era mais acessível e prática a aplicação do direito aos casos em concreto, sem necessidade de socorro às demais fontes do direito, servindo o código como um receituário pronto para resolver as questões; na autoridade relativa ao poder legislativo, uma vez que as normas eram fruto da vontade do legislador; vedação, pelo princípio da separação dos poderes, de criação de normas por parte do juiz, devendo obediência às leis então existentes; a certeza do direito, existente em um “corpo estável de leis, e aqueles que devem resolver as controvérsias se fundam nas normas nele contidas e não em outros critérios”¹³³.

A obediência ao código traz não somente segurança jurídica à sociedade, como também provém de forças políticas em idealizar as leis como, de fato, únicas fontes do direito, suprimindo, de uma vez, qualquer influência jusnaturalista.¹³⁴

Ainda sobre o método da Exegese, para Cláudio de Cicco¹³⁵:

é dada mais força ao legislador e limitado proporcionalmente o poder de interpretação dos juízes ao aspecto gramatical e sistemático das disposições contidas nas normas. (CICCO, 2006, p.184-185)

Fraçois Gény, citado por Miguel Reale¹³⁶, em se tratando da aplicação da lei, preceituou “*au delà du Code, mais par le Code*”, consistindo no fato de haver uma lacuna ou omissão na lei, o aplicador do direito deveria ater-se somente às leis já existentes.

¹³¹ *Ibid.* p. 76.

¹³² MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18 ed. Edição Revista Forense. Rio de Janeiro. 1999, p.18.

¹³³ BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.* p. 80.

¹³⁴ Interessante ressaltar a observação feita pelo professor Bugnet, para quem, em crítica à escola da Exegese: “Eu não conheço o Direito Civil, eu ensino o Código de Napoleão.” BONNECASE, Julien. *L'école de l'exégèse em droit civil*. In: BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.* p. 82.

¹³⁵ CICCO, Cláudio de. *História do pensamento jurídico e da filosofia do direito*. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 184-185.

Seguindo a normatividade expressa e a metodologia ordenada pela Exegese, a família tutelada no Código de Napoleão sofreu forte influência como antes demonstrado, dos costumes da sociedade francesa, sobretudo no que tange ao regime do patriarcado.

Na compilação de 1804, previa-se que, conforme elucidada Sylvio Capanema¹³⁷:

embora procurando alcançar os ideais de igualdade, emanados da Declaração de Direitos do Homem, o Código de Napoleão, refletindo os valores de sua época, organizou a família ainda consagrando o poder marital, reduziu as diferenças de direitos entre o marido e a mulher, libertando os filhos maiores da submissão jurídica aos pais, além de instituir a adoção e o divórcio consensual. Os sistemas que vigoravam durante a Idade Média não lograram unificar os matrimônios germânico, canônico e civil. Aos poucos, entretanto, o casamento canônico representava muito mais um sacramento, enquanto que o civil ia adquirindo nítida feição contratual, mas havia muita afinidade nas duas formas, especialmente quanto às condições preliminares e suas consequências. O Código de Napoleão fez uma corajosa e decisiva opção pelo casamento civil, atribuindo-lhe a natureza contratual, enfraquecendo a influência da igreja.

No momento em que se vislumbrava, no casamento, a existência de um contrato, era imperiosa a adoção do divórcio, como forma de extingui-lo, pelo distrato, rompendo-se, assim, a tradição canônica da indissolubilidade do vínculo matrimonial, o que abriu as portas para a visão moderna do Direito de Família. (SOUZA, 2004, p. 45)

Refletindo a essência da codificação francesa, o Código Civil brasileiro de 1916 adota também uma visão patriarcalizada da família, mantendo o casamento como um vínculo entre o homem e a mulher, indissolúvel, sendo possível o divórcio apenas com o advento da lei nº 6.515 de 1977.

Ressalte-se, todavia, que, embora refletindo os ideais liberais do pensamento iluminista, a mulher, no código brasileiro, era considerada tão subordinada ao marido que possuía tratamento de uma pessoa relativamente incapaz, necessitando, por esta razão, da assistência do seu esposo para a prática dos atos da vida civil.

A legislação civil portuguesa, abordando também os costumes da época, da mesma forma previu a estrutura da família de modo patriarcal. Em vigor em 1867, a família tutelada na primeira legislação civil consagrava o casamento como meio legítimo para se contrair núpcias, ainda com fundamento no direito canônico. Portanto, a família era constituída pela união entre o homem e a mulher, sem possibilidade de dissolução. O poder familiar era concentrado nas mãos do pai, cabendo à mãe, conforme anunciava o próprio código, em seu artigo 138:

¹³⁶ GÉNY, François. *Apud* REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 286.

¹³⁷ SOUZA, Sylvio Capanema de. *Op. Cit.* p. 45

Art. 138º. As mães participam do poder paternal e devem ser ouvidas em tudo que diz respeito aos interesses dos filhos; mas é ao pai que especialmente compete durante o matrimônio, como chefe da família, dirigir, representar e defender seus filhos menores, tanto em juízo, como fora dêle. (PORTUGAL, 1867).

Na Alemanha, o *Bürgerliches Gesetzbuch*, o BGB promulgado em 1896 e em vigor desde 1 de janeiro de 1900, consagra a tutela da família obedecendo o pensamento da família liderada pelo cônjuge varão, formada a partir do casamento entre homem e mulher, na qual ambos devem exercer o poder paternal, sem muita diferença da legislação portuguesa e brasileira, esta última que sofreu forte influência também do Código Alemão.

Para o Direito inglês, por sua vez, continua a ideia da família composta pelos pais de sexos distintos e seus descendentes, isto pelo fato de que o matrimônio também é considerado como um sacramento da igreja anglicana que, nesse sentido, aponta Azevedo¹³⁸ que:

Direito inglês adotou, por muito tempo, a lei canônica, em matéria de casamento. À Igreja competia, então, regulá-lo. O casamento era considerado como um ato essencialmente de vontade dos cônjuges a uni-los (*consensual union*), fundado ou nos *sponsalia per verba de praesenti*, que implicava o consentimento direto dos nubentes, ou nos *sponsalia per verba de futuro*, em que havia o consentimento dos nubentes a um casamento futuro, seguido de relação sexual.” (AZEVEDO, 2000, p.27).

O poder regulamentar da igreja anglicana na família inglesa se dava de maneira tão intensa que, posteriormente, com a reforma do seu Código, em 1969, a possibilidade de divórcio fora estabelecida também por esta religião, considerando que, nos casos nos quais os casamentos tivessem sido realmente rompidos, deveriam ser dissolvidos¹³⁹.

Em outros países da Europa, a exemplo da Espanha, o reconhecimento da família patriarcal é repetido, assim como ocorreu no mundo ocidental, isto porque a tradição da moral cristã e o conservadorismo, sobretudo no que concerne ao casamento como sendo um laço que Deus uniu, “prevê que esses preceitos são condição imprescindível à ordem, evitando a desagregação social e a perda de vínculo entre os indivíduos.”¹⁴⁰

¹³⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Casamento de fato e concubinato atual: influência do casamento romano*. Revista dos Tribunais. v. 773. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, março de 2000, p. 27.

¹³⁹ BAIHAM, A. *Direitos humanos, crianças e divórcio na Inglaterra*. Revista brasileira de Direito de Família. v. 3, n. 9. Porto Alegre: Editora Síntese, abril/maio/junho de 2001, p. 46

¹⁴⁰ PAVANI, Roney Marcos. Um liberalismo às avessas: o pensamento político espanhol no século XIX. *Revista Ágora*, Vitória, n. 10, 2009, p. 4-5. Disponível em:

http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=15&ved=0CGcQFjAO&url=http%3A%2F%2Fperiodicos.ufes.br%2Fagora%2Farticle%2FviewFile%2F1942%2F1454&ei=iHTrU6TILsen0QWO3IGADQ&usq=AFQjCNE5haXtmwrSs4dOFeZOVLn6UYYYoxQ&sig2=Gbp26O1DtFqa5mWha_FJRAAces
so em: 13. Ago. 2014.

Na América Latina, após as independências dos países à dominação ibérica, o código civil napoleônico francês-com sua ênfase na liderança masculina, deveres e obediência da esposa, assim como sua incapacidade civil- forneceu o modelo para as relações de gênero e casamento.¹⁴¹

Antes da emancipação dos países latino-americanos, todavia, as monarquias ibéricas, como um corpo político, tinham uma missão a cumprir, nomeadamente, civilizar e integrar dentro da comunidade política cristã os novos povos do subcontinente, a igreja, como corpo místico, realizando sua evangelização.¹⁴²

A possibilidade de divórcios, após o Código Civil francês, e, conseqüentemente, o reconhecimento da dissolução do casamento por outros ordenamentos jurídicos, a exemplo do Brasil, em 1977, e em Portugal, em 1910, e, posteriormente, com a concordata assinada com a Santa Sé em 1975, ocasionou, portanto, aumento considerável nos lares monoparentais, sendo também de grande monta a possibilidade dos recasamentos e constituição das famílias recompostas, núcleos familiares estes que, ou não estão previstos na lei infraconstitucional- e mesmo nas Constituições, como adiante se verá- ou são alvos de uma tutela superficial, devendo-se, por esta razão, o socorro dos aplicadores da lei em recorrer aos princípios constitucionais que asseguram o poder de liberdade das pessoas em constituírem família.

Todavia, com o positivismo, muito restrita tornou-se a tutela das famílias. “Isto porque, com a redução do Direito à lei, restava muito delimitado o espaço para reconhecimento de

¹⁴¹ DOMINGUES, José Maurício. *A América Latina e a modernidade contemporânea: uma interpretação sociológica*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009, p. 130.

¹⁴² DOMINGUES, José Maurício. *Op.Cit.* p. 129. Continua o autor afirmando que mesmo após as emancipações dos países latino-americanos, fora deixada na família uma herança do período colonial: “As uniões informais, exceto para as classes dominantes, eram a norma antes que uma exceção. O legado colonial da informalidade predominava. As famílias de classe dominante evidenciavam uma rigidificação da “patriarquia” (isto é, a dominação das mulheres e das crianças pelo chefe masculino da família). As famílias índias a miúdo envolviam a poligamia e eram em geral informais, baseadas em costumes “tradicionais” (bastante mudados na verdade a essa altura). Na região andina, o “casamento tribal” (*watanaki*, ou *servinakuy*, em quéchua) desenvolveu-se a partir de costumes antigos- permitindo a experimentação sexual, a possibilidade de dissolução e uma tendência a adiar a formalização. Enquanto que anteriormente os escravos negros eram em geral proibidos de casar (conquanto não de procriar), os negros livres e os mestiços agora mostravam o mesmo padrão de casamento informal. Matrifocalidade e absentismo masculino eram comuns. As classes dominantes, por outro lado, tinham um *éthos* masculino em que a predação sexual das mulheres das classes populares subordinadas eram fortes, especialmente, embora não apenas, quando escravas. De acordo com Therborn, “[n]os anos 1890, a América Latina e o Caribe tinham a mais completa e multifacetada ordem sócio-sexual do mundo”. Todavia, não nos enganemos: havia um padrão de família de ordem superior nesses novos países. Baseado na grande propriedade agrária, mas com a cidade como seu mais amplo foco de ação, o patriarca se conectava com uma família mais extensa e forjava alianças com outras famílias, através da dominação pessoal além de laços de amizade, nepotismo, paternalismo e autoritarismo.”

relacionamentos familiares (que envolveriam apenas os modelos expressamente agasalhados pela previsão legislativa; os demais não eram reconhecidos).”¹⁴³

2.3 As Constituições e a tutela da família

Tratando da tutela constitucional relativa à família, imperioso se torna referir as formas através das quais as cartas constitucionais, como defesa dos direitos individuais, foram colocadas à disposição dos indivíduos, na busca da observância de seus direitos e garantias. Tomem-se como ponto de partida, as primeiras ideias de participação política tomadas desde a Antiguidade às Constituições do período Contemporâneo.

Os primeiros movimentos constitucionais, ou seja, de ideias de proteção aos direitos, surgiram, na Idade Antiga, como descreveu Karl Loewenstein, a partir do Estado teocrático, o qual limitava o poder político a partir da legitimidade dada aos profetas para fiscalizar os atos governamentais que extrapolassem os limites bíblicos¹⁴⁴. Com as Cidades-Estados gregas, se estaria diante de uma democracia constitucional, sendo o “único sistema político com plena identidade entre governantes e governados, no qual o poder político está igualmente distribuído entre todos os cidadãos ativos”.¹⁴⁵

No pensamento de Jorge Miranda¹⁴⁶:

há de se considerar algumas marcas da evolução ao Estado moderno, a saber, “a reflexão e a criação cultural da Grécia clássica, quando questionam o poder estabelecido, afirmam a existência de leis que lhes são superiores e reivindicam um direito de desobediência individual, de que fica sendo emblemática a atitude de Antígona; a análise filosófica do conceito de justiça feita por Aristóteles e a análise técnico-jurídica subsequente feita pelos juristas romanos; a distinção de poder público e poder privado e, correlativamente, de Direito Público e Direito Privado, em Roma, acompanhada porém, da completa prevalência da família sobre a personalidade individual; a formação, em Roma, dos *jus gentium* como complexo de normas reguladoras de relações jurídicas em que intervenham estrangeiros (*peregrini*) e a atribuição progressiva aos habitantes do Império de direitos e até da cidadania romana; o reconhecimento, com o Cristianismo, da dignidade de cada homem concreto como filho de Deus, da unidade do gênero humano e da autonomia do espiritual perante o temporal; a doutrina da lei injusta e do direito de resistência formulada pela Escolástica medieval; a conquista de algumas garantias básicas de

¹⁴³ CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da Afetividade no direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 72.

¹⁴⁴ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. 2ed. Barcelona: Ariel, 1970, p. 154.

¹⁴⁵ Ibid. Reitere-se a ideia de que a democracia grega era dirigida apenas aos considerados cidadãos gregos, excluídos da participação política as mulheres, os escravos, os estrangeiros.

¹⁴⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 5 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p.19-21.

liberdade e segurança pessoal, na Inglaterra, a partir da *Magna Charta* de 1215; o aparecimento também de algumas garantias da propriedade e até da participação política das pessoas e dos grupos, conexas com a intervenção das assembleias estamentais na criação de impostos.” (MIRANDA, 2012, p.19-21).

De fato, na Idade Média, com o surgimento da Magna Carta de 1215, e Moderna, com o *Petition of Rights*, em 1628; *Habeas Corpus Act*, em 1679; do *Bill of Rights*, em 1689 e do *Act of Settlement*, em 1701, é fortalecida a ideia de que esses pactos protegem os direitos individuais. Tem o fundamento no “acordo de vontades (ainda que os reis disfarcem sua transigência com a roupagem de outorga de direitos)”¹⁴⁷.

No pensamento de Canotilho, “desde a *Magna Charta*, 1215, à *Petition of Rights*, de 1628, do *Habeas Corpus Act*, de 1679, ao *Bill of Rights*, de 1689, conduzirá à sedimentação de algumas dimensões estruturantes da ‘constituição ocidental’.”¹⁴⁸⁻¹⁴⁹

As Constituições escritas que surgiram no período Moderno, assevera Lenza¹⁵⁰, foram marcadamente a constituição americana de 1787 e a da França, de 1791, baseada na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, movimento este iniciado durante a idade das luzes, sendo concretizado como um ideal oposto ao poder absoluto do monarca, fazendo do povo como titular do poder.

Nestas primeiras cartas constitucionais, assim como as declarações de direitos anteriormente mencionadas, valoravam-se o individualismo, a não intervenção estatal, a defesa da propriedade privada, bem como as liberdades dos indivíduos. Todavia, do absentismo estatal e da concepção liberal, sobretudo no que respeita à propriedade privada, decorreu forte “concentração de renda e exclusão social, fazendo com que o Estado passe a ser chamado para evitar abusos e limitar o poder econômico”¹⁵¹, emergindo, por conseguinte, a ideia dos direitos sociais, pautados na defesa do Estado Social de Direito, influenciada pela Constituição do México de 1917 e a de Weimar, de 1919.

¹⁴⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 26ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 4-5.

¹⁴⁸ GOMES CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 55.

¹⁴⁹ Nesse sentido, afirma Vital Moreira a respeito das cartas mencionadas: “Embora tenham de ser inseridas num fundo de valores e de experiências que radicam no Cristianismo e no humanismo renascentista, são elas que determinam o aparecimento das declarações de direitos setecentistas. E embora tenham de ser tomadas como contribuições complementares que se reforçam mutuamente e, ao longo do século XIX, se interinfluenciam, elas correspondem a visões bem diversas de irradiação e defesa dos direitos do homem: empiricamente e com base nas decisões dos juízes, em Inglaterra e nos países da sua família constitucional; dedutivamente e por meio da lei escrita, em França e nos países continentais; participando de uma e doutra, nos Estados Unidos.” In: MIRANDA, Jorge. *Op. Cit.* p. 21.

¹⁵⁰ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 52.

¹⁵¹ LENZA, Pedro. *Loc. Cit.*

O pensamento, contudo, de proteção aos direitos de solidariedade, incluídos aí os direitos dos idosos, crianças, das minorias, do meio ambiente, fez das Constituições Contemporâneas verdadeiros programas sociais a serem buscados pelos governantes a fim de proporcionar às pessoas o alcance pleno de seus direitos. É o que Canotilho considera como Constituições dirigentes, contendo nas normas constitucionais os programas que deverão nortear a ação governamental na busca do bem estar social.

Neste diapasão, seriam as Constituições, ainda conforme preleciona Canotilho, em sentido histórico, “o conjunto de regras (escritas ou consuetudinárias) e de estruturas institucionais conformadoras de uma determinada ordem jurídico-política num determinado sistema político-social”.

Ainda, segundo o mesmo autor:

por constituição moderna entende-se a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político. Podemos desdobrar este conceito de forma à captarmos as dimensões fundamentais que ele incorpora: (1) ordenação jurídico-política plasmada num documento escrito; (2) declaração, nessa carta, de um conjunto de direitos fundamentais e do respectivo modo de garantia; (3) organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo um poder limitado e moderado.(CANOTILHO, 2003, p. 52-53)¹⁵²

Elencados os documentos historicamente hábeis para a elucidação da ideia de proteção dos direitos dos indivíduos, como as declarações anteriormente vistas, através de uma lei maior e soberana, contendo, conforme a citação supra do eminente Doutor de Coimbra, as leis escritas, que resguardam os direitos e garantias dos cidadãos, segundo uma organização política, desenvolveu-se nos países, tanto europeus, como americanos, a exemplo do Brasil e Portugal, a ideia de Constitucionalização das normas que, seguindo o “entendimento da constituição como *higher law*, isto é, uma lei superior que torna nula (*void*) qualquer “lei” de nível inferior, incluindo as leis ordinárias do legislador, se estas infringirem os preceitos constitucionais”¹⁵³.

O significado da constituição para a sociedade é, conforme Hesse¹⁵⁴ “*a ordem fundamental jurídica da coletividade*. Ela determina os princípios diretivos, segundo os quais deve formar-se unidade política e tarefas estatais serem exercidas. Ela regula procedimentos

¹⁵² GOMES CANOTILHO. *Op. cit.* P. 52-53.

¹⁵³ *Ibid.* *Op. cit.* P. 59.

¹⁵⁴ HESSE, Konrad. *Elementos do Direito Constitucional da Alemanha*. 20 ed. Trad. Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1998, p. 37.

de vencimento de conflitos no interior da coletividade. Ela ordena a organização e o procedimento da formação da unidade política e da atividade estatal. Ela cria bases e normaliza traços fundamentais da ordem total jurídica. Em tudo, ela é o “plano estrutural fundamental orientados por determinados princípios de sentido, para a configuração jurídica de uma coletividade.”(HESSE, 1998, p. 37).

No sentir de Jorge Miranda, o Direito Constitucional:

é a parcela da ordem jurídica que rege o próprio Estado enquanto comunidade e enquanto poder. É o conjunto de normas (disposições e princípios) que recortam o contexto jurídico correspondente à comunidade política como um todo e aí situam os indivíduos e os grupos uns em face dos outros e frente ao Estado-poder e que, ao mesmo tempo, definem a titularidade do poder, os modos de formação e manifestação da vontade política, os órgãos de que esta carece e os actos em que se concretiza. [...] Mais do que um ramo a par de outros, o Direito Constitucional deve ser apercebido como o tronco da ordem jurídica estatal (mas só desta), o tronco donde arrancam os ramos da grande árvore que corresponde a essa ordem jurídica. Integrando e organizando a comunidade e o poder, ele enuncia (na célebre expressão de PELLEGRINO Rossi) as *têtes de chapitre* dos vários ramos do Direito, os princípios fundamentais que os enformam; e enuncia-os, porque tais princípios revestem um significado político, identificam-se com as concepções dominantes acerca da vida colectiva, consubstanciam uma ideia de Direito ¹⁵⁵(MIRANDA, 2014, p.17-18).

Afora as semelhanças dos conceitos dos doutrinadores supramencionados, a Constituição, como carta suprema da regulação da vida em sociedade, norteadora dos poderes públicos para a consecução dos direitos dos cidadãos, assegura, não somente a garantia da observância dos direitos das pessoas, sendo os direitos do homem o ponto central onde gravitam as normas constitucionais.

A família, como célula primeira da sociedade, base do Estado e das relações interpessoais, faz parte deste corpo de leis máximo, cabendo ao poder constituinte a elaboração de normas que observe a importância dos agrupamentos familiares diversos, sobretudo em respeito ao aspecto de amplo, abstrato e de longo alcance que a Constituição, como norma dirigente, oferece aos sistemas infraconstitucionais.

2.3.1 *A Constituição da República portuguesa e a guarda da família*

Em Portugal, a Constituição da República de 1976 é dividida por partes que asseguram os princípios fundamentais da República. Na primeira parte, tutela os direitos e deveres fundamentais pautados no princípio da universalidade (art. 12º), da igualdade (art.13º); os

¹⁵⁵MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional TOMO I. 10ed.* Coimbra: Coimbra Editora. 2014, p. 17-18.

direitos, liberdades e garantias pessoais, como o direito à vida e outros direitos pessoais; os direitos, liberdades e garantias de participação política, dos trabalhadores, dos consumidores.

Guarda, de igual forma, os direitos económicos e sociais a serem garantidos à sociedade, como a saúde, habitação, urbanismo, família, etc; direitos e deveres culturais, como a participação no ensino, cultura física e desporto.

A segunda parte da Constituição da República portuguesa prevê a organização económica, adicionada a este bloco de normas a organização do poder político. No terceiro momento, é prevista a organização do poder político, condições de elegibilidade do Presidente da República e suas competências, assuntos relativos à competência da Assembleia. Exprime o estatuto dos juízes, da organização dos tribunais e sua competência, do Ministério Público, da Procuradoria- Geral da República e da organização do Tribunal Constitucional e seu funcionamento e assuntos atinentes aos arquipélagos da Madeira e dos Açores.

A quarta e última parte concerne à garantia e revisão da Constituição, dos meios de verificação de possível inconstitucionalidade das leis, enumerando os mecanismos para o exercício do controle de constitucionalidade e os efeitos da decisão que a declara.

No que tange à família constitucionalmente prevista na CRP, verifica-se, através do artigo 36, *in verbis*:

Artigo 36.º

Família, casamento e filiação

1. Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade.
2. A lei regula os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução, por morte ou divórcio, independentemente da forma de celebração.
3. Os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos.
4. Os filhos nascidos fora do casamento não podem, por esse motivo, ser objecto de qualquer discriminação e a lei ou as repartições oficiais não podem usar designações discriminatórias relativas à filiação.
5. Os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos.
6. Os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial.
7. A adopção é regulada e protegida nos termos da lei, a qual deve estabelecer formas céleres para a respectiva tramitação. (PORTUGAL, 1976)

A Constituição portuguesa não traz um conceito de família, tampouco se refere a outros possíveis tipos de agrupamentos familiares. Retrata o direito de constituir família e de contrair casamento, em condições de plena igualdade. No sentir de Canotilho e Vital Moreira¹⁵⁶:

o conceito constitucional de família não abrange, portanto, apenas a «família matrimonializada», havendo assim uma abertura constitucional – se não mesmo uma obrigação – para conferir o devido relevo jurídico às uniões familiares «de facto». (...) Todavia, nada impõe constitucionalmente um tratamento jurídico inteiramente igual das famílias baseadas no casamento e das não matrimonializadas, desde que as diferenciações não sejam arbitrárias, irrazoáveis ou desproporcionadas e tenham em conta todos os direitos e interesses em jogo (ex.: direito dos filhos). (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 561)

Com a indefinição do dispositivo constitucional português, o conceito de família torna-se aberto para possível recepção e tutela de quaisquer arranjos familiares, a exemplo das famílias monoparentais, anaparentais, homoafetivas, etc, e, a esse respeito, reiteram Canotilho e Vital Moreira¹⁵⁷, que, num primeiro momento, o casamento, na visão tradicional, é tratado como um contrato celebrado entre duas pessoas de sexos diferentes, afastando, por conseguinte, a “noção das uniões de duas ou mais pessoas, bem como as uniões de duas pessoas do mesmo sexo (sem prejuízo da eventual liberdade legislativa de atribuir a estas efeitos jurídicos idênticos ao casamento).”

Continuam os mesmos autores refletindo acerca do conceito de família, enfatizando que, embora o artigo 36 da CRP supra expressamente se refira ao termo “contrair casamento”, nada impede que existam outros núcleos familiares que não se fundam no casamento e, mesmo nesse sentido, devem ser tuteladas constitucionalmente:

não pressupõe o vínculo matrimonial podendo existir sem ele, como no caso das chamadas «uniões de facto», (que no entanto podem dispor de reconhecimento e protecção jurídica aproximadas das relações matrimoniais) e as diversas concepções existentes na coletividade. Seguramente que o conceito abrange a típica realidade social urbana constituída por um casal e respectivos filhos dependentes em comunhão de vida, habitação e economia doméstica, correspondente à moderna «família nuclear»; mas não exclui naturalmente, outras realidades sociais, mais amplas (a tradicional família alargada compreendendo designadamente os ascendentes e irmãos) ou mais restritas (*famílias monoparentais* ou «famílias recompostas» de um pai ou de uma mãe e respectivos filhos de menor idade). Aliás, o conceito não tem que ser uniforme em todos os domínios jurídicos, podendo variar relativamente, de acordo com os objectivos jurídicos e as circunstâncias (v.g., benefícios sociais, transmissão do direito ao arrendamento habitacional, impostos, regime sucessório, apoio às crianças órfãs, etc.). (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 856-857).

¹⁵⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4ed. Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 561.

¹⁵⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Op. Cit.* p. 562.

É também considerada a igualdade entre os cônjuges, afastando a ideia de família patriarcal, no sentido da posição de submissão e obediência das mulheres tanto em relação aos seus maridos, como na esfera social, nas relações de trabalho, no comércio, etc, implicando, por conseguinte, na modificação em grande número de normas avulsas que davam tratamento desigualitário, ou nenhum tratamento, ao direito das mulheres casadas serem equiparados aos dos homens. Estende-se, de igual forma, a igualdade entre os cônjuges na administração do lar, mesmo para as entidades familiares não construídas através do matrimônio, tornando relativizado, mais uma vez, o alcance da norma que prevê como entidade familiar apenas aquelas constituídas pelo casamento.

Ainda sobre a tutela da família na Constituição da República portuguesa, refere-se o artigo 67º :

Artigo 67.º
Família

1. A família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à protecção da sociedade e do Estado e à efectivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros.
2. Incumbe, designadamente, ao Estado para protecção da família:
 - a) Promover a independência social e económica dos agregados familiares;
 - b) Promover a criação e garantir o acesso a uma rede nacional de creches e de outros equipamentos sociais de apoio à família, bem como uma política de terceira idade;
 - c) Cooperar com os pais na educação dos filhos;
 - d) Garantir, no respeito da liberdade individual, o direito ao planeamento familiar, promovendo a informação e o acesso aos métodos e meios que o asseguram, e organizar as estruturas jurídicas e técnicas que permitam o exercício da maternidade e paternidade conscientes;
 - e) Regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana;
 - f) Regular os impostos e os benefícios sociais, de harmonia com os encargos familiares;
 - g) Definir, ouvidas as associações representativas das famílias, e executar uma política de família com carácter global e integrado;
 - h) Promover, através da concertação das várias políticas sectoriais, a conciliação da actividade profissional com a vida familiar.(PORTUGAL, 1976).

Seguindo o texto normativo acima transcrito, verifica-se que a família está tutelada como um direito social, ou seja, uma norma expressa no sentido do dever do Estado em assegurar a consecução desses objetivos traçados na lei, direitos estes que necessitam de uma

norma de complementação, caracterizando, por esta razão, a norma supra como programática das ações que um governo necessita para assegurar estes direitos às famílias.

Consagra-se, assim, a família como uma instituição, essencial ao Estado e “elemento fundamental da sociedade” (art. 67º n.º 1, CRP), “fenômeno da vida, e não uma criação jurídica.”¹⁵⁸

2.3.2 A família na Constituição brasileira

No Brasil, a primeira Constituição, de 1824, foi fruto do processo de independência de Portugal e, posteriormente, contou com outras Cartas Magnas, a saber, a de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e a Emenda Constitucional n. 1 de 1969 (essas duas últimas outorgadas durante o Regime Militar), culminando com a considerada Constituição Democrática, de 1988, batizada, por Jorge Miranda, de “filha tardia do *Welfare State*.”

Nesta última, em vigor até os dias atuais, preveem-se, além dos Fundamentos da República Federativa do Brasil- pautados na soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político- os objetivos a serem perseguidos pela República, os Direitos e Garantias Fundamentais – divididos em direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos, previstos no artigo 5º da Carta Magna brasileira.

Além das normas atinentes à organização do Estado, da divisão dos poderes, Funções essenciais à justiça, defesa do Estado e das instituições democráticas, da ordem econômica e financeira e outros temas, e, como objeto do presente estudo, a referida Constituição dedica o Capítulo VII à proteção da família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso.

Consagra a tutela da família, conforme artigo 226:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

¹⁵⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Op. Cit.* p. 856.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (BRASIL, 1988).

Da norma exposta, é expressa a tutela da família construída a partir da convivência duradoura e ostensiva, a união estável (§ 3º), ressaltando a decisão do Supremo Tribunal Federal¹⁵⁹ em reconhecer, de igual forma como união estável, a convivência entre pessoas do mesmo sexo, as uniões homoafetivas.

A família monoparental, formada por qualquer dos pais e seus descendentes, também se faz presente no artigo dedicado à tutela da família, sendo reconhecida constitucionalmente (§ 4º). A referência expressa a esses dois tipos de entidades familiares na Constituição brasileira se dá pelo fato das multiformas que as famílias brasileiras hoje se apresentam, conforme visto no capítulo antecedente, contudo, conforme será melhor estudado no próximo capítulo, este rol não se perfaz de modo taxativo e sim exemplificativo, em respeito às outras formas de arranjos familiares, dotados de idêntica dignidade às famílias constitucionalmente previstas e resguardadas.

A modificação na estrutura e nos valores das famílias justificam-se pelos fatos sociais que se desenrolaram no decorrer do século XX e XXI, influenciando o *modus vivendi* de toda sociedade, pautadas em valores que lhes são próprios e sob influências, sobretudo, dos costumes e necessidades moldados pela modernidade e pós-modernidade.

2.3.3 A família noutras Constituições

Na Lei Fundamental alemã, é prevista a família matrimonializada, sendo resguardados o matrimônio e a família como “direito de defesa subjetivo contra intervenções que desajustam os poderes estatais”, garantindo que nenhum fator externo à lei poderá interferir, cabendo ao

¹⁵⁹ Julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>. Acesso em: 15 Ago. 2014.

Estado proteger-lhes por medidas adequadas¹⁶⁰, segundo a redação do artigo 6º da Lei Fundamental¹⁶¹, cujo teor é:

Artigo 6 [Matrimônio – Família – Filhos]

(1) O matrimônio e a família estão sob a proteção especial da ordem estatal.

(2) A assistência aos filhos e sua educação são o direito natural dos pais e a sua obrigação primordial. Sobre a sua ação vela a comunidade pública.

(3) Contra a vontade dos responsáveis por sua educação, os filhos só podem ser separados da família em virtude de lei, quando falharem os encarregados da tutela ou no caso de os filhos correrem o risco de abandono por outros motivos.

(4) Toda mãe tem o direito à proteção e à assistência da comunidade. (ALEMANHA, 1949).

Não há qualquer referência às formas de arranjos familiares na Constituição alemã, todavia, a guarda da família por parte do Estado é concebida pela proteção do matrimônio, o que nos permite afirmar que pode ser traduzido como um conceito aberto à recepção de outras formas de arranjos familiares, uma vez que há a possibilidade da existência da construção de laços socioafetivos entre amigos, tios e sobrinhos, avós e netos, irmãos, sem contar com a união estável, ou união de facto, da qual resulta da convivência duradoura, ostensiva, que segue os “requisitos” consagrados para o casamento, embora sem as formalidades do matrimônio.

Na Constituição espanhola de 1978, o artigo 39 é consagrado à família, sendo assegurado pelas autoridades públicas assegurar o status social, econômico e jurídico da família. Na concepção de Lopez-Muñiz¹⁶²:

por que lo se refiere al mandato constitucional de proteger a la familia, va bien, por ejemplo, tener en cuenta que el fomento es fin y no sólo medio, que puede y debe realizarse de muy diversas formas, entre las que figura, desde luego, la regulación jurídica con la consiguiente imposición de situaciones de ventaja y de desventaja a ella inherentes.(...) lo que se denomina el modelo de familia no queda totalmente fijado, como es lógico, a nivel Constitucional. Pero eso no quiere decir que no haya un modelo constitucional. La Constitución contiene unos cuantos elementos, pocos, pero muy decisivos, sobre lo que entiende por familia y eso es el modelo de familia constitucionalmente garantizado. (LOPEZ-MUÑIZ, 2000, p. 13).

¹⁶⁰ Cfr. HESSE, Konrad. *Op. Cit.*, p. 351.

¹⁶¹ Cfr. ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federativa da Alemanha*. Disponível em: <https://www.google.com.br/#q=artigo+6o+da+lei+fundamental+alem%C3%A3>. Acesso em: 21. Ago. 2014. A tutela da família alemã insere-se na parte I do livro, destinado para os Direitos Fundamentais, prevista juntamente com a Dignidade Humana, Direitos Humanos e vinculação jurídica dos Direitos Fundamentais (art. 1º), direitos de Liberdade, igualdade, etc, culminando com a restrição (art. 17º) e perda (art. 18º) dos direitos fundamentais.

¹⁶² LOPEZ-MUÑIZ, José Luis Martinez. La familia en la Constitución española. In: *Revista española de Derecho Constitucional*. n. 58. Año 20. Enero/Abril 2000. p. 13.

Influenciada pela Constituição de Weimar, a Lei Maior espanhola também não especifica os tipos de famílias protegidas constitucionalmente, destarte, contém requisitos subentendidos na própria lei constitucional que induzem ao reconhecimento de elementos como as gerações (de descendência e ascendência) e o matrimônio, considerados tais elementos justificáveis na medida em que a família que o artigo 39 obriga a proteger é uma realidade específica, com perfis básicos suficientemente determinados, um determinado modelo de família e não qualquer outro gênero de associação, reunião ou convivência, pois para isto é mais que suficiente a proteção que a Constituição garanta os direitos de reunião e associação nos artigos 21 e 22.¹⁶³

A Constituição espanhola também não descarta a família matrimonializada da qual não hajam filhos, já que desencontra com as relações de descendência e ascendência. Tampouco desconsidera a família na qual tenha havido falecimento, ausência, incapacidade, divórcio dos cônjuges, reconhecendo a situação de um núcleo monoparental como forma de uma família incompleta.

2.4 A família no direito moderno

Na oportunidade da análise da evolução do instituto da família ao longo dos tempos, desde o matrimônio por grupos ao patriarcalismo, e deste às formas plurais de família, estudadas no capítulo antecedente, e, somando-se a estas mudanças, a análise das normas constitucionais de alguns países – e a forma pela qual a família é tutelada- é inequívoca a ideia de que a família tradicional, pautada no matrimônio como fundador de um núcleo familiar, ainda é a maneira mais comum e expressamente prevista nalgumas Constituições, a exemplo da brasileira e portuguesa.

Na Constituição brasileira ainda foram encontradas expressões que remetem à tutela da família monoparental e à união estável, sendo Carta que contém um conceito aberto de família, o que não ocorre na portuguesa, pois o casamento matrimonializado e sacralizado, como dogma religioso, é concretamente sustentado nos costumes da sociedade lusitana, contrariando o conceito moderno de família, que, conforme prelecionado por Maria Berenice Dias¹⁶⁴:

¹⁶³ LOPEZ-MUÑIZ, José Luis Martinez. *Op. Cit.* p. 17.

¹⁶⁴ DIAS, Maria Berenice. *Op. Cit.*, p. 29.

A sociedade evolui, transforma-se, rompe com tradições e amarras, o que gera a necessidade de **oxigenação das leis**. A tendência é simplesmente proceder à atualização normativa, sem absorver o espírito das silenciosas mudanças alcançadas no seio social, o que fortalece a manutenção da conduta de apego à tradição legalista, moralista e opressora da lei. Quando se fala de relações afetivas – afinal, é disso que trata o direito das famílias-, a missão é muito mais delicada, em face dos reflexos comportamentais que interferem na própria estrutura da sociedade. Como adverte Sérgio Gischkow Pereira, o regramento jurídico da família não pode insistir, em pernicioso teimosia, no obsessivo ignorar das profundas modificações culturais e científicas, petrificado, mumificado e cristalizado em um mundo irreal, ou sofrerá do mal da ineficácia. (DIAS, 2013, p. 29).

O conceito de matrimônio não mais é referido como um fim a ser alcançado pelo Estado, mas sim o instrumento através do qual são assegurados os meios de defesa da dignidade daqueles que o contraem, pois, com advento das transformações sociais em decorrência de um mundo global, cada vez mais interativo, os valores morais e éticos também são alterados e o matrimônio, anteriormente visto como a formalização de um vínculo seguro para garantir a patrimonialização do grupo familiar, ainda oficializa o vínculo civil entre duas pessoas, e, principalmente, eleva o afeto recíproco à condição maior de sua celebração.

O patriarcalismo, ainda muito presente mesmo na modernidade, é igualado ao mesmo patamar do matriarcado, pois, em obediência ao princípio da igualdade entre os cônjuges, e, sobretudo, na norma constitucional, na qual homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações (I, art. 5º da Constituição brasileira), não há razão para existir hierarquia doméstica numa sociedade democrática.

A democratização revela-se na irresistível tendência para transformar o casamento numa sociedade de tipo igualitário e a família uma *companionship* (Burguess), cujo processo em curso acompanha o duplo movimento de emancipação da mulher e do filho. Nesse grupo democratizado, os sentimentos evoluíram e mudou a atitude psicológica¹⁶⁵.

Da extinção da divisão hierárquica da família, concebe-se a casa com um lar. A entidade familiar passa de instituição para se tornar um instrumento de desenvolvimento e promoção da dignidade das pessoas, inclusive dos filhos e dos idosos. O diálogo abre as portas para as melhores soluções dos mais diversos problemas, dúvidas, receios. O ambiente familiar, portanto, transmuta-se, de um lugar de submissão ao pai, num campo de respeito mútuo entre seus membros.

¹⁶⁵ GOMES, Orlando. *Op. Cit.*, p. 13.

Juntamente com a cultura patriarcal engessada e da ideia de que casamento válido é somente aquele celebrado entre homem e mulher, santificado pela bíblia na ideia de “dois numa só carne”, muito estigma sofre os lares compostos por casais do mesmo sexo. Gozam de uma pequena proteção – diferente dos casamentos entre pessoas de sexos diferentes. Contudo, pugna-se pela observância da dignidade humana na sua maior plenitude, levando-se em conta, também, a liberdade de orientação sexual de cada ser humano.

Os tempos mudaram, e com os novos tempos, as modificações na estrutura e conceito de família também foram alteradas. Isto porque, com o crescente número de divórcios e recasamentos, modificam-se os sujeitos das entidades familiares. O afeto, como valor juridicamente tutelado, decorrente da dignidade humana, ascende ao elemento essencial para regular os novos arranjos familiares, e as consequências que da sua prática cotidiana resulta.

Falar em modernidade, explica Paulo Guerra¹⁶⁶, “é também falar na Família, esse reduto sacrossanto dos afectos, primeiro impostos, depois sentidos, e da realização, de desenvolvimento e consolidação da personalidade de qualquer ser humano.”

Paulo Lôbo¹⁶⁷ retrata a modificação da família moderna, principalmente na sociedade brasileira, quando se refere à Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílio (PNAD), realizada pelo Instituto brasileiro de geografia e estatística. A família nuclear, aquela formada por pai, mãe e filhos, apresentou decréscimo, independentemente se ser instituída pelo casamento ou união estável. Em 1995, essas famílias representavam 57,6% dos domicílios e já em 2005 reduziram à 50%. Isso demonstra que, se a metade das famílias brasileiras é composta por famílias nucleares, a outra metade corresponde à somatória dos outros arranjos familiares, inclusive aqueles formados por pessoas sozinhas (*single families*), que equivalem a 10% do total. A referida pesquisa ainda mostrou que em 2006, houve um aumento no número de casamentos quase equivalente ao número de divórcios, este último que apresentou um acréscimo de 7,7%, enquanto os casamentos cresceram 6,5%.

¹⁶⁶ GUERRA, Paulo. Os novos rumos do direito de família, das crianças e dos jovens. In: *Revista do cej*. 1º semestre, 2007, n. 6. p. 93.

¹⁶⁷ Lôbo, Paulo. *Op. Cit.* p. 22. Ainda conforme o autor, acerca das modificações na estrutura das famílias brasileiras, o “Censo demográfico de 2000 apurou que: a) a média de membros por família caiu de 4,7 para 3,4; b) o padrão de casal com filhos (família nuclear), com o pais casados ou convivendo em união estável caiu de 60% para 55%; c) em contrapartida, o percentual de entidades monoparentais compostas por mulheres e seus filhos ampliou de 22% para 26% (em 2008 já tinha avançado para 34,9%, mais de um terço das famílias); d) os solitários (solteiros remanescentes de entidades familiares) subiram de 7,3% para 8,6%; e) o decréscimo da taxa de natalidade por mãe é notável, passando de 2,7 filhos para 2,3 filhos; enquanto na década de 1960 era de 6,3 filhos em média, em 2008 a média já tinha sido reduzida para 1,89 nascimentos/mulher, inferior ao nível de reposição da população (2,1); f) os mais velhos estão vivendo mais, demandando atenção das famílias, com as mulheres chegando a viver em média 72,3 anos e os homens 64,6 anos;”. *Op. Cit.* p.21-22.

Na concepção de Guilherme de Oliveira¹⁶⁸, a partir do século XIX, mais precisamente nos anos 70 do século XX, é que a modificação na estrutura dos lares se evidencia. Para ele, a democratização da família se deu, em primeiro lugar, em igualar a mulher à sociedade e à lei (trabalhistas, comerciais, pois o mercado de trabalho era restrito, quase na sua totalidade, aos homens), já que a cultura patriarcal a confinava em casa. Continua o autor afirmando que, devido aos hábitos de produção de guerra e das condições econômicas, foram criadas possibilidades para que as mulheres saíssem para o mercado de trabalho, ocupando altos postos de trabalho com a promoção da instrução mais sofisticada e generalizada. Para os novos casais da modernidade, prossegue Oliveira, será procurada maior realização da vida pessoal, dada a inédita forma de comunhão de vida. Complementa, ainda, retratando que o número de divórcios e recasamentos fez crescer a concorrência das paternidades biológica e afetiva, acertando os tribunais em dar primazia à paternidade afetiva. Arremata o autor alertando para as consequências que a interferência estatal na vida conjugal possa trazer, quais sejam, as consequências do divórcio que recaem de forma pessoal sobre os ex-cônjuges e os filhos, deixando o poder público de dar a ênfase necessária para as questões mais importantes e pertinentes, como os alimentos e ineficácia dos sistemas quanto às formas de cobrança forçada.

Acertadamente revela Cristiano Chaves¹⁶⁹ a respeito da diversidade das famílias:

a pluralidade, a dinâmica e a complexidade dos movimentos sociais (multifacetários) contemporâneos trazem consigo, por óbvio, a necessidade de renovação dos modelos familiares até então existentes. Os casamentos, os divórcios, os recasamentos, as adoções, as inseminações artificiais, a fertilização *in vitro*, a clonagem, etc. impõem especulações sobre o surgimento de novos *status* familiares, novos papéis, novas relações sociais jurídicas relevantes. (CHAVES, 2004, p. 7-8).

O direito moderno acompanhou, de certa forma- a exemplo da emancipação feminina-, a modificação da estrutura das famílias modernas, pois “de facto, mas mudam-se os tempos e mudam-se as vontades.”¹⁷⁰ Todavia, as transmutações das sociedades, dada a sua dinamicidade, ainda carece de fatores regulatórios que possam, de fato, “prever” as

¹⁶⁸ OLIVEIRA, Guilherme. “Queremos amar-nos...mas não sabemos como!”. In: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. 133º ano – 2000-2001. n.ºs 3910-3921. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p.42;46.

¹⁶⁹ CHAVES, Cristiano. Direito Constitucional à família (ou famílias sociológicas x famílias reconhecidas pelo direito: um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade constitucional). In: *Revista brasileira de direito de família*. Ano VI. N. 23. Abr-Maio 2004, p.7-8.

¹⁷⁰ GUERRA, Paulo. *Op. Cit.* p. 97. Afirma o autor, acerca da mudança dos tempos, que o “nosso sistema jurídico também tende a acompanhar este fluxo de mudança”. Todavia, a tutela das multiformas das famílias portuguesas inexistente, dando ênfase, o legislador português, ao modelo de família tradicional, constitucionalmente consagrado, como já referimos anteriormente.

necessidades da coletividade, proposta que o direito pós-moderno desfere à tutela das famílias pós-modernas baseando os fatos da vida fundamentados na dignidade humana.

A aplicabilidade deste preceito constitucionalmente e universalmente consagrado é a mola mestra encontrada pelos aplicadores da lei para garantir a observância de direitos imprevistos pelo legislador da família, sobretudo após a quebra de parâmetros essencialmente positivistas, e o estreitamento do vínculo entre moral, ética e o Direito, elo este traduzido com o direito contemporâneo.

3. O direito pós-moderno e a tutela Constitucional da família

Ao longo da modernidade, especialmente com os marcos históricos globais, a exemplo da devastação de milhões de pessoas com o fim da Segunda guerra mundial, a emersão da discussão acerca dos direitos humanos, questões da ciência vinculadas à bioética, etc, que afetaram toda a humanidade, valores, conceitos, paradigmas vêm sendo discutidos e postos em conflito a respeito de sua aceitação. O período de transição entre a era moderna e a pós-moderna é o que pode ser identificado como esta passagem na mutação de conceitos construídos no passado, que podem ainda ser aplicados no presente, mas que nem todos eles se projetam para o futuro.

A construção do ideal de família tradicional, a título de ilustração, fora concebido sob a autoridade paterna. Antes deste conceito, ao *pater familias* clássico era assegurada a autoridade de sua *domus*, estendida aos escravos e outros parentes que ali vivessem. Na idade moderna, cujos valores sociais erigidos foram baseados nos costumes das cidades, o patriarcalismo construído no passado fora reelaborado e restringido o poder do pai à sua família apenas, leia-se, esposa e filhos.

No limiar do século XX, outros movimentos suscitaram a mudança do patriarcalismo para adaptá-lo às novas exigências de então, como a maior liberdade da mulher. Por conseguinte, com o passar dos tempos, não só no que concerne às famílias, mas aos valores morais e éticos, ditados por uma ordem global, principalmente, mudaram-se as perspectivas.

Para a tutela da família, que, assim como demais elementos que compõem a sociedade, a exemplos de grupos como deficientes, idosos, consumidores, etc, as mutações se deram de tal forma que não foi possível acompanhar as diferentes formas pelas quais se apresentam

hoje. E, prevendo Engels¹⁷¹, “a família é o elemento ativo; nunca permanece estacionária, mas passa a de uma forma inferior a uma forma superior, à medida que a sociedade evolui de um grau mais baixo para um grau mais elevado.”

Pós-modernidade, portanto, é determinado como o período de transição irrompido no final do século XX e que possui por traço principal a superação dos paradigmas erigidos ao longo da modernidade.¹⁷²

Como um período de revisão das heranças modernas e como momento histórico de transição no qual se resente o conjunto dos descabimentos da modernidade, produz rupturas e introduz novas definições axiológicas, das quais os primeiros benefícios diretos se podem colher para os sistemas jurídicos contemporâneos (a arbitragem, a conciliação, o pluralismo jurídico, entre outras práticas jurídicas), e causaram em parte o abalo ainda não plenamente solucionado de estruturas tradicionais, nos âmbitos das políticas públicas, da organização do Estado e na eficácia do direito como instrumento de controle social.¹⁷³

Com a ciência do direito, as mutações da modernidade para a pós-modernidade vêm se dando na forma de rupturas. O positivismo, ao prever respostas para qualquer pergunta, ou “embalagens para qualquer produto”¹⁷⁴, já não se coaduna com a necessidade de uma modernidade que não é estática, mantendo conceitos predeterminados. A moderna dogmática jurídica já superou a ideia de que as leis possam ter, sempre e sempre, sentido unívoco, produzindo uma única solução adequada para cada caso.¹⁷⁵

Daí decorre uma hermenêutica mais ampla, impossibilitando que as normas e princípios, constitucionais, sobretudo, ocupem uma mesma categoria normativa. Isto porque as normas experimentam a regra do tudo ou nada, ou seja, ou são aplicadas em sua totalidade

¹⁷¹ ENGELS, Friedrich. *Op. Cit.* p. 30.

¹⁷² BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O direito na pós-modernidade. In: *Revista Sequencia*. N. 57, dez. 2008, p.132.

¹⁷³ *Ibid* p. 142. Sobre a modificação dos sistemas jurídicos contemporâneos, Antônio Azevedo afirma que, “da fuga para o juiz, cabe-se falar da fuga do juiz. Cfr. AZEVEDO, Antônio J. O direito pós-moderno. In: *Revista USP*, São Paulo, n. 42, Jun/Ago. 1999, p. 100.

¹⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.* p. 26.

¹⁷⁵ *Ibid* p. 9. Continua o autor: “o Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e a norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos e uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade.” (*Op. Cit.* p. 28)

ao caso em concreto, ou serão declaradas inconstitucionais para aquele mesmo caso. Os princípios por sua vez, não se excluem. Contém maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indica uma determinada direção a seguir.¹⁷⁶

Alexy¹⁷⁷ faz a diferenciação entre normas e princípios de forma que, uma vez que se constate a aplicação de duas regras com consequências reciprocamente contraditórias no caso concreto e esta contradição não pode ser eliminada mediante a introdução de uma cláusula de exceção, há então que declarar inválida, pelo menos, uma das regras. Na ocasião de colisão entre princípios, a solução é distinta. Quando dois princípios entram em conflito, tal como é um caso em que segundo um princípio algo está proibido e segundo outro princípio algo é permitido, um dos dois princípios tem que ceder lugar ao outro. Mas isto não significa declará-lo inválido.

Para Canotilho¹⁷⁸, ainda no cerne da diferenciação entre princípios e regras, é previsto que “as regras interpretam-se; os princípios concretizam-se. As regras adaptam-se aos modelos tradicionais de interpretação; os princípios apontam para os modelos de concretização e ponderação.”

Maisani e Wiener¹⁷⁹ discordam da alteração abrupta entre o direito moderno e o pós-moderno, afirmando que, apesar das mudanças, a ordem normativa a partir da obra do legislador não desapareceu, e tende a ser, cada vez mais interpretada pela administração e pelo juiz. Ainda, explicam que os defensores do pós-modernismo propõem um processo de ruptura (com o direito moderno) que deve ser radical, todavia, no estado atual das coisas, dúvidas subsistem quanto à possibilidade de abandonar a epistemologia positivista.

O que ocorre é que nenhum momento de transição entre períodos de ideologias é feito bruscamente, tampouco sem resistências. A adaptação, ou melhor, a aceitação das mudanças produzidas por novos tempos trazem consigo, ainda na fase a aceitação, alguns paradoxos, a

¹⁷⁶ BARROSO, Luis Roberto. *Op. Cit.* p. 31.

¹⁷⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993, p. 88-89.

¹⁷⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. Princípios: entre a sabedoria e a aprendizagem. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 13.

¹⁷⁹ “Malgré cela, l’ordre normative issu de l’oeuvre du législateur n’a pas disparu, et tend de plus en plus à être infléchi par l’administration et le juge.” Depois, “les tenants du post-modernisme proposent donc d’achever un processus de rupture qui doit être radical. Pourtant, em l’état actuel des choses, des doutes subsistent à la possibilité même d’abandonner l’épistémologie positiviste.” MAISANI Pauline; WIENER, Florence. Réflexion autour de la conception post-moderne du droit. In: *Droit et Société*, n. 27, 1994, p. 446; 450-451. (tradução livre).

exemplo da tolerância *versus* preconceitos; tradicionalismo *versus* modernidade; exclusão *versus* inclusão, etc.

O pós-positivismo identifica um conjunto de ideias difusas que ultrapassam o legalismo estrito do positivismo normativista, sem recorrer às categorias da razão subjetiva do jusnaturalismo. Sua marca é a ascensão de valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais. Com ele, a discussão ética volta ao Direito. O pluralismo político e jurídico, a nova hermenêutica e a ponderação de interesses são componentes dessa reelaboração teórica, filosófica e prática que fez a travessia de um milênio para outro.¹⁸⁰

Esta passagem de períodos que caracterizam o direito pós-moderno, batizada de *virada kantiana*¹⁸¹, estreitou as relações entre direito e ética, trazendo as seguintes novidades: “a inclusão da regra de justiça, ao lado da de liberdade, no imperativo categórico; a positivação jurídica da norma ética abstrata; o equilíbrio entre justiça e direitos humanos; a objetividade dos valores, sujeita à verdade epistêmica ou pragmática; a efetividade jurídica do mínimo ético.”¹⁸²

O fundamento essencial e indispensável à defesa das intolerâncias e das lacunas da lei é dado sob a dignidade humana, preceito que “regula” os novos conflitos familiares na era do direito pós-moderno.

3.1 Neoconstitucionalismo e a dignidade da pessoa humana

As coisas têm preço e as pessoas, dignidade.¹⁸³ Tal conceito, amplo, subjetivo, ampara o homem contra o autoritarismo de um Estado. A tutela da dignidade humana surgiu com a conotação de proteção do homem pelo simples fato de sua existência- e existência digna-, somente após as arbitrariedades cometidas após as duas Grandes Guerras do século passado.

¹⁸⁰ BARROSO, Luis Roberto. *Op. Cit.* p. 47.

¹⁸¹ Kant acreditava nas leis como “fundamento das ações, são leis éticas, e, então, diz-se que a conformidade com as leis jurídicas é a legalidade de uma ação e a conformidade com as leis éticas é sua moralidade.” In: *Metafísica dos costumes*. São Paulo: Abril cultural, 1980, p. 63.

¹⁸² TORRES, Ricardo Lobo. A jurisprudência dos valores. In: SARMENTO, Daniel. *Filosofia e Teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 509.

¹⁸³ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Abril cultural. 1980. Vol. 1. p. 140.

Desde o jusnaturalismo, a necessidade da proteção do homem já possuía relevância, e desta concepção jusnaturalista, afirma Sarlet¹⁸⁴:

que vivenciava seu apogeu justamente no século XVIII-, remanesce, indubitavelmente, a constatação de que uma ordem constitucional que- de forma direta ou indireta- consagra a ideia da dignidade da pessoa humana, parte do pressuposto de que o homem, em virtude tão somente da sua condição humana, e independentemente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado.(SARLET, 2006, p.38).

Trata-se de uma proteção aos direitos das pessoas de modo que seja respeitado o estado de natureza, ou seja, aqueles direitos que são inatos, inerentes ao indivíduo, como a própria existência.¹⁸⁵ A princípio, o fato de os direitos do homem serem divididos em gerações apenas facilita o entendimento evolutivo desse conceito e, para iniciá-lo, considera-se que os direitos fundamentais nasceram em conjunto com o Estado moderno, no século XVIII, com as primeiras constituições.

No entanto, há de se falar que, na linha da evolução da gênese desses direitos, de início, foram eles tutelados com o nascimento Estado do Liberal, consistindo essa gama de direitos na liberdade do homem. Outra importante visão sobre a tutela dos direitos naturais é tratada pelo inglês John Locke. Baseado, inclusive nas declarações de direito inglesas, *Petition of rights*, de 1628 e em *Bill of rights*, de 1689, já referidas, foi influenciado a reconhecer que os direitos das pessoas são oponíveis ao Estado, através do contrato social, conforme já referenciado em tópico antecedente.

Conforme assevera Perez Luño¹⁸⁶, com Locke, a defesa dos direitos naturais à vida, à liberdade e à propriedade converteu-se na finalidade precípua da sociedade civil e em princípio legitimadora do governo.

Desta concepção de direito à liberdade e surgimento de um Estado liberal, denominou-se o que hoje é unanimidade na doutrina chamar de direitos de primeira geração ou dimensão. São, portanto, o direito à liberdade do indivíduo face ao poder discricionário do líder político,

¹⁸⁴ SARLET, Ingo. *Dignidade da Pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: 2006, p. 38.

¹⁸⁵ Sobre o direito natural, tem-se como defensores Hugo Grócio, quem o enxerga como a “faculdade da pessoa que a torna apta para possuir ou fazer algo justamente.” John Milton, por sua vez, defende a tolerância religiosa, liberdade de manifestação. Thomas Hobbes, todavia, reconhece a existência dos direitos do homem proveniente do Estado de natureza, no entanto, encontrava validade apenas nessa situação, devendo estar, no mais, a disposição do soberano. SARLET, Ingo W. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 4ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 40.

¹⁸⁶ LUÑO, Perez. *Los Derechos Fundamentales*. In: SARLET, Ingo W. Loc. Cit.

devendo ser resguardada, sobremaneira, a liberdade nas suas mais variadas formas (liberdade de ir e vir, liberdade de expressão, liberdade de religião, liberdade política, de opinião, etc).

Em decorrência das grandes revoluções sociais ocorridas na França e nos Estados Unidos, no século XVIII, muitas foram as mutações sociais exigidas pelos ideais das conflagrações, de modo que, o que se denomina direitos de segunda geração, é a justa a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, buscando, nas palavras de Jorge de Miranda¹⁸⁷, a harmonização entre direitos de liberdade e direitos econômicos, sociais e culturais.

Preza-se, nesse contexto, pela total observância do poder público às necessidades sociais da população, seja em relação à saúde, educação, saneamento básico, enfim, reivindicações trabalhistas e normas de assistência social. Roga-se à autoridade pública o fornecimento de serviços essenciais, necessários à manutenção da vida das pessoas.

Os documentos mais importantes dessa fase de transformações foram a Constituição de Weimar, de 1919, na Alemanha, e o tratado de Versalhes, no que diz respeito à Organização Internacional do Trabalho, do mesmo ano. Necessitava-se, nesse período que o Estado outorgasse ao indivíduo a realização da justiça social através da tutela dos referidos direitos sociais, sendo os direitos de segunda geração aqueles nos quais são privilegiados, além dos já citados direitos sociais, os culturais e econômicos.

Já no século XX, o massacre de mais de seis milhões de pessoas ocorrido durante a Segunda Grande Guerra abriu os olhos da humanidade para questionamentos a respeito, por exemplo, de qual seria efetivamente o valor da vida humana. Daí, a importância da tutela internacional, com a criação das declarações universais dos direitos do homem, alcançando sua jurisdição máxima na proteção desse mais valioso bem jurídico – a vida- no sentido de solidarização de uns para com os outros, na vida em sociedade, denominando, dessa forma, a terceira geração desses direitos.

Partindo aos chamados direitos de solidariedade e fraternidade, ou direitos fundamentais de terceira dimensão, preza-se pela proteção do homem como um indivíduo inserido num conjunto, de forma coletiva ou difusa. Exigem-se posicionamentos da comunidade humana global em defesa do direito à paz, autodeterminação dos povos, meio ambiente equilibrado, pautado na qualidade de vida das presentes e futuras gerações, reconhecimento e usufruto do

¹⁸⁷ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p.25.

patrimônio histórico, cultural, turístico, artístico, paisagístico, etc, tudo isso condicionado pela preocupação que o advento da globalização causou – e ainda causa- no mundo.

A publicação da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, pela ONU, em 1986, por sua vez, pugna pela observância desses direitos de terceira geração, sendo um fator de cooperação internacional para resolver problemas internacionais, seja no aspecto econômico, social, cultural ou humanitário, visando o respeito aos direitos humanos e as liberdades fundamentais.¹⁸⁸

A evolução tecnológica, a utilização de armas de destruição em massa, as tensões trazidas pelos conflitos de descolonização, principalmente no segundo pós- guerra, conforme Ingo Sarlet¹⁸⁹ faz-se compreender a razão do emprego do termo direito de solidariedade e fraternidade, que se faz diante da sua implicação universal ou, no mínimo, transindividual, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação. Por tudo isso, o ser humano é inserido em uma coletividade e passa a ter direitos de solidariedade.¹⁹⁰

No entanto, forçoso se faz o questionamento proferido por J. Rivero¹⁹¹, a respeito de quem seria o titular desses direitos, quem, rigorosamente falando, poderá valer-se deles, e qual seria o conteúdo desses direitos? De igual forma, qual a força pública que conferirá efetividade a tais direitos? E em resposta aos questionamentos acima referidos, continua o autor supra revelando que “esses direitos limitam-se a vagas exigências morais”, pois, de um lado, configuram-se as tensões dos direitos de primeira e segunda gerações, ou seja, há o conflito entre o *Minimal State* e o *Welfare State* e, em decorrência desse choque de interesses, há a precariedade do instituto dos direitos de terceira geração. Do contrário, ao invés da terceira dimensão dos direitos alargarem ou ratificarem as outras duas, estar-se-ia sendo preconizada a moralização dos direitos.

¹⁸⁸ ONU. Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento. 1986. Em se tratando dos direitos humanos de terceira geração, preleciona o artigo 1º, in verbis: “1. O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.”

¹⁸⁹ SARLET, Ingo. Op. Cit. P. 51.

¹⁹⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campos.1992, p.6.

¹⁹¹ J. RIVERO. Vers de nouveaux droit de l’homme, Revue des sciences Morales et politiques, 1982, nº4. In: HAARSCHER, Guy. *Op. Cit*, p.51.

Entendimento diverso sugere Sérgio Resende de Barros¹⁹², para quem as dimensões dos direitos não se excluem, mas se complementam e “devem ser conjugadas por um valor maior: a humanidade, não como mera existência humana, mas principalmente como dignidade humana.” Dessa forma, finalizando, os direitos de terceira geração constituiriam os direitos de ser solidário conforme o estado de consciência dos cidadãos, pautados na assunção de encargos, intervenção pessoal ou coletiva nas omissões dos Estados, com interesses presentes e potenciais. Foge-se, portanto, ao figurino dos direitos clássicos, tornando-se direitos dos Estados, uma vez que salvaguardam os direitos da sociedade.

Contudo, afóra as discussões acerca da divisão dos direitos humanos em gerações, o fato é que seu conceito abrange a proteção dos homens em amplos aspectos, seja no direito à liberdade, igualdade, solidariedade, tomado, a exemplo da Constituição brasileira, como Fundamento da República. Comporta-se, dessa forma, a dignidade humana como um verdadeiro princípio norteador e fundamentador da ordem jurídica.

Todavia, a conceituação da expressão Dignidade da pessoa humana comporta uma amplitude de possibilidades, dado o caráter vastíssimo do tema, pois, nas palavras de Sarlet¹⁹³:

não se cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida, propriedade, etc.), mas, sim, de uma qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano, de tal sorte que a dignidade – como já restou evidenciado- passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal, definição esta que, todavia, acaba por não contribuir muito para uma compreensão satisfatória do que efetivamente é o âmbito de proteção da dignidade, na sua concepção jurídico-normativa.” (SARLET, 2006, p. 40)

Assim sendo, a proteção jurídica dada à dignidade da pessoa humana deve ser realizada não somente através da obrigação estatal imposta constitucionalmente, como, de igual forma, pertence aos próprios seres humanos o dever, para si e para os outros, o resguardo da dignidade.

Conforme preleciona Rodrigo da Cunha Pereira¹⁹⁴, a dignidade é também um princípio ético que paira, norteia e pressupõe vários outros princípios, já que não é possível pensar em

¹⁹² BARROS, Sérgio Resende de. A tutela constitucional do afeto. In: *Família e Dignidade Humana. Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). São Paulo: IOB Thomson, 2006, p.889.

¹⁹³ SARLET, Ingo. *Dignidade da Pessoa humana e direitos fundamentais... Op. Cit.* p. 40.

¹⁹⁴ CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey. 2006, p. 93.

ser humano sem dignidade. E, nesse diapasão, se a dignidade da pessoa humana é um princípio vértice, implica o da afetividade, aplicado na fundamentação das decisões acerca do reconhecimento das novas formas de famílias, em uma aresta dele decorrente.

No sentir de Antônio Junqueira¹⁹⁵, a dignidade da pessoa humana é considerada de forma categórica no que concerne à intangibilidade da vida humana, dando origem aos seguintes preceitos: “1- respeito à integridade física e psíquica das pessoas; 2- consideração pelos pressupostos materiais mínimos para o exercício da vida; 3- respeito pelas condições mínimas de liberdade e de convivência social igualitária.”

Os direitos humanos seriam, por conseguinte, o conjunto de direitos reservados à condição de existência humana digna. Referem-se ao mínimo existencial que possibilita o exercício do direito à liberdade nas suas mais variadas formas, saúde, integridade psicofísica, sendo que qualquer impedimento ao exercício desses direitos tornam as condições de existência humana, contudo, indignas. Neste sentido, Maria Celina Bodin de Moraes¹⁹⁶ considera que é “contrário à dignidade humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto.”

No que diz respeito à tutela das novas formas de famílias que se apresentam no cenário pós-moderno, o limiar da questão se dá, especificamente, em torno da ausência das normas atinentes à proteção das instituições familiares construídas com base na diferença e, continua Maria Celina Bodin de Moraes¹⁹⁷ pugnando que sejam respeitadas as diferenças, em lugar de se obrigar a existência de uma identidade igual para todos, e deixa enfatizado que os homens são iguais, “e para confirmar esta assertiva basta pensar em dicotomias facilmente visualizáveis, como cultos e analfabetos, sadios e deficientes, heterossexuais e homossexuais.”

¹⁹⁵ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. A caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista Trimestral de direito civil*. N. 9, Jan/mar 2002. P.3-24.

¹⁹⁶ MORAES, Maria Celina B. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 119. Sobre a forma da expressão da dignidade da pessoa humana, assevera BARROSO sendo “um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar é composto do *mínimo existencial*, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade.” BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.* p. 38-39.

¹⁹⁷ MORAES, Maria Celina B. *Op. Cit.* p. 121.

O princípio da afetividade traz consigo respostas para as situações de fato não previstas pelo legislador infraconstitucional. A motivação das decisões judiciais é construída através de um discurso que visa atender o preceito legal no qual o juiz, na anormatividade, deverá recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito, solucionando os casos em concreto, em atendimento à máxima de Ulpiano¹⁹⁸, *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu), agindo em complementariedade com o legislador, quando da interpretação e aplicação das normas.

Com o direito pós-moderno, a ideia de respeitabilidade aos princípios “corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX. As novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual se assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.”¹⁹⁹

Assim sendo, observar a dignidade humana na sua plenitude, é superar as desigualdades (de raça, cor, sexo, crença religiosa, etc), aceitando o diferente como “normal”, objetivo de uma era de transição e relativização de conceitos e valores passados que se transmutam para o presente e, quem sabe, para o futuro.

Por esta razão, arremata Rodrigo da Cunha Pereira²⁰⁰:

não é por acaso que a dignidade da pessoa humana é um princípio constitucional. Ela é acima de tudo um princípio ético, que a história mostrou ser necessário incluir entre os princípios do Estado. Na verdade, a dignidade da pessoa humana é mais do que um direito, pois ela é a prova de que deve haver certos direitos de atribuição universal, por isso é também um princípio geral do direito. Uma carta de direitos que não se reconheça essa ideia ou seja incompatível com ela é incompleta ou ilegítima, pois se tornou um valor e uma necessidade da própria democracia. (PEREIRA, 2006, p. 98)

Uma vez feita a referência aos novos arranjos familiares estudados anteriormente, prevê-se que estas entidades não gozam de qualquer *status* legislativo, todavia, os fatos reclamam do Direito que este se digne em prever as condições específicas vivenciadas no período pós-moderno. Enquanto as normas inexistirem, com a ascensão dos princípios como categorias a serem aplicadas de forma ponderada, a dignidade humana continuará sendo o objeto através do qual será resguardado o direito à diversidade familiar, nas suas mais variadas formas.

¹⁹⁸ Filósofo romano do século III a. C.

¹⁹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25ed. São Paulo: Malheiros 2010, p. 264.

²⁰⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais norteadores Op. Cit.* p. 98.

CAPÍTULO 3 – A TUTELA CONSTITUCIONAL DA FAMÍLIA PÓS-MODERNA

A acepção da família tradicional como única forma de estabelecimento da comunidade familiar até o século XX fora modificada em razão da passagem da era moderna para a pós-moderna, sendo que este período, ainda de transição, está se dando através de rupturas de conceitos engessados do passado para uma maior aceitabilidade e flexibilidade da pluralidade do presente.

O positivismo jurídico, estabelecedor de normas prévias a respeito do comportamento humano, algumas vezes não consegue, na era do direito e da família pós-modernos, acompanhar as mutações que a sociedade vivencia, tampouco as reais necessidades das pessoas em um mundo global e contemporâneo.

A virada kantiana, nesse contexto, traduz muito das alterações da era do pós-positivismo. A reaproximação do Direito com a filosofia e com valores éticos e morais, estrutura uma “nova” ciência, que, fundamentada em conceitos amplos, como a dignidade da pessoa humana, boa-fé, bons costumes, melhor interesse da criança, facilita a observação de um novo caminho a ser perseguido pelo homem da contemporaneidade, qual seja, viver de forma livre e conforme suas convicções, como estabelecer-se na sociedade, associando-se a pessoas de modo autônomo e particular.

A tutela da família pós-moderna, por esta razão, se dá baseada, sobretudo, através das manifestações dos afetos nas relações privadas. O vínculo da socioafetividade passa a ser mais relevante que qualquer relação sanguínea, quando a manifestação dos sentimentos passa a ser tão nobre, que a antiga casa “governada” pelo pai, hoje se transforma numa comunidade plural, multifacetada, promotora da dignidade das pessoas que ali venham a habitar.

Os tribunais superiores brasileiros, assim como as cortes portuguesas e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), têm entendido como caráter fundamentador das decisões dos casos que envolvam questões de direito de família, a dignidade humana como

forma de promoção da livre manifestação dos sentimentos das partes que recorrem ao judiciário para terem observados seu direito de constituir família de forma aberta.²⁰¹

As decisões, contudo, uma vez fundamentadas na observância do direito de liberdade, constitucionalmente consagrado, inclusive em atendimento à dignidade humana, tem dado ensejo à crítica no que diz respeito a uma atividade do juiz em lugar do legislador, muito embora a nova hermenêutica constitucional preze pela atividade completiva do juiz, conforme a força normativa da Constituição. Por conseguinte, projetos de lei, de iniciativa do Instituto Brasileiro de Direito de Família, têm sido apresentados no Congresso Nacional, a fim de serem reconhecidas as entidades familiares, bem como outros projetos, a exemplo do Estatuto da diversidade sexual, que prevê a criminalização da homofobia, entre outras providências.

Todavia, embora o Brasil, assim como Portugal, seja um Estado laico, não confessional, as decisões acerca da promulgação de um estatuto para as famílias pós-modernas e para o Estatuto da diversidade sexual vem sendo alvo de duras críticas pelos parlamentares, sob fundamentos religiosos, mormente, e de doutrina conservadora que ainda aplica conceitos ferrenhos do passado, num período de transição para a pós-modernidade.

3.1 Princípio da Afetividade

Perseguindo o sentido etimológico da palavra afeto, o termo significa, do latim *affectus* – tocar, comover o espírito, e, por extensão, unir, fixar. O significado dado por Aurélio Buarque de Holanda é de que o vocábulo significa “1. Afeição, amizade, amor. 2. Objeto de afeição.”²⁰²

Em sentido jurídico, o afeto, ou afetividade é o vínculo que fundamenta as relações interpessoais, implicando na formação de famílias quando presentes outros requisitos como a ostensibilidade e o caráter duradouro da relação, a exemplo da união estável ou da união de facto, também da socioafetividade, da qual decorre, com o exercício da posse de estado de filho, relações de parentesco de origem não-biológica.

²⁰¹ Cristiano Chaves bem observa a necessidade de renovação dos modelos familiares quando aduz que: “impõe-se, pois, necessariamente, traçar novo eixo fundamental para a família, não apenas consentâneo com a pós-modernidade, mas, igualmente, afinado com os ideais de coerência filosófica da vida humana.” *Op. Cit.* p. 8.

²⁰² HOLANDA, Aurélio Buarque de. Minidicionário da língua portuguesa. Disponível em: <http://www.dicionariodoaurelio.com/>. Acesso em: 25.jun.14.

O crescimento da importância do afeto nas relações familiares expandiu-se conforme construção evolutiva da família, do período primitivo ao contemporâneo. Nesta senda, de início, nos grupos familiares da era primitiva, não havia relevância falar em liame biológico ou afetivo em relação à paternidade, quando a prática da poligamia era constante nas tribos, impedimento inequívoco de se reconhecer a origem biológica através da linha paterna.

Na idade antiga, nas sociedades da antiguidade clássica, a exemplo de Roma e Grécia, as famílias, mais organizadas que as primitivas, também não tornavam imperiosa a supremacia do vínculo do sangue na sua constituição, pois, sob a “governança” do *pater familias* estavam, além da esposa e dos filhos, outros parentes, de outras gerações, além dos escravos e servos.

Na Idade Média, a constituição da família baseava-se no critério sacramental da Igreja Católica, e, assim como na Idade Antiga, a população da casa era numerosa, pois se configurava como uma unidade produtiva da era feudal. Os casamentos medievais, embora sacralizados, eram fruto de acordos de conveniências entre os senhores da época, impedimento ao exercício da afetividade vinculada ao matrimônio, o que foi tornado flexível na era moderna.

Os ideais da Revolução francesa de liberdade, igualdade e fraternidade puderam expandir-se também para a família. Nesse contexto, os indivíduos gozavam de certa liberdade para escolherem seus pares, embora o casamento fosse instituído ainda como dogma da igreja - embora com menor intensidade na forma como se apresentou na Idade Média - e as mulheres, submissas aos maridos, época da soberania do poder marital nos lares.

Alguns movimentos, como o feminismo e a lei do divórcio, fizeram do século XX o início do período da ascensão dos afetos nas relações familiares, incidindo na modificação da estrutura da família – da casa grande e numerosa para o núcleo familiar reduzido. A pessoalidade e individualidade das pessoas promoveram a operação das escolhas no modo de viver e como se relacionar.

Com o acréscimo do número de divórcios no período mencionado, comportamentos de acordo com a vontade livre e consciente das pessoas, em relação aos seus sentimentos, fizeram surgir as formas pelas quais as famílias se apresentam hoje, sendo a afetividade e a liberdade de posicionamentos de índole pessoal e subjetiva, determinantes quando da escolha na construção do vínculo familiar, a exemplo das uniões homoafetivas.

O vínculo afetivo, crescente principalmente após a segunda metade do século passado, fez nascerem algumas alterações no direito de família, a exemplo do surgimento da união estável/de facto, edificando estas uniões sem as formalidades dos procedimentos do casamento. O parentesco socioafetivo alavancado com a ascensão do princípio da afetividade faz valer o melhor interesse da criança, sendo tuteladas as práticas que o vínculo socioafetivo traz, culminando com a relevância jurídica que destes comportamentos resultam.

Assim, erigiu-se a afetividade como um princípio jurídico, ainda implícito na Constituição brasileira, fundador de um novel comportamento judicial da doutrina e do judiciário no Brasil e, em menor monta, em Portugal. Os entendimentos do que consiste o princípio da afetividade são os mais variados, mas uníssonos no sentido de torná-lo necessário às famílias do direito contemporâneo.

Na concepção de Paulo Lôbo²⁰³, a afetividade “é o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico.”

Relacionando-a com as dimensões dos direitos, conforme entende Sérgio Resende de Barros²⁰⁴:

o afeto gera direitos individuais. Nessa dimensão, o primeiro direito individual relativo ao afeto tem por objeto o próprio afeto. É o direito ao afeto. O afeto é primariamente uma relação entre indivíduos que se afeiçoam. Logo, a Constituição o protege como um direito individual: direito humano de qualquer indivíduo. Nessa dimensão individual, o direito ao afeto é a liberdade de afeiçoar-se a outro (...). Progride socialmente. Obriga crescentemente. Vincula. Gera responsabilidade entre os sujeitos (...). O afeto é fator de outros fatos que o direito protege. A afeição é um fato social jurígeno, que gera direitos e obrigações acerca de vários bens e valores (...). (BARROS, 2006, p. 889).

A convivência familiar gera o exercício do afeto, seja em relações biológicas, ou não. Por esta razão, é o princípio da afetividade que dá respaldo às instituições familiares atuais. Mesmo não expressamente previsto nas Constituições brasileira e portuguesa, esta previsão,

²⁰³ LÔBO, Paulo. *Op. Cit.* p. 70.

²⁰⁴ BARROS, Sérgio Resende de. A tutela constitucional do afeto... *Op. Cit.* p.889. Nesse contexto, acredita Jorge Duarte Pinheiro não ser ainda possível uma aproximação entre afeto e Direito, pois, para ele: “à primeira vista, uma ligação estreita entre afecto e Direito da Família revela-se utópica, porque o afecto pertence ao íntimo, ao interior, enquanto o Direito visa regular o que é exterior, a vida em sociedade.” PINHEIRO, Jorge Duarte. Afecto e justiça no caso concreto no direito da família: utopia ao alcance, poesia pura ou porta aberta para o caos?. In: *Estudos em memória do prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*. Direito Privado, Processual e Criminal. Vol II. ARAÚJO Fernando; GAMA, João Taborda da.; OTERO, Paulo. (orgs). Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 334.

por conseguinte, não é necessária. O preceito está implícito nos ordenamentos jurídicos referidos, através do amplíssimo conceito de dignidade humana.

Ao contrário da verdade biológica, que alavancava as relações familiares tradicionais, a presença da afetividade pode, inclusive, sobrepor-se ao laço consanguíneo, uma vez que verdadeiros pais são aqueles que prestam assistência à formação pessoal das crianças e adolescentes, prestando-lhes orientações, promovendo um ambiente de carinho, cuidado, educação, respeito, instrumentalizando a dignidade humana. Assim, pai é quem assume tais responsabilidades, mesmo que não seja o progenitor.

Em Portugal, a doutrina²⁰⁵ tem dado maior respaldo para o parentesco estritamente biológico, como uma espécie de vínculo hierarquicamente preferível ao liame socioafetivo. Registra-se, a este respeito, que o exercício da parentalidade, quer nas responsabilidades, quer nos deveres e direitos dos pais para com os menores, independe da hereditariedade.

Não é determinante para o menor que, para ter sua dignidade assegurada, restando assegurado também o seu melhor interesse, que haja uma relação unicamente biológica com seus pais. Ademais, a paternidade é gênero, do qual a filiação biológica e a socioafetiva perfazem-se como espécies.

Enquanto a lei portuguesa defende, como modalidade de filiação, a biológica, a adotiva e a filiação por consentimento não adoptivo, a lei infraconstitucional brasileira, no artigo 1593 do Código Civil, prevê como formas de parentesco a filiação por consanguinidade, ou “outra origem”²⁰⁶. A gênese socioafetiva de uma relação paterno-filial torna-se, por força do dispositivo mencionado, perfeitamente subsumida à referida norma, por esta razão, a força normativa da afetividade no Brasil reflete maiores consequências que em Portugal. Isto porque, a afetividade é “requisito” para o reconhecimento da união estável brasileira como uma entidade familiar, a título ilustrativo, o que não ocorre com a união de facto portuguesa, considerada de entidade parafamiliar.

²⁰⁵ Duarte Pinheiro registra que a filiação biológica é a principal modalidade de filiação, sendo as demais modalidades subsidiárias. In: PINHEIRO, Jorge Duarte. *Direito da família e das sucessões*. Vol. I, 3 ed. Lisboa: Associação académica da faculdade de direito de Lisboa, 2007, p. 108 e ss. Em sentido diverso, Cfr. CORTE-REAL, Carlos Pamplona; PEREIRA, José Silva. *Direito da família- tópicos para uma reflexão crítica*. 2 ed. Lisboa: Associação académica da faculdade de direito de Lisboa, 2011, p. 197 e ss.

²⁰⁶ Art. 1.593. “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem” (BRASIL, 2002).

Destarte, o afeto determina que, uma vez fundada a entidade familiar, este ambiente passa ser o reduto de desenvolvimento da personalidade humana e a concretização do projeto de felicidade.²⁰⁷

Assim, o afeto começou a se tornar relevante para as famílias a partir do reconhecimento das uniões sem o casamento. A quebra do protocolo matrimonial pôde ser substituída pela presença dos sentimentos na convivência entre as pessoas, na demonstração do amor, carinho, cuidado demonstrados pelos companheiros – quaisquer que sejam seus sexos -, repercutindo no reconhecimento da afeição, sendo suficiente para a tutela conjugal ou definir estados de parentesco, como ocorre no Brasil.

Não se configura a afetividade, portanto, em relações estritamente biológicas apenas, mas, na solidariedade e reciprocidade dos melhores sentimentos que uma entidade familiar possa reunir. O corrente século, com o elevado número de casos reconhecendo elos afetivos, sejam nos matrimônios, uniões sem casamento, ou reconhecimento de filhos socioafetivos, testemunha fatos da vida social pós-moderna quando os valores pessoais sentimentais emergem de tal modo, quebrando por completo com paradigmas das épocas da família tradicional, período no qual o poder do pai, em muitos casos, sequer condicionava à esposa e aos filhos, um ambiente de convivência afetiva, de modo pleno.

A família dos séculos anteriores, como no século passado, de unidade institucional passa, na pós-modernidade, a abrir espaços para o desenvolvimento instrumental da dignidade humana, sendo sua função primordial na atualidade, facilitada com a presença do vínculo afetivo, que ocorre de forma natural e espontânea como qualquer relação biológica. Por esta razão, desenvolve-se o tema no direito de família da contemporaneidade.

Nas palavras de Maria Berenice Dias²⁰⁸, “o novo olhar sobre a sexualidade valorizou os vínculos conjugais, sustentando-se no amor e no afeto (...), atribuindo valor jurídico.” Já em relação ao ponto de vista eudemonista da família, corrobora com este pensamento Rodrigo da Cunha Pereira²⁰⁹, afirmando que se “visa à liberdade plena do sujeito em busca da felicidade, não se justificando o núcleo familiar sem a presença do afeto.”

²⁰⁷ FARIAS, Cristiano Chaves. *Op. Cit.* p.7.

²⁰⁸ DIAS, Maria Berenice, *Op. Cit.* p. 74.

²⁰⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Op. Cit.*, p. 188-189. No contexto da afetividade como valor jurídico, afirma Carlos Alberto da Mota Pinto: “Estão entre esses comportamentos e realidades o amor, a amizade, a consciência de se formar um grupo, a confiança, a lealdade, a vida em comum, a solidariedade, uma certa identificação com outro componentes do mesmo agregado. Como se constata, tudo são *valores* ou *sentimentos que não são criados*”

Nesta perspectiva eudemonista da família, encontra-se o desejo incessante das pessoas pela felicidade plena, quer através de realizações profissionais, quer amorosas, estando os afetos situados na base dessa busca da plenitude afetiva atual, restando à doutrina e jurisprudência em providenciar teorias que sustentem o afeto como valor jurídico.

As “inovações” nas decisões do direito de família são inevitáveis, uma vez que as mutações de paradigmas sociais correm de forma mais célere que a mutação normativa. Acima disto, a família é instituição que antecede a própria formação do Estado. A família, afirma Fachin²¹⁰, “como *fato* cultural, está antes (e acima) do Direito e nas entrelinhas do *fato jurídico*. Trata de uma situação jurídica subjetiva, individual ou coletiva, e vislumbrá-la por meio do ordenamento é apenas enxergá-la sem vê-la em sua totalidade.”

Ainda concernente à importância de novas normas reguladoras das famílias, Ricardo Lucas Calderón²¹¹, ainda na referência da família preceder o Direito, afirma que “em decorrência direta, é o discurso jurídico que deve captar as alterações ocorridas nas formas dos relacionamentos, e não os relacionamentos que devem se adaptar às categorias jurídicas.”

Com o advento do direito pós-moderno e o pós-positivismo, a incidência dos princípios conseguem abarcar com mais frivolidade as alternâncias dos costumes ainda não previstos pela lei. Nesse sentido, mesmo sendo o princípio da afetividade implicitamente considerado na Constituição brasileira, sua aplicação “deriva da interpretação do sistema constitucional adotado ou podem brotar da interpretação harmonizadora de normas constitucionais específicas.”²¹²

Ressalte-se, por oportuno, que a veracidade dos fatos sobrepõe-se ao que muitas vezes o legislador quis dizer. Fala-se, na presença da afetividade, na consecução de projetos de vida, sem a qual a família perderia, na era da pós-modernidade, a razão de existir. O casamento, ou a ausência do instrumento que formaliza qualquer união, não se perfaz em sua plenitude sem

pelo Direito, que não existem por este determinar a sua existência – trata-se, antes, de consequências da realidade física e espiritual do homem e das concepções ético-sociais. Mas o Direito não se pode alhear das relações que se estabelecem com base nestas concepções, atribuindo-lhes efeitos jurídicos.” Cfr. PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4ed. Por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora: 2012, p. 158.

²¹⁰ FACHIN, Luiz Edson. Família . In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 316.

²¹¹ CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Op. Cit.* p. 19. Nesse sentido, Orlando Gomes: “traço dominante na evolução da família é – na correta observação de Levy Bruhl- a sua tendência a se tornar um grupo cada vez menos organizado e hierarquizado que cada vez mais se funda na afeição mútua.” *Op. Cit.* p. 21.

²¹² LÔBO, Paulo. Família e conflito de direitos fundamentais. In: *Lex familiae – Revista portuguesa de direito de família*. Ano 8. N. 16, Jul/Dez 2011, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 32.

o exercício do amor cotidianamente. Daí a importância em se conhecer a verdade afetiva que fundamenta a construção das entidades familiares deste novo século.

3.2 A jurisprudência no direito da família pós-moderna

A pluralidade das relações de família no direito pós-positivista vem tornando o reconhecimento desses entes como uma tarefa a ser executada pelo poder judiciário, na interpretação mais ampla da Constituição e alargamento dos sentidos e alcance dos princípios norteadores do direito de família, principalmente. Em Erick Jayme²¹³, “o pluralismo aparece, nesse contexto, não somente como a descrição de um fenómeno de facto, mas como um valor jurídico a realizar pelo legislador.”

Todavia, diante da inércia do legislativo em proceder com o acolhimento dos fatos jurídicos reclamados pela demanda social, os Tribunais superiores, os juízes de primeira e segunda instâncias do Brasil, a corte portuguesa, bem como o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, vem adotando em suas decisões alguns aspectos relevantes para o reconhecimento das novas entidades familiares e do afeto como valor jurídico, pautados, sobretudo na dignidade da pessoa humana.

Um caso emblemático da jurisprudência brasileira foi o julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade (ADI) n. 4277, de iniciativa do Procurador Geral da República, na qual pugnava-se pela inconstitucionalidade do artigo 1723 do Código Civil brasileiro, pelo fato de constar expressamente do referido texto de lei, que apenas seriam reconhecidas como união estável aquelas constituídas entre homem e mulher. Após o julgamento da ADI, fora reconhecida como união também entre pessoas do mesmo sexo, devendo ser equiparada à união estável entre pessoas de sexos diferentes. Eis a respectiva ementa²¹⁴:

[...]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

²¹³ JAYME, Erick. Pós-modernismo e o direito da família. In: *Boletim da Faculdade de Direito*. Vol. LXXVIII, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 210.

²¹⁴ STF - ADI: 4277 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULGADO EM: 13-10-2011 PUBLICAÇÃO 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341. Disponível em: [acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf](#). Acesso em: 6.set.2014.

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. [...]STF - ADI: 4277 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULGADO EM: 13-10-2011 PUBLICAÇÃO 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341.

Na concepção do Ministro relator Ayres Britto, mesmo que na ausência de normas constitucionais explícitas no sentido da possibilidade da consideração das uniões entre pessoas do mesmo sexo, de igual forma, não há restrições a este tipo de reconhecimento, vale dizer, o que não estiver juridicamente proibido, está permitido.

Com a ascensão da dignidade humana como fator fundamentador e preconizador dos direitos de liberdade do indivíduo, há também a garantia constitucional de livre orientação sexual como busca da autoafirmação das pessoas na vida em sociedade, e, nesta senda, inapropriado assertar que as Constituições apenas reconheçam como entidades familiares aquelas tradicionais de época passada, ocupando, por esta razão, um patamar hierarquicamente mais elevado, frente a possíveis outras formas de entidades familiares que possam vir a existir.

Continua o voto do Ministro Ayres Britto:

[...]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.(STF - ADI: 4277- DF , Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341)

O voto, louvado por grande parte da doutrina e juristas brasileiros²¹⁵, consignou o que muitos outros países já haviam realizado, o reconhecimento de uniões homoafetivas de forma semelhante, e não menos digna, que as uniões entre pessoas de sexos diferentes.

²¹⁵ Comenta Luiz Edson Fachin, acerca desta decisão: “o posicionamento do STF tem grande importância em um contexto de pós-positivismo de ausência da lei que resolva tudo, uma vez que demonstra a evolução no entendimento de importantes temas do Direito, como é o caso das uniões homoafetivas, pesquisas com células-tronco, dos fetos anencefálicos, entre outros. Nesses casos, ocorre verdadeiro fenômeno de mutação

No que concerne ao princípio da afetividade, decorrente da dignidade humana, outras decisões envolvendo reconhecimento de novos arranjos familiares suscitaram polêmicas e controvérsias, a exemplo da família paralela e poliafetiva:

Direito das famílias. União estável contemporânea a casamento. União dúplice. Possibilidade de reconhecimento face às peculiaridades do caso. Recurso parcialmente provido. Ao longo de vinte e cinco anos, a apelante e o apelado mantiveram um relacionamento afetivo, que possibilitou o nascimento de três filhos. [...] o que no caso é polêmico é o fato de o apelado, à época dos fatos estar casado civilmente. [...] No caso dos autos, a apelada, além de compartilhar o leito com apelado, também compartilhou a vida em todos os seus aspectos. Ela não é concubina – palavra preconceituosa- mas companheira. [...] Negar a existência de união estável, quando um dos companheiros é casado, é solução fácil. [...] A solução para tais uniões está em reconhecer que ela gera efeitos jurídicos, de forma a evitar irresponsabilidades e o enriquecimento ilícito de um companheiro em desfavor do outro.²¹⁶

Para o caso em apreço, a relatora Maria Elza acredita pela possibilidade de reconhecimento de união estável paralela ao casamento, de modo que, caso não ocorra o conhecimento simultâneo e concomitante das relações, haveria espécie de enriquecimento ilícito daquele que da união paralela se beneficiou, em detrimento da violação da dignidade daquela que, de boa-fé, compartilhou o leito e a vida com o companheiro casado.

Por conseguinte, há também situações nas quais as uniões paralelas ou simultâneas ocorrem com a anuência dos envolvidos. É o caso da escritura pública, registrada em cartório na cidade de Tupã, São Paulo, termos nos quais os conviventes preestabeleceram o *modus vivendi* desta comunhão de afetos.²¹⁷

Cumprе salientar que nos Estados Unidos, a corte da Califórnia já decidiu caso em que se configurava união a três. Conforme Jacob Dolinger²¹⁸, a corte da Califórnia “admitiu dividir a parte de um espólio destinada à viúva entre duas viúvas deixadas pelo falecido, que se casara com elas no exterior em regime poligâmico.” A corte ainda se manifestou no sentido de que a poligamia só afetaria a ordem pública americana, caso vivessem na mesma casa.

constitucional, no qual, embora não haja mudança expressa no texto, torna-se evidente a mudança em seu sentido e interpretação. Essas mudanças e evoluções só são possíveis graças à jurisprudência como método de construção de sentido para o Direito, como, aliás, temos proposto sob a denominação de constitucionalização prospectiva, vale dizer, a atuação teórica e prática na interpretação do discurso jurídico para reconstruir, permanentemente, os significados dos significantes que compõem o corpo do Direito. No caso citado, o STF cumpriu seu papel: decidiu, dentro do sistema jurídico, mesmo diante da ausência de regra em sentido estrito, com fundamento constitucional, e o fez atribuindo direitos expressando garantias contramajoritárias.” FACHIN, Luiz Edson. Um país sem jurisprudência. In: *Revista brasileira de direito de família*. Ed. 11. Maio 2014, p. 7.

²¹⁶ *Apud* PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Código civil da família anotado*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 163.

²¹⁷ Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/4862/novosite>. Acesso em: 6.set.2014.

²¹⁸ DOLINGER, Jacob. *Op. cit.* p. 95.

Ponderados neste caso, a socioafetividade permeada entre os participantes da união poliafetiva e a ordem pública.²¹⁹

Ainda com respaldo na socioafetividade, se justificam casos decididos sob a égide da coexistência harmônica, principalmente entre pais e filhos, fazendo surgir, na base do melhor interesse da criança, a prevalência dos vínculos de convivência no lugar dos laços consanguíneos. Para ilustrar, tome-se como exemplo o Acórdão de *Söderbäck c. Suécia*, de 28 de outubro de 1998.

Relatam Suzana Almeida e Zamira de Assis²²⁰ que o “Tribunal [TEDH] fez prevalecer os laços de “vida familiar” efectivos e afectivos existentes entre a criança e o seu pai adoptante sobre os laços de filiação biológicos existentes entre a criança e seu pai biológico.” Prevaleceu, por conseguinte, o melhor interesse da criança, sem violação, portanto, do artigo 8º da Convenção do referido Tribunal.

Outras decisões do Superior Tribunal de Justiça brasileiro (STJ), os Recursos Especiais n. 932692, 1067438, 1088157, também relacionam-se sobre o critério afetivo da filiação se sobrepor ao biológico, isto porque, para Paulo Lôbo²²¹, num primeiro momento é deixada de lado a possibilidade exclusiva da filiação biológica, sendo que a verdade socioafetiva teria tanta importância quanto os vínculos sanguíneos. Depois, não seria possível destruir um vínculo duradouro construído com base no afeto em detrimento da origem biológica e, ainda, não incidiria em vício de consentimento aquele pai que registra um filho reconhecendo-o como seu, de forma livre e consciente, pois que para fins de registro, é prescindível a prova do vínculo biológico para tal fim, completa o autor.

Nesta esteira, decisões no sentido da avença entre paternidade biológica ou afetiva tem ilustrado os casos brasileiros:

²¹⁹ Conforme artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem: “ARTIGO 8º - Direito ao respeito pela vida privada e familiar. 1- Qualquer pessoa tem o direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência; 2- Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para o bem estar económico do país, defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, **a proteção da saúde ou da moral**, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.” (grifos nossos). Sobre a proteção da moral, reside, por exemplo, nas razões de Irineu Cabral Barreto, “o impedimento de segunda ou terceira mulher, num casamento polígamo, se reunir ao marido justifica-se com a presença dominante da família monogâmica nos Estados membros- Decisão de 29 de Junho de 1992, Queixa n. 19628/92 (não publicada).” In: BARRETO, Irineu Cabral. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*. 3ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 200.

²²⁰ ALMEIDA, Suzana; ASSIS, Zamira. *Parentalidade sócio-afectiva: Brasil e Portugal*. Coimbra: Edições Almedina, 2012. p. 57. Cfr. Artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem na nota 16 *supra*.

²²¹ LÔBO, Paulo. *Op. Cit.* p. 39.

Agravo de instrumento. Decisão que, em ação de busca e apreensão, determinou a institucionalização da menor de sete anos de idade. Insurgência da família que a recebeu em seu lar. Alegação de laços de afeto e de solidariedade. Estudo social recomendando a manutenção da criança sob os cuidados da agravante, a despeito do acolhimento de seus dois irmãos mais jovens. [...] Manifesto desejo da criança em permanecer com as pessoas que a acolheram e pelas quais já desenvolvera relação de amor e confiança. Ordem do cadastro que deve ceder diante de situação peculiar a sinalizar ser este o melhor interesse da criança. Recurso conhecido e provido. Por vezes, a adoção, antes mesmo de oficializar-se, acontece na prática, adota-se alguém na vida e no coração, cuja regularização pelo poder judiciário configura mero corolário do verdadeiro sentido do instituto, lembrando que "o filho adotivo poderá tornar-se e sentir-se o filho da história afetiva daqueles pais, na medida em que esses pais o sentirem como tal". (Poisson, Patrick. A seleção dos candidatos à adoção: prever o imprevisível. In: Freire, Fernando (org.). Abandono e adoção: contribuições para uma cultura da adoção. 20. Ed. Curitiba: associação brasileira terra dos homens, 2001. P. 65). (TJSC – AI nº 20130083217, Relator Ronei Danielli, 6ª Câmara de Direito Civil Julgado, J. 03/07/2013).²²²

Formada a relação na qual se estabeleceram vínculos socioafetivos, em atendimento ao melhor interesse da criança, vêm entendendo os tribunais brasileiros no sentido de dar prevalência à filiação socioafetiva como equiparada à biológica, em direitos e obrigações. Ao revés do elo estritamente biológico, que deriva da transmissão de material genético apenas, na paternidade socioafetiva, constituída através das prestações de cuidados e promoção da dignidade do infante, inexistente qualquer vínculo consanguíneo, a relação meramente socioafetiva, uma vez construída baseada em sólidos baldrames de afetividade, faz nascer uma relação de parentesco diversa da biológica. E é neste contexto que há o surgimento dos deveres dos pais socioafetivos para com os filhos.

Uma vez havendo o reconhecimento da paternidade socioafetiva, como ocorre na adoção à brasileira, por exemplo, que consiste no registro de um filho fomentado por um pai que, conscientemente o faz mesmo sabendo não existir nenhum vínculo biológico entre ele e a criança, torna-se, irrevogável. No entendimento da doutrina e jurisprudência, constitui-se *venire contra factum proprium*, vale dizer, estabelecer-se de forma contraditória com a vontade emanada:

Apelação. Direito civil. Família. Relações de parentesco. Negatória de paternidade. O ato de reconhecimento de filho é irrevogável (art. 1º da Lei nº 8.560/92 e art. 1.609 do CCB). Se o autor registrou a ré como filha não pode pretender a desconstituição do vínculo, uma vez que presente a voluntariedade do ato. Recurso desprovido. (TJRS – AC nº 70059967661, Relatora Liselena Schifino Robles Ribeiro, 7ª Câmara Cível, J.02/07/2014).²²³

²²² Disponível em:

<http://ibdfam.org.br/jurisprudencia/2640/Adoção%20à%20brasileira.%20Laços%20de%20afeto%20e%20solidariedade.%20Relação%20de%20amor%20e%20confiança.%20Melhor%20interesse%20da%20criança>. Acesso em: 7.Ago.2014.

²²³ Disponível em:

<http://ibdfam.org.br/jurisprudencia/2675/Fam%C3%ADlia.%20Rela%C3%A7%C3%B5es%20de%20parentesco>

São unânimes as decisões que resolvem pela irrevogabilidade do registro de nascimento de um filho socioafetivo, pois que os vínculos de afeto, já devidamente construídos e engessados, não são passíveis de serem desconstituídos por mera liberalidade.

Outra questão que vem inquietando as decisões acerca da afetividade no direito de família no Brasil é a possibilidade, ou não, dos filhos serem indenizados moralmente pela ausência dos pais. No período pós-moderno, de realização da dignidade das pessoas, na busca da felicidade de cada um, ofensas de cunho moral vem sendo objeto de indenização quando da prática, ou por omissão, de atos ilícitos que firam a honra e a moral das pessoas, especialmente o desenvolvimento biopsicossocial das crianças.

Nesse diapasão, crianças que se desenvolvem sem a presença dos pais - pessoas que detêm obrigação de serem provedores da educação dos filhos, de apoio nos momentos difíceis, na formação da sua personalidade, ensinando-lhes valores, etc - sofrem, por estas e outras razões, ofensa aos seus direitos de personalidade, conforme decisão do Recurso Especial nº 1.159.242²²⁴:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. **Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão.** Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9) – STJ Min. Nancy Andrighi- Julgamento: 24.04.2012.)

Entendeu a relatora do caso, a Ministra Nancy Andrighi, que não se fala em monetarizar o afeto, todavia, aquele que é genitor de um filho, precisa ser responsabilizado, cumprindo com seus deveres de pai. Não se busca compelir ninguém a manter relações afetivas com

.%20Negat%C3%B3ria%20de%20paternidade.%20Ato%20de%20reconhecimento%20irrevog%C3%A1vel.%20Socioafetividade. Acesso em: 7.Ago.2014.

²²⁴ Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1067604&sReg=200901937019&sData=20120510&formato=PDF. Acesso em: 7 Ago. 2014.

outrem, todavia, nas relações dos pais para com os filhos, “amar é faculdade, cuidar é dever.”²²⁵

A decisão causa ainda forte celeuma na doutrina e na jurisprudência brasileiras, pois, de modo contrário também já havia se posicionado a quarta turma do STJ²²⁶:

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. RECONHECIMENTO. DANOS MORAIS REJEITADOS. ATO ILÍCITO NÃO CONFIGURADO. I. Firmou o Superior Tribunal de Justiça que "A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária" (Resp n. 757.411/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, DJU de 29.11.2005).

A fundamentação para a referida decisão se baseia no fato de que, para os ilícitos praticados contra os filhos menores, já estão previstos no Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), qual seja, a perda do poder familiar, contudo, críticas nesse sentido alargam-se, principalmente porque punir os pais pela ausência na infância dos filhos com a perda do poder familiar é somente confirmar um fato que já havia sido consumado!

Por outro lado, enquanto a ausência de um dos pais (ou dos pais) é objeto de discussões nos tribunais, os laços afetivos ainda repercutem no melhor interesse da criança, no fenômeno da multiparentalidade, residindo este conceito na possibilidade de uma criança possuir, dois pais e/ ou duas mães registradas. Tema ainda controvertido na doutrina, ainda não é objeto de jurisprudência dos Tribunais superiores, embora os juízes de primeiro grau reconheçam tal possibilidade²²⁷.

Em decisão inédita e recente, um juiz da comarca do estado do Rio Grande do Sul autorizou o registro de uma criança contendo duas mães, um pai e seis avós. No caso, um casal de mulheres homossexuais pediu a contribuição de um amigo para que uma das mulheres pudesse gerar a criança. A menina nasceu, e no seu registro contam como mães as companheiras e o doador do sêmen, quem se posicionou no sentido de querer registrar a

²²⁵ Expressão utilizada pela Ministra relatora Nancy Andrichi quando da fundamentação do Acórdão do referido Recurso Especial. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=14828610&sReg=200901937019&sData=20120510&sTipo=51&formato=PDF. Acesso em 7 Ago. 2014.

²²⁶ Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=595269&sReg=200500854643&sData=20060327&formato=PDF. Acesso em: 7. Ago. 2014.

²²⁷ Sobre a construção de forte vínculo entre padrasto/madrasta e enteado(a), importante no Brasil, o juiz da 2ª Vara da Infância e Juventude da comarca de Recife – PE conferiu à uma criança, de quatro anos, que constasse em seu registro o nome da mãe e da madrasta. O juiz da decisão ainda a fundamentou fazendo referência ao melhor interesse da criança. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/juiz-de-recife-registra-crianca-em-nome-de-pai-mae-e-madrasta>. Acesso em: 15.jun.13.

menina como sendo sua filha. Feito dessa maneira, o registro conterà os nomes das mães e do pai, mais os avós da criança. O fundamento dessa decisão consiste, segundo o magistrado, em um “ninho multicomposto”, sendo privilegiados “a proteção e o afeto.”²²⁸

As decisões pautadas em princípios são evidentes nesta era do Direito contemporâneo. Isto porque o princípio, averbado por Paulo Lôbo²²⁹, “indica um suporte fático hipotético, necessariamente indeterminado e aberto”, assim sendo sua incidência derivada por força do intérprete, na busca da equidade. Continua o autor relatando que a Constituição serve como parâmetro hierarquicamente superior às demais normas, que absorve dos fatos, valores que a sociedade veicula para a base da organização social, valores estes transmutados em princípios que não oferecem solução única, adaptando o direito “a evolução dos valores da sociedade.”²³⁰

3.3 Fundamentação das decisões judiciais – ativismo judicial?

A garantia da fundamentação das decisões judiciais só foi necessária e consagrada, num primeiro momento, como uma forma de controle do poder legislativo frente à atividade judicial. Após os movimentos que desaguarão na codificação, restado a subsunção do fato à norma, o exercício de declarar qual lei estava sendo aplicada ao caso, do juiz como *la bouche que dit la loi*, a interpretação e explicitação do sentido e alcance que a norma incidente serviam como base de informação do julgador ao legislador.

Com o Estado Moderno, o juiz, que antes era um órgão da sociedade, passa a ser um órgão do Estado, aplicando aos casos em concreto as leis agora escritas, as únicas ditas autênticas, verdadeiras e corretas. Ao aplicador da lei foi subtraída a faculdade de se aplicar as normas baseadas nos costumes da sociedade, passando a incidir nas decisões as normas impostas pelo Estado.

Na experiência portuguesa, no reinado de D. Afonso II, a motivação das decisões seguiam diretrizes de razões políticas, enquanto que na França, a regra consistia em que todas as sentenças deveriam ser motivadas, mas na prática, não havia um poder para exigir essa regra.

²²⁸ Disponível em: <http://oglobo.globo.com/sociedade/justica-autoriza-registro-de-nascimento-com-duas-maes-um-pai-seis-avos-13925839#>. Acesso em: 14. Set. 2014.

²²⁹ LÔBO, Paulo. *Op. Cit.* p. 31.

²³⁰ *Ibid.*

Somente a partir daí, é que se dá a efetivação de um direito sólido, pautado no positivismo, sendo a lei proclamada conforme os ditames das necessidades da sociedade, e a motivação, necessária apenas nos limites dados pela própria lei, devendo obedecer ao princípio *interpretatio cessat in claris*.

O positivismo, por sua vez, exige que o texto da lei tenha valor absoluto, intocável, devendo ser de todo modo respeitado pelo aplicador das normas, sendo obedecido, sobretudo, a vontade do legislador, e a fundamentação das decisões um mero recurso de interpretação da lei.

Não podemos olvidar, contudo, que, no contexto do positivismo jurídico e dos limites impostos ao aplicador da lei, a fundamentação das decisões judiciais serve apenas como um acessório aos ditames da norma.

Afirma Hermenegildo Borges²³¹, que:

a exigência da motivação tinha como único propósito controlar a acção do juiz e o exercício das suas competências, onde a interpretação e aplicação do direito, leia-se direito escrito, deveriam manter-se tão próximas quanto possível da letra da lei e do espírito do legislador. (BORGES, 2005, p.24)

Isso porque, diante da citação acima, a hermenêutica desenvolvida pelo juiz deveria ser tal que não ultrapassasse a vontade do legislador. Logo, não há uma liberdade do magistrado em analisar o caso concreto e aplicar a lei, devendo essa tarefa ser feita dentro dos limites da norma positiva, exclusivamente.

Na França, conforme constata Perelman²³², “os estados gerais exigiam que os arestos não-motivados fossem excluídos”. No entanto, para efetivar essa norma, com o Decreto constituinte n. 16 de 24 de agosto de 1790, foi-se enunciada a obrigação de motivar, indicando esta regra que os motivos que tiverem determinado a sentença deveriam ser expressos.

Posteriormente, em 1810, é que a lei esclarece melhor a questão da obrigatoriedade da motivação das decisões, afirmando que seriam declarados nulos os arestos que não contivessem motivos declarados.

²³¹ BORGES, Hermenegildo. *Vida, razão e justiça. Racionalidade argumentativa na motivação judiciária*. Coimbra: Edições Minerva Coimbra, 2005.

²³² PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 561-562.

Ao juiz, ao fim e a cabo, cabe fundamentar suas decisões, em contrapartida, essa fundamentação deve ser estritamente de acordo com a norma aplicada, sem invocar suas razões de índole subjetiva, sob pena de se estar invadindo a esfera do poder legislativo, reforçado nas palavras de Montesquieu quando diz que *il faut que le pouvoir contient le pouvoir*.

Após as duas Grandes Guerras, a comunidade internacional, chocada com as arbitrariedades dos conflitos, e com os prolegômenos das preocupações em tutelar os Direitos Humanos, sobretudo com a criação do Tribunal de Nuremberg, a motivação das decisões judiciais ganham o mais alto relevo nas discussões jurídicas e a lei deixa de ter seu sentido literal, único, absoluto.

A Escola da Exegese torna-se questionada diante das necessidades e vicissitudes dos cidadãos e, ao contrário do Positivismo jurídico do século XIX, o Direito pós-moderno e pós-positivista dos séculos XX/XXI precisam ser ajustados às exigências de uma sociedade multifacetada. Torna-se, por isto, imprescindível a existência de uma motivação judicial pautada na razão, equidade, valores morais, enfim, põe-se fim à interpretação das normas conforme a lei positiva apenas.

Defendem, como uma garantia dos jurisdicionados, a constitucionalidade da motivação das decisões judiciais, Portugal, em seu artigo 205, nº1; a Espanha, no artigo 120 da Constituição de 1978, o artigo 149 da Constituição Belga de 1994, a Itália no artigo 111 e o Brasil, no inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal.

No entendimento de Karl Lorenz²³³, citado por Robert Alexy, é explicado que “ninguém mais pode afirmar seriamente que a aplicação das leis nada mais envolva do que uma inclusão lógica sob conceitos superiores abstratamente formulados” e, neste sentido, passa-se a crer na ideia de que a lei, antes absoluta e imutável, pode e deve ser objeto de uma análise mais aprofundada, com base nos cânones de interpretação, fundamentada conforme a axiologia normativa, tornando, portanto, a decisão mais democrática.

Para o caso dos aplicadores da lei, em época pós-positivista, a fundamentação das decisões, incide numa construção de entendimento voltado para a aplicação de uma norma objetiva, ou princípios de alcance amplíssimo, ao caso em concreto. Motivar uma decisão

²³³ *Apud* ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p. 17.

tendo como parâmetro a observância dos Direitos Fundamentais torna-se, por esta razão, uma tarefa árdua e não raras vezes, objeto de atividade legiferante do órgão judicial.

Diante da evidência dada às famílias pós-modernas que hoje se apresentam nos tribunais, nas decisões, seu conteúdo, prevê Castanheira Neves²³⁴, “ (...), pode designar-se consciência jurídica geral da comunidade relativamente à qual se põe o problema”.

Continua o autor afirmando que, em se tratando dos “motivos relevantes para determinada sociedade, são todos os valores e princípios normativos que nessa comunidade dão sentido fundamental ao direito ou que verdadeiramente lhe conferem sentido de direito”²³⁵. Daí, percebe-se que a axiologia jurídica de determinada sociedade é que ditará os valores relevantes de cada caso em questão, inculcando na necessidade de atividade judicial, já que o período de transição entre o Direito moderno e o pós-moderno, se dá por alternância ou substituição de valores.

A máxima *interpretatio cessat in claris*, idealizada às épocas do Positivismo e da Escola da Exegese, faz cessar a capacidade criativa do juiz - criar não as normas, mas sua justificativa- que vai além do que a mera aplicação do conteúdo limitado da lei. Ao juiz, quando da “criação” da sua motivação, caberia explicar, o “além da lei”, o alcance, o sentido e sua função naquele núcleo social, justificando a decisão conforme os ditames de referida coletividade.

Vale salientar que o sentido da interpretação da norma para Ronald Dworkin²³⁶ é uma atitude criativa do juiz. Não está certa, nem errada, não é boa, nem má, é apenas o exercício cognitivo da pessoa. Por esta razão, a construção do discurso racional na era do direito pós-

²³⁴ NEVES, Castanheira A. Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema. In: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LVIII, Coimbra, 1982, p. 246-247.

²³⁵ *Ibid.* p. 247. Chaïm Perelman acerca da fundamentação das decisões: “a busca de fundamentos suficientes, mas relativos a um espírito, a uma sociedade ou a uma disciplina determinadas, se torna filosoficamente essencial para todos que, embora recusando à evidência o valor de critério absoluto, não podem, porém, contentar-se com um cepticismo negativo, estéril.” PERELMAN, Chaïm. *Op. Cit.* p. 394.

²³⁶ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes. 2000, p. 252-253. No sentir de Hermenegildo Borges: “O juiz pode motivar a sua decisão invocando, para além do texto da lei, dos trabalhos preparatórios, da doutrina, do costume e da jurisprudência, igualmente a tradição, as tendências novas, a moral, a justiça, o direito natural, o razoável, a ciência, a psicologia, a lógica, a criminologia, a economia política, o direito comparado, os imperativos sociais, nacionais, internacionais, as práticas admitidas, a medicina, a arte, a filosofia, a educação, a classe social, a consciência social, etc.” Cfr. BORGES Hermenegildo. *Op. Cit.* p. 32

moderno requer uma atividade meticulosamente cuidadosa, pois dar razões, entende Castanheira Neves²³⁷, consiste na:

relação entre uma certa posição ou conclusão e certos pressupostos, sejam materiais (como fundamentos, causas, fins, motivos, etc.), sejam formais (como um sistema de cânones ou «processo», um sistema institucionalizado de regras procedimentais, etc.) que discursivamente a sustentam – conferindo-lhe um sentido ou conclusãncia, explicando-a ou justificando-a. (NEVES, 1993, P. 34.)

Enneccerus- Nipperdey, citado por Castanheira Neves, nesse sentido, assume que o direito é fragmento de uma cultura global, vinculado às ascepções éticas, sociais, econômicas e aos objetivos das normas jurídicas, sendo que, havendo dúvida, deverá o Direito ser interpretado conforme as exigências da vida social e do desenvolvimento da cultura global²³⁸, por esta razão, as decisões dos período pós-moderno requer da hermenêutica o mais amplo alcance possível do direito com a realidade.

Chaïm Perelman²³⁹ induz esse pensamento quando assevera que o juiz, mesmo sendo obrigado a obedecer as imposições das normas, possui uma margem nessa apreciação:

Opera escolhas, ditadas não somente pelas regras de direito aplicáveis, mas também pela busca da solução mais adequada à situação. É inevitável que suas escolhas dependam de juízos de valor: é por isso, aliás, que, para evitar demsiada subjetividade na matéria, a colegialidade dos tribunais, contribui para eliminar modos de ver por demais afastados da opinião comum. Note-se, a esse respeito, que se tem tendência a qualificar de *político* todo juízo que se afasta demais da opinião média, mas não esqueçamos que esta exprime igualmente juízos de valor, que não chocam na medida em que são largamente compartilhados. (PERELMAN, 1996, p. 566-567)

No âmbito das decisões, sejam dos Tribunais superiores ou inferiores, faz-se constar nas jurisprudências o critério constitucional da dignidade humana como baldrame na resolução dos casos imprevistos especificamente pelo legislador. Torna-se evidente a hermenêutica voltada para a Constituição, que, conforme Canotilho²⁴⁰, trata-se da incidência de “princípio geral de interpretação que, no domínio específico da jurisdição constitucional, remonta ao

²³⁷ NEVES, Castanheira A. A metodologia jurídica: problemas fundamentais. In: *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, 1993, p. 34. Continua o autor, revelando que a “interpretação cuida-se de um problema que não é o de determinar a significação de uma norma, ainda que significação jurídica, mas o de obter dessas leis ou normas um critério prático normativo adequado de decisão dos casos concretos.” *Ibid.* p. 84.

²³⁸ *Apud* NEVES, Castanheira. *Op. cit.* p. 199.

²³⁹ PERELMAN, Chaïm. *Op. Cit.* p. 566-567.

²⁴⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. Cit.* p. 1325. Afirma Barroso que, no sentido do alcance da Constituição: “passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento da sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições, superada a fase em que era tratada como um conjunto de aspirações políticas e uma convocação à atuação dos Poderes Públicos. De outra parte, embora se insira no âmbito da interpretação jurídica, a especificidade das normas constitucionais, com seu conteúdo próprio, sua abertura e superioridade jurídica, exigiram o desenvolvimento de novos métodos hermenêuticos e de princípios específicos de interpretação constitucional.” In: BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional... Op. Cit.* p. 43.

velho princípio da jurisprudência americana segundo o qual os juízes devem interpretar a lei *in harmony with the constitution.*”

Importa consignar, todavia, que a interpretação constitucional, nos casos do reconhecimento das situações emergidas com a família pós-moderna, vem suscitando, dentro dos próprios tribunais e na doutrina, reflexões acerca da atividade legislativa do juiz. O exercício interpretativo dos axiomas jurídicos é imprescindível. Destarte, utilizar este método para fora dos limites impostos ao poder judiciário, é invadir a esfera da função do poder legislativo²⁴¹.

Nas lições de Barroso²⁴²:

O papel do Judiciário [...] tem assumido formas as mais diversas: ativismo *versus* contenção judicial; interpretativismo *versus* não interpretativismo; constitucionalismo popular *versus* supremacia judicial. [...], o papel do Judiciário e, especialmente das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser o de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o *déficit* de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso. Sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, o que ocorrerá se atuar abusivamente, exercendo preferências políticas em lugar de realizar os princípios constitucionais. [...] Estes os seus grandes papéis: resguardar os valores fundamentais e os procedimentos democráticos, assim como assegurar a estabilidade institucional. (BARROSO, 2005 p. 48-51)

Na situação política do Brasil, afirma Daniel Sarmento²⁴³:

No cenário brasileiro, o neoconstitucionalismo é também impulsionado por outro fenômeno: a descrença geral da população em relação à política majoritária, e, em especial, ao descrédito no Poder Legislativo e nos partidos políticos. A percepção geral, alimentada por sucessivos escândalos e pelos discursos de alguns meios de comunicação social, de que a política parlamento e partidária são esferas essencialmente corrompidas, que se movem exclusivamente em torno de interesses e não de valores, gera em alguns setores a expectativa de que a solução para os problemas nacionais possam vir do Judiciário. (SARMENTO, 2009, p. 131-132)

²⁴¹ Nesta senda, Lênio Streck afirmou pela postura ativista do STF no caso do julgamento da mencionada ADI 4277, que equiparou a união estável homoafetiva à heteroafetiva. Para ele: “o STF teve uma postura ativista e se colocou no lugar do legislador, violando a cláusula da separação dos poderes. Não está em pauta, na minha discussão, ser contra ou a favor das uniões homoafetivas. Particularmente, acho a causa justa. Mas a Constituição Federal teria de ser modificada ou criada uma nova legislação, porque o texto legal fala em homem e mulher.” Disponível em: www.blogdotarso.com/2011/05/08/decisao-do-stf-sobre-uniao-homoafetiva-lenio-streck-e-juiz-de-sp-divergem. Acesso em: 25. Jul. 14. Acerca do ativismo judicial, Maria Benedita Urbano afirma que “o recurso à interpretação conforme a Constituição pode ser apenas um pretexto para, sob a sua capa, o juiz constitucional criar direito, criar novas normas sem qualquer arrimo no enunciado linguístico do preceito interpretado.” URBANO, Maria Benedita. Interpretação conforme a Constituição e ativismo judicial: associação lógica ou ativismo interpretativo? In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. N. VII, 2010, p.418.

²⁴² BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito*. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>. Acesso em: 02.set.2014.

²⁴³ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil. In: *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 131-132.

O papel da jurisprudência, revela Fachin, retrata uma atividade hermenêutica imprescindível, buscando uma segurança jurídica substancial, por “meio de uma racionalidade tópica e sistemática”²⁴⁴, independentemente de conflitos que possam haver entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

O receio de ativismo judicial por parte dos magistrados é, na opinião de Paulo Lôbo, injustificável, uma vez que os juízes lidam de forma razoável com uma hermenêutica aberta e ampla, tanto das normas, como das cláusulas abertas gerais e princípios. Continua o autor lamentando que se trate de um preço ponderável a pagar devido a esta adaptação constante (e necessária) do direito às mudanças sociais. Também conforme Lôbo, a ductibilidade dos princípios consegue alcançar com clareza suficiente “aquilo que é considerado problemático pelos os críticos, ou seja, a indeterminação de seus conteúdos.”²⁴⁵

Ainda, afirma o autor que o STJ tem decidido de forma a aplicar os princípios constitucionais de forma direta e imediata, a exemplo da Dignidade humana, até porque a Constituição Federal brasileira prevê esta possibilidade.²⁴⁶

Contendo, ou não, normas expressas no sentido do reconhecimento de novas situações familiares, há, na *ratio decidendi*, entendimentos que revelam ampla interpretação das leis do direito de família. O fundamento das decisões “inovadoras” é de que, nas palavras do magistrado Alberto Raimundo Gomes dos Santos²⁴⁷, quem proferiu decisão de decretação de divórcio com o consentimento somente de um dos cônjuges:

Não havendo possibilidade de reversão do decreto do divórcio, bem como a inexistência de qualquer prejuízo para a parte Ré, visto que não há necessidade de se discutir nos dias atuais a culpa, não há fundamento para ser estabelecido o contraditório para a concessão do divórcio e, por consequência, não há impedimento para realização da vontade de uma das partes, especialmente após o advento da Emenda Constitucional nº 66/10. [...] **Não mais suporta o engessamento da atividade legislativa arcaica em detrimento da realização da felicidade das pessoas.** (SANTOS, 2014) (Grifos nossos).

Abonamos a decisão supra em todos os seus fundamentos. A princípio, a análise da culpa em processo de divórcio não se torna contemplável em tempos de afetividade. De igual forma, esperar uma ação do legislativo no sentido de acompanhar as nuances do direito de

²⁴⁴ FACHIN, Luiz Edson. Um país sem jurisprudência... *Op. Cit.* p. 6.

²⁴⁵ LÔBO, Paulo. Família e conflito de direitos fundamentais ..*Op. cit.* p. 32.

²⁴⁶ *Ibid.* p. 33. Parágrafo 1º., art. 5º – “As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

²⁴⁷ Disponível em:

<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5353/Div%C3%B3rcio+pode+acontecer+mesmo+sem+consentimento+de+um+dos+c%C3%B4njuges>. Acesso em: 25.jul.2014.

família torna-se impraticável, uma vez que as demandas sociais exigem um comportamento imediato dos juízes, que fazem as devidas subsunções dos fatos às normas, mesmo às normas e princípios constitucionais.

No que tange à tutela das famílias pós-modernas e plurais, para Calderón²⁴⁸:

Uma das circunstâncias que impulsionou o surgimento das teorias que questionavam o formalismo foi a incongruência entre os fatos e o direito, eis que os litígios não pararam de bater à porta dos juízes (chegou a se falar da *revolta dos fatos contra o Direito*), diante do que eles tiveram que criativamente procurar responder às demandas que lhes eram postas, muitas vezes sem adequadas categorias jurídicas. Nesse momento, avulta o papel criativo da jurisprudência, e se passa a reconhecer paulatinamente a força criadora dos fatos sociais. O direito de família foi profícuo em criar soluções para responder a litígios e conflitos que não possuíam ainda previsão expressa na legislação. Um exemplo disso é o próprio reconhecimento jurídico da afetividade, que, antes mesmo de qualquer previsão legal, foi adotada pela jurisprudência. (CALDERÓN, 2013, P. 79)

Em sentido diverso, para Benedita Urbano²⁴⁹, os tribunais do Brasil (e a autora toma como exemplo o STF e o TSE) têm desenvolvido uma constituição material, protetiva dos direitos fundamentais, com fundamento de inércia do legislador ou da má qualidade das leis. Continua a autora afirmando que, mesmo quando as decisões destes tribunais são fundamentadas de acordo com a interpretação conforme a Constituição, equivale dizer que há criação de normas conforme a constituição (ativismo interpretativo). Por esta razão, mesmo em atendimento ao critério interpretativo conforme, há que se imporem limites, dada a divisão dos poderes.

A autora supra acredita que o problema do ativismo judicial não está em estabelecer limites entre a interpretação da lei e a criação da lei, mas em determinar as formas e os limites da criação da leis dos juízes.²⁵⁰

Ao revés do ativismo judicial, por outro lado, reside a autocontenção judicial. Trata-se, conforme Maria Benedita Urbano²⁵¹:

²⁴⁸ CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Op. Cit.* p. 79. Maria Celina Bodin de Moraes acerca do ativismo judicial: “o receio dos juristas atuais parece encontrar eco nas tantas decisões que, sob a alegação da aplicação de princípios constitucionais, servem a dar vazão à opinião pessoal do juiz, sem outras motivações racionalistas ou substanciais.” Cfr. MORAES, Maria Celina B. *Na medida da pessoa humana: estudos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 10-11.

²⁴⁹ URBANO, Maria Benedita. *Op. Cit.* p. 411-412.

²⁵⁰ *Idem*. The law of judges: attempting against Montesquieu’s legacy or a new configuration for an old principle? In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 628.

²⁵¹ *Idem*. *Curso de justiça constitucional. Evolução histórica e modelos de controlo da constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 102-104.

Em termos gerais, que essa aplicação mais criativa se deve manter nos limites do razoável e aceitável, ou seja, ela não pode implicar uma usurpação de poder por partes dos juízes, uma invasão das funções e competências de outros poderes e correspondentes órgãos (basicamente, dos poderes legislativo e executivo, que cabem, respectivamente, ao parlamento e ao governo). De acordo com os defensores da autocontenção judicial, a atividade interpretativa, em particular no terreno constitucional, não deve servir para a criação de novo direito. Mais concretamente, a decisão judicial não deve substituir-se à decisão política legislativa adotada pela maioria democrática. [...] Por último, deve observar-se que a autocontenção judicial está, como é óbvio, indelevelmente ligada ao princípio democrático e ao da separação dos poderes. (URBANO, 2012, p. 102-104)

A atividade legiferante dos juízes incide, por conseguinte, em atentado à democracia, tendo em vista a ilegitimidade para legislar. O Poder Legislativo é instituído pelo povo, de forma democrática, e qualquer ameaça a esta democracia poderia incidir em uma governança tirana.

Havendo, contudo, regras ou não, imperiosa a observância da tutela das famílias pós-positivistas. De fato, não há nas Constituições brasileira e portuguesa qualquer termo que vete tal reconhecimento e, não sendo proibido, é permitido constituir família de forma livre. As pluriformas dos arranjos familiares já ensejou a tutela expressa de algumas entidades familiares específicas na Constituição brasileira, todavia, as discussões acerca de ser esta previsão um rol taxativo ou exemplificativo ficam a critério da doutrina e das decisões dos tribunais em concluírem de uma ou de outra forma.

3.4 A família da Constituição brasileira – *numerus clausus* ou *numerus apertus*?

Na tentativa de consignar as famílias da pós-modernidade, a Constituição brasileira, em seu artigo 226, previu entidades familiares diversas da família tradicional apenas, reconhecendo expressamente a união estável e a família monoparental.²⁵²

A família tradicional, instituída pelo casamento entre o homem e a mulher, fora consagrada sob ditames religiosos, sobretudo por influência da igreja católica. Esta milenar proteção da família, conforme Gustavo Tepedino²⁵³, “como instituição, unidade de produção e

²⁵² Art. 226. “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...] § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento; § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes[...].” BRASIL, 1988 .

²⁵³ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 349.

reprodução de valores culturais, éticos, religiosos e econômicos dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada, à dignidade de seus membros.”

O reconhecimento das famílias, que não sejam constituídas pelo casamento também não é, e nem pode ser, emergido de maneira arbitrária ou eventual. Dá-se, preponderantemente, pela presença de alguns preceitos havidos nos núcleos familiares mais comuns inclusive, quais sejam, ostensibilidade, afetividade recíproca entre os integrantes do núcleo familiar, estabilidade.

A ostensibilidade se funda no caráter público, no *animus* de constituir família, torna notória a união. A afetividade permeia o seio familiar independentemente de vínculo biológico. Dá-se na afeição, no ato de devotamento recíproco, que se alicerça no amor e no afeto, na solidariedade, cuidado mútuo, etc. E a estabilidade consiste no peso que o tempo necessita para solidificar a união, vale dizer, as uniões precisam ser não eventuais, erráticas, breves, mas duradouras o suficiente para que a união se considere família.

Para o direito contemporâneo, mister que sejam protegidas as pessoas que compõem as famílias, em respeito a sua dignidade, pois que a referência da tutela constitucional da família e do direito de família, em sentido amplo, é de seja o *locus* de desenvolvimento e realização particular dos membros que a compõem. Canotilho e Vital Moreira²⁵⁴ declaram:

existe também o direito das famílias às condições que propiciem a **realização pessoal dos seus membros**. [...] Fica assim claramente afirmado que, a família é feita de *peças* e existe para a realização pessoal delas, não podendo a família ser considerada independentemente das pessoas que a constituem, muito menos contra elas. (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 857.)

A dignidade dos membros do grupo familiar vinca-se ao atendimento dos direitos fundamentais, como continuam Canotilho e Vital Moreira, no direito à vida, direito ao desenvolvimento da personalidade, direito à integridade física e psíquica, direito à identidade pessoal, direito à identidade genética, e, qualquer ato legislativo que se confronte com o cerceamento da observância desses direitos, é atentatório à dignidade das pessoas.

A diversidade das formas de famílias exurgidas na atualidade impede que a Constituição brasileira – e as Constituições de outros países, a exemplo de Portugal²⁵⁵ –

²⁵⁴ CANOTILHO, J.J Gomes; MOREIRA, Vital. *Op. Cit.* p. 857.

²⁵⁵ E neste sentido Canotilho e Vital Moreira afirmam constituir a dignidade humana em três dimensões, “a dignidade como *dimensão intrínseca* do ser humano, a dignidade como dimensão aberta e carecedora de *prestações*, a dignidade como expressão de *reconhecimento* recíproco – explicita muitas soluções normativo-

deneguem relevância jurídica à multiformalidade familiar, sob pena de incutir em retrocesso social. Daí a necessidade de o artigo 226 da Constituição brasileira representar *numerus apertus*, exemplificando as hipóteses de alguns arranjos familiares já constitucionalmente consagrados, por conseguinte, inexistindo hierarquia entre as entidades familiares.

Acrescenta Paulo Lôbo²⁵⁶ que:

sob o ponto de vista do melhor interesse da pessoa, não podem ser protegidas algumas entidades familiares e desprotegidas outras, pois a exclusão refletiria nas pessoas que as integram por opção ou por circunstâncias da vida, comprometendo o princípio da dignidade humana. (LÔBO, 2002, p. 6)

Não se coaduna com o Estado Democrático de Direito, um país que sobreleve o direito de constituir família de um determinado grupo social e outro não, renegando-o à marginalidade, determinando que a família tradicional ocupe uma posição hierárquica superior às demais, dada a sua temporal existência. Isto porque, no Preâmbulo da Constituição do Brasil²⁵⁷, como norte, embora não vinculativo, prevê-se que a República visa:

assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social. (BRASIL, 1988)

Por esta razão, e para não incidir em ativismo interpretativo, a necessidade de regulamentação das famílias diversas, pois o rol constitucional “não pode deixar sem proteção inúmeros agrupamentos familiares não previstos no Texto Constitucional, até mesmo por absoluta impossibilidade.”²⁵⁸⁻²⁵⁹

constitucionais acolhidas na Constituição da República.” In: CANOTILHO, J.J Gomes; MOREIRA, Vital. *Op. Cit.* p. 199.

²⁵⁶ LÔBO, Paulo. Entidades familiares constitucionalizadas: para além de *numerus clausus*. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&sqi=2&ved=0CCYQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.egov.ufsc.br%2Fportal%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fanexos%2F9408-9407-1-PB.pdf&ei=pCYPVPuTAsWWauz2gcgL&usg=AFQjCNH5GqKKM-byilvk5qt6jGw9rvJIgg&sig2=84MJdVHeCpbYX3leN-w2rg&bvm=bv.74649129,d.bGQ>.

Acesso em: 25.jul.2014.

²⁵⁷ Brasil, 1988.

²⁵⁸ CHAVES, Cristiano. *Direito Constitucional à família... Op. Cit.* p. 10.

²⁵⁹ Abonando o entendimento de que o artigo 226 da Constituição Federal brasileira retrata um rol meramente exemplificativo, Victor Macedo dos Santos: “A interpretação constitucional deve ser conduzida de forma a privilegiar a efetivação dos princípios da dignidade da pessoa humana (valor supremo do ordenamento jurídico), da solidariedade e da igualdade, fazendo-a sob um viés concretizador, que não se destina a permanecer arraigado à interpretação anti-culturalista do positivismo jurídico. A Constituição concretiza a perspectiva atual da família como *numerus apertus*, não devendo haver qualquer obstáculo à sua tutela jurídica, desde que preenchidos os requisitos que lhe são essenciais: afetividade, estabilidade, ostensibilidade, pluralidade de sujeitos e a função social da família (elemento teleológico).” SANTOS, Victor Macedo. Da família às famílias. In: *Entre Aspas: revista da Unicorp / Tribunal de Justiça do Estado da Bahia – ano.1, n.1, abr.2011 – Salvador: Universidade Corporativa do TJBA, 2011, p. 150.*

Diante de uma era pós-moderna, do direito contemporâneo, nada mais pretendo que dar a devida guarida constitucional às entidades familiares, pois, mais que uma liberalidade das pessoas, é dever do Estado a salvaguarda das diversas formas de grupos familiares. A dignidade humana, como princípio jurídico fundamentador dos direitos de personalidade das pessoas deve prevalecer mesmo quando se trate de reconhecimento dos vínculos familiares distintos do tradicional, quebrando todo o conceito milenar que esta instituição construiu no passado.

Há de ser levado em conta, ainda, que, em um Estado Democrático, deve ser garantida a observância dos princípios da liberdade e igualdade, sendo o primeiro, abarcador da forma livre para escolha da forma de família que se almeja construir, e o segundo princípio, da igualdade, como corolário do fim do preconceito que ainda permeia algumas formas de famílias, a exemplo da homoafetiva, de modo que as mais variadas formas de vínculos familiares são dotados de igual dignidade e merecem, portanto, terem seu tratamento observado pela Lei Fundamental.

Cumpra esclarecer, por oportuno, que a Constituição brasileira assegura a inviolabilidade da intimidade e da vida privada das pessoas (X, art. 5º CF) como um Direito Fundamental, ensejador, com isto, da incidência da Dignidade Humana como precursora da tutela da família como *numerus apertus*, e não limitada apenas aos tipos expressamente previstos.

3.5 Estatuto das Famílias – PLS 470/2013

Concluída a fase de elaboração, de iniciativa do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), o projeto de lei n. 470/2013²⁶⁰ visa à gênese de uma nova era para famílias pós-modernas: a criação de um Estatuto jurídico próprio. No anteprojeto, constam as previsões para as mais variadas formas das famílias emergidas com o processo de quebra com os conceitos tradicionais fortes, contudo com fracos argumentos para manterem-se no presente e prolongarem-se no futuro.

O artigo 5º do anteprojeto expressa valores que já são observados pela jurisprudência, quando das decisões inovadoras no ramo:

²⁵⁸Disponível em:http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=115242. Acesso em: 03.set.2014.

Art. 5º Constituem princípios fundamentais para a interpretação e aplicação deste Estatuto:

I – a dignidade da pessoa humana;

II – a solidariedade;

III – a responsabilidade;

IV – a afetividade;

V – a convivência familiar;

VI – a igualdade das entidades familiares;

VII – a igualdade parental e o melhor interesse da criança e do adolescente;

VIII – o direito à busca da felicidade e ao bem-estar. (BRASIL, 2013) (grifos nossos)

Concebe-se o princípio da afetividade agora expressamente previsto como um direito fundamental, já que em momento anterior à criação do anteprojeto, este princípio era considerado implícito, decorrente dos princípios da solidariedade e da dignidade humana. De igual forma, antevisto também nos tribunais, está a igualdade de tratamento das diversas entidades familiares, ratificando a ideia doutrinária de que inexistente hierarquia entre os tipos de arranjos familiares pós-modernos.

Traz, o anteprojeto, algumas inovações à legislação das famílias. No artigo 9º, além do parentesco por consanguinidade e afinidade, é possível um vínculo parental ser instituído pela socioafetividade. No parágrafo único do artigo 14 do Estatuto são expostas as reponsabilidades daqueles que, já casado ou vivendo em união estável, estabeleça união paralela, é responsável pelos deveres de assistência, amparo moral e material, concorrendo para a manutenção da família, inculindo, se for o caso, em indenização por danos morais e ressarcimento por danos materiais pelos atos praticados contra o “amante”. Amplia-se, a fim e ao cabo, neste preceito, os mesmos deveres e obrigações devidos à família “principal”.

Nos artigos 20 e 61, estão previstos, respectivamente, o casamento e a união estável, com redação que indetermina o sexo dos envolvidos. Fala-se, no primeiro, em nubentes, e no segundo, na união de pessoas, implicando, a norma, no reconhecimento das famílias hetero e homoafetivas, indistintamente.

Quanto à pluralidade das famílias pós-modernas, o artigo 69 do PLS 470/2013 relata a possibilidade de existência das famílias parentais, vale dizer, aquelas nas quais não há qualquer relação de parentesco, contudo há forma de convivência familiar, enquanto no artigos 70 a 74 preveem-se hipótese de arranjos familiares recompostos, estipulando direitos e deveres de padrastos/madrastas para com os enteados.

Outra inovação para o âmbito do direito de família consiste na previsão legal da indenização por abandono afetivo dos pais para com os filhos. Há entendimento

jurisprudencial brasileiro nesse sentido, todavia, a questão ainda sofre discussões, estando sua pacificação avançada na possível outorga do Estatuto. Considerar-se-ia conduta ilícita ensejadora de indenização por abandono afetivo a ação ou omissão que ofenda direito fundamental da criança ou adolescente, sendo que o dever de assistência afetiva se dá através de orientações, solidariedade, cuidado.

O projeto ainda encontra-se em pendência para julgamento no Congresso Nacional brasileiro, mas já encontra objeções pelas mais diversas razões. Em princípio, a tutela da família paralela tem gerado um afã sem precedentes, sendo equiparado à “amancebamento”.²⁶¹

Por esta e outras razões, embora o Brasil, assim como Portugal, seja um Estado laico, não confessional, muitos dos parlamentares votam contra o Estatuto segundo suas convicções pessoais - diga-se, religiosas - com o fito de enunciar preocupações de cunho moral com a sociedade. O mesmo se aplica ao Estatuto da Diversidade Sexual, o qual prevê, entre outras disposições, a criminalização da homofobia, tendo em vista vários homicídios praticados contra a comunidade LGBT.

Com uma bancada eminentemente de maioria católica e/ou evangélica, e sob os argumentos bíblicos da criação divina do homem e da mulher, os anteprojetos têm certa dificuldade em ser aprovados (o Estatuto das Famílias, por exemplo, fora reapresentado ao Senado em substituição aos projetos de leis anteriores, como o 674/2007 e o 2.285/2007).

As consequências da não aprovação de normas que tutelem efetivamente as famílias da era do direito pós-positivo ensejam que as respostas às demandas sociais sejam resolvidas pelo Judiciário, correndo o risco do ativismo judicial ou da autocontenção. Os discursos dos

²⁶¹ Neste sentido, Dom Aldo Pagotto, arcebispo da Paraíba. Para ele, “foi tentado introduzir no Estatuto das Famílias a legitimação de relacionamentos afetivos, como formas de amancebamento, equiparados e reconhecidos como família.” Da Poligamia. In: Jornal Correio da Paraíba. 9.Fev.2014. Na mesma ideia, Regina Beatriz Tavares da Silva, para quem as famílias paralelas “aparentemente baseadas no afeto, mas que pretendem impor, em nossa legislação, por meio de engodo linguístico, a devassidão. Essa legislação projetada que as denominadas relações paralelas – expressão enganosa, porque suaviza seu conteúdo de mancebia- sejam alçadas ao patamar de entidades familiares.”

Disponível em: <http://opinio.estado.com.br/noticias/geral,destruicao-da-familia-projetada-em-lei-imp-,1119882>. Acesso em: 26.mai.2014.

Ainda sobre as críticas ao Estatuto, a comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, responsável pelo julgamento do PLS 470/2013, recebeu manifestação pela rejeição do Estatuto, remetida pela União dos Juristas Católicos de São Paulo – UNICASP e da Associação de Direito de Família – ADFAS “sobre a alegação de que a matéria pretende substituir todo o livro de Direito de Família do Código Civil, o que seria inconstitucional.”

Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=115242. Acesso em: 27.ago.2014.

tribunais superiores continuarão sendo no sentido de dar alcance aos direitos fundamentais, em especial à dignidade humana, e na liberdade de constituir família.

O neoconstitucionalismo da virada kantiana, por seu turno, busca absorver da hermenêutica constitucional a máxima eficácia e prevalência de suas normas, dando soluções aos casos inéditos, diversos dos preceituados na era da família patriarcal moderna. As rupturas com o passado vêm se dando de forma lenta e gradual, é verdade. Todavia, a atividade contínua do juiz em praticar um ato de outro poder, além de ilegítimo, é antidemocrático.

Em situação oposta, é demasiado importante a posição do judiciário quando da fundamentação das decisões com a utilização de princípios como o da Dignidade Humana²⁶², de alcance amplíssimo. Na falta da norma positiva específica para os casos demonstrados das famílias pós-modernas, é necessária a aplicação da equidade às demandas inéditas, além de ser previsto ao julgador, que, para o caso da omissão da lei, deverão ser observados a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Propõe, neste caso, Alexy²⁶³, em se tratando dos princípios da certeza jurídica e da correção, que:

constitui um elemento necessário e essencial do Estado democrático constitucional, que nele sejam válidos os direitos constitucionais, direitos que têm um efeito irradiante em todo sistema jurídico, ou seja, direitos que devem ser tidos como em conta na aplicação de todas as leis e de outras regulações. (ALEXY, 2012, p. 495).

Continua o autor supra conjugando a certeza jurídica com a correção normativa no sentido de dar maior alcance à interpretação e aplicação das normas já positivadas, contudo, de ampla abertura para sua incidência, tal como ocorre no direito de família pós-moderno, suprimindo a arbitrariedade que pode dar a hermenêutica desvinculada das normas existentes, trazendo, com isso, maior incerteza jurídica.

²⁶² No sentido a anormatividade para as famílias da pós-modernidade, ressalta Alexy a importância e aplicação dos princípios, no sentido de que regras são “algo de modo definitivo. São *comandos definitivos*. A sua forma de aplicação é a subsunção. Em contraste, os princípios são normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível, dadas as possibilidades factuais e jurídicas existentes. Assim, os princípios são *exigências de otimização*. A sua forma de aplicação é a ponderação”. ALEXY, Robert. Direitos Constitucionais e fiscalização da constitucionalidade. In: *Boletim da Faculdade de Direito*. V. LXXXVIII, Tomo II, Coimbra: 2012, p. 512-513.

²⁶³ *Idem*. Certeza Jurídica e Correção. In: *Boletim da Faculdade de Direito*. V. LXXXVIII, Tomo II, Coimbra: 2012, p. 495.

Afirma o mesmo autor que “a conexão da certeza jurídica com o concorrente princípio da correção, enquanto tal, conduz a maior certeza jurídica do que o princípio da certeza jurídica por si só.”²⁶⁴ Nesse sentido, e para evitar a atividade judicial no tocante à tutela das famílias pós-modernas, maior relevo é dado aos princípios constitucionais destinados à tutela da dignidade das pessoas, em conjunto com as normas do direito de família da atualidade, até que se convença o legislador, de que há premente necessidade de serem editadas normas específicas regulamentadoras das mais variadas espécies de famílias existentes.

Justifica-se, todavia, a necessidade de se reconhecer que o artigo 226 da Constituição brasileira, especificamente, não se exaure mencionando três tipos de famílias apenas, e sim, abarca as demais multiformas familiares apresentadas com o advento da pós-modernidade e do direito contemporâneo.

²⁶⁴ *Loc. Cit.*

CONCLUSÃO

Da evolução dos arranjos familiares mais incipientes às formas através das quais hoje se apresentam, muitas transformações puderam ser verificadas, sobretudo as mudanças familiares ocorridas até à formação do Estado Moderno. A família burguesa, patriarcal, assegurada nos primeiros códigos e, posteriormente, nas primeiras Constituições, núcleos familiares considerados fontes produtivas, extensas, hierarquizadas que prevaleceram até meados do século XIX foram perdendo seu lugar de destaque no meio social.

O segundo pós-guerra elucidando questões atinentes à importância da vida humana em sociedade, sua proteção, desenvolvendo o conceito da dignidade humana, fez prevalecer uma grande quebra com definições do passado para inaugurar uma nova era, a pós-modernidade. Neste período, o valor da pessoa como algo inerente à própria existência e a defesa dos seus direitos fundamentais consagrados constitucionalmente, até então imprevisos nas primeiras codificações, faz do ser humano detentor de direitos de liberdade, para estabelecer-se na sociedade do seu modo, conforme suas crenças, orientação sexual, e através da igualdade entre as pessoas.

A quebra de paradigmas antigos, especialmente no que diz respeito ao direito de família deve ser suplantada, a começar pelas Leis Maiores. A “revolta dos fatos contra o Direito”, as práticas sociais que se tornam fatos jurídicos relevantes necessitam da atuação do legislador para suportar as demandas sociais.

No que tange à guarda da família pós-moderna, a Constituição portuguesa não faz qualquer referência. Assegura a todos o direito de contrair casamento nada expressamente declarado quanto à tutela, ou não, das outras formas de família. A Constituição brasileira, por sua vez, revela no artigo 226 as entidades familiares monoparentais e as uniões de estáveis, de maneira exemplificativa, já que a Lei não restringe às demais formas de arranjos familiares possíveis.

Devido a esta incerta, por vezes polêmica, abrangência das famílias plurais pela Constituição brasileira, deriva uma atividade proativa dos juízes em dar solução aos casos em

concreto, pautados na abertura amplíssima que os princípios constitucionais trazem consigo, considerados, por parte da doutrina, em ativismo judicial, para outros, apenas uma atividade interpretativa extensa, hermenêutica ampliada, sobretudo limitada pela Lei Fundamental, ideia a qual abonamos, dada a completa ausência de normas específicas atinentes ao tema ora discutido.

Enquanto não se presta o Poder Legislativo em renovar o Direito, rompendo com antigos dogmas tradicionalistas e patriarcais arcaicos que revestiam a família da antiguidade até meados do século XIX, a equidade vem sendo concretizada pelo Poder Judiciário, para cada *fattispecie*, e, considerando que questões relevantes nesse sentido assolam o judiciário, critérios novos como a ascensão da afetividade à categoria de princípio jurídico, mesmo que implicitamente assegurado, deu-se pelas observações da doutrina e da jurisprudência.

A aplicação da verdade socioafetiva em lugar da primazia antes dada aos vínculos biológicos, no Brasil, sustenta-se como ferramenta indissociável do melhor interesse da criança, quando envolvidas na questão da parentalidade e da multiparentalidade. Mais que um nome no registro de nascimento, o exercício do parentesco independe da herança genética, da existência do vínculo consanguíneo, mas, o mais importante, do exercício da paternidade em seu mais amplo aspecto, como o cumprimento dos deveres e cuidados para com os filhos, a educação, apoio moral, material, afetivo, conforme entendem os Tribunais brasileiros.

Em respeito ainda ao critério da afetividade presente nas relações familiares atuais, não se demonstra prejudicada a ideia de assegurar às famílias formadas unicamente por irmãos (famílias anaparentais) - ou aquelas compostas por avós e netos, tios e sobrinhos -, a guarida legislativa. Se este *modus vivendi* é conveniente para os integrantes do grupo, promovendo a dignidade de quem ali habita, não vislumbramos a possibilidade de sua inexistência legal.

O incômodo causado nos mais críticos moralistas em respeito à consideração da família simultânea se dá sobre a má impressão que ela dá causa, tanto em Portugal, como no Brasil, mesmo tendo a jurisprudência deste último se posicionado em favor, não da poligamia, mas de uma responsabilização para com o terceiro sujeito da relação conjugal, o qual, muitas vezes desconhece o caráter plúrimo do enlace.

A existência das famílias plurais, por sua vez, não é fato isolado no mundo. Após a possibilidade do divórcio, principalmente após a ruptura entre Estado e Igreja, muitos países do mundo inteiro assistiram à recombinação das famílias das mais variadas formas. Exemplo

disso é o reconhecimento a união civil entre pessoas do mesmo sexo na Dinamarca desde 1989, seguido de outros países como a Holanda, em 2001; Bélgica, em 2003; Espanha e Canadá, em 2005; África do sul, em 2006; Noruega e Suécia, em 2009; Portugal, Islândia e Argentina, em 2010; Brasil, em 2011; Uruguai, Nova Zelândia e França, em 2013 e nos Estados Unidos, em 12 dos 50 estados, como mencionado no Capítulo I deste trabalho.

A importância da dignidade humana como fundamento dos Estados democráticos, de fato, sobleva a importância do ser humano no reconhecimento dos seus direitos fundamentais, sobretudo no que concerne às famílias, já que estas são a base da sociedade. O respeito à dignidade legitima o exercício dos direitos fundamentais, consistindo numa proteção de caráter global.

O direito contemporâneo, por seu turno, amplia a incidência do referido princípio, ao garantir uma vastíssima interpretação do dispositivo, sem, contudo, alterar o texto escrito. A referência considera a hermenêutica constitucional da atualidade, que, ao invés de reformas constitucionais propriamente ditas, vale dizer, modificações das normas existentes, faz uma adaptação na interpretação das normas em relação ao bem jurídico que se subsume ao conteúdo normativo, realizando, por conseguinte, uma mutação constitucional, a modificação do sentido da norma.

A partir deste padrão de interpretação, mais propensa se torna a realização da constitucionalização do direito privado, por maior atração da aplicação dos direitos fundamentais nas relações interprivadas (que desenvolvem conceitos indeterminados como boa-fé, interesse público, melhor interesse da criança, realização da felicidade particular, etc), sobretudo no que tange à previsão constitucional das famílias pós-modernas, conforme sua diversa e complexa apresentação.

Como um dispositivo plurissignificativo como o que prevê a dignidade humana, maior propensão do Direito contemporâneo em concretizar os direitos fundamentais baseados nos critérios interpretativos como a força normativa da Constituição, ampla eficácia de suas normas e interpretação conforme. Todos estes fatores hermenêuticos levam a crer que há possibilidades de serem reconhecidas as famílias plurais dos tempos pós-modernos, sem deixar à margem da sociedade outras formas de famílias que não a tradicional, enquanto se espera pela atuação do legislador em dar a ênfase necessária à organização da pluralidade familiar.

Abonamos o pensamento de que, na atualidade, não há alguém, como Montesquieu foi no passado, para apresentar uma nova versão da doutrina da separação dos poderes adaptada à era política contemporânea, como bem observa Maria Benedita Urbano²⁶⁵. Contudo, uma atividade judicial interpretativamente ampla no sentido de alcançar a proteção às famílias da atualidade é indispensável à segurança das famílias da pós-modernidade.

²⁶⁵ “ *Until now, no one, as Montesquieu in the past, was able to present a new version of the separation of powers doctrine more adaptable to the contemporary political era.*” URBANO, Maria Benedita. *The law of judges...* Op. Cit. p. 623.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Rachel. *O que moldou as famílias portuguesas desde 1864*. 2013. Disponível em: «<http://www.publico.pt/sociedade/noticia/estado-civil-os-numeros-dos-ultimos-147-anos-1584148?page=3#follow>». Acesso em: 21.mar.2014.

ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federativa da Alemanha*. Disponível em: «<https://www.google.com.br/#q=artigo+6o+da+lei+fundamental+alem%C3%A3>». Acesso em: 21. Ago. 2014.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993.

_____. Certeza Jurídica e Correção. In: *Boletim da Faculdade de Direito*. V. LXXXVIII, Tomo II, Coimbra: 2012, p. 481-497.

_____. Direitos Constitucionais e fiscalização da constitucionalidade. In: *Boletim da Faculdade de Direito*. V. LXXXVIII, Tomo II, Coimbra: 2012, p. 511-526.

ALMEIDA, Suzana; ASSIS, Zamira. *Parentalidade sócio-afectiva: Brasil e Portugal*. Coimbra: Edições Almedina, 2012.

ANDRIGHI, Fátima Nancy; KRUGER, Cátia Denise Gress. Coexistência entre a socioafetividade e a identidade biológica -uma reflexão. In: *Família e Jurisdição II*.

BASTOS, Eliane; FERNANDES DA LUZ, Antônio. (coords.). Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ARNAUD, Raphael. *O negócio jurídico e a união de facto/estável*. Relatório apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, relativamente à disciplina Direito Civil I/II, componente obrigatória do Mestrado Científico em Ciências Jurídicas. 2013.

AYAGO, Antonia Durán. *Nuevos conflictos del derecho de familia*. POMBO, Eugenio Llamas (coord.). Madrid: La rey, 2009

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Casamento de fato e concubinato atual: influência do casamento romano*. Revista dos Tribunais. v. 773. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, março de 2000.

AZEVEDO, Antônio J. O direito pós-moderno. In: *Revista USP*, São Paulo, n. 42, Jun/Ago. 1999.

BAIHAM, A. *Direitos humanos, crianças e divórcio na Inglaterra*. Revista brasileira de Direito de Família. v. 3, n. 9. Porto Alegre: Editora Síntese, abril/maio/junho de 2001.

BARCELONA, Pietro. *El individualism propietario*. Madrid: Editorial Trotta, 1996.

BARRETO, Irineu Cabral. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*. 3ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

BARROS, Sérgio Resende de. A tutela constitucional do afeto. In: *Família e Dignidade Humana*. Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). São Paulo: IOB Thomson, 2006.

_____. *Direitos humanos e direito de família*. Disponível em:

«<http://www.srbarros.com.br/pt/direitos-humanos-e-direito-de-familia.cont>». Acesso em: 30.mar.2014.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: *A nova interpretação constitucional. ponderação, Direitos Fundamentais e Relações privadas*. 3ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito*. Disponível em:

«<http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>». Acesso em: 02.set.2014.

BERTOLINI, Wagner. *A união estável e seus efeitos patrimoniais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira. 2005.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O direito na pós-modernidade. In: *Revista Sequencia*. N. 57, dez. 2008.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25ed. São Paulo: Malheiros 2010.

BONILINI, Giovanni. *Manuale de diritto di famiglia*. Seconda edizione. Torino: Editrice Torinese, 2002.

BORGES, Hermenegildo. *Vida, razão e justiça. Racionalidade argumentativa na motivação judiciária*. Coimbra: Edições Minerva Coimbra, 2005.

BRASIL. *Constituição Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em:

«http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm». Acesso em: 21. Ago. 2014.

_____. *Código Civil brasileiro*, 2002. Lei nº 10.406/2002. Disponível em:

«http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm». Acesso em: 21. Ago. 2014.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *O direito de família descobrindo novos caminhos*. São Leopoldo: Edição da autora, 2001.

BRITES, Rui; LAPA, Tiago; MENDES, Rita; TORRES, Anália. *Famílias no contexto europeu: alguns dados recentes do european social survey*. Disponível em:

«<http://www.analiatorres.com/pdf/Familiasnocontextoeuropeu.pdf>». Acesso em: 27. Mar. 2014.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da Afetividade no direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Princípios: entre a sabedoria e a aprendizagem. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4ed. Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CHAVES, Cristiano. Direito Constitucional à família (ou famílias sociológicas x famílias reconhecidas pelo direito: um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade constitucional). In: *Revista brasileira de direito de família*. Ano VI. N. 23. Abr-Maio 2004.

CHAVES, Marianna. *Uniões Paralelas*. Disponível em:
«<http://ibdfam.org.br/artigos/495/Fam%C3%ADlias+Paralelas%22>». Acesso em:
31.mar.2014.

CICCO, Cláudio de. *História do pensamento jurídico e da filosofia do direito*. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme. *Curso de direito de família vol. I*. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007

CORTE-REAL, Carlos Pamplona; PEREIRA, José Silva. *Direito da família- tópicos para uma reflexão crítica*. 2 ed. Lisboa: Associação académica da faculdade de direito de Lisboa, 2011.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey. 2006.

D. MAINGUY. Cour de droit civil, les personne, la famille. Vol. 4-5: Université Montpellier. Faculté de droit civil, 1 ère anée de droit. (L1). 2009-2010. Disponível em:
«<http://www.lexcellis-avocats.fr/pages/cours-de-droit-civil-les-personnes-la-famille-vol-4-5-2658088.html>». Acesso em: 28.mar.2014.

DEL PRIORE, Mary. *Histórias e conversas de mulher*. 1 ed. São Paulo: Planeta, 2013.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das famílias*. 9 ed. Rev., atual., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. 5. Direito de família*. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DOLINGER, Jacob. *A Ordem Pública Internacional brasileira em frente aos casamentos homossexuais e poligâmicos*. In: *Família e jurisdição II*. BASTOS, Eliane Ferreira; FERNANDEDES DA LUZ, Antônio.(coords.). Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DOMINGOS, Sérgio. A família como direito fundamental da criança. In: *Família e jurisdição II*. BASTOS, Eliane Ferreira; FERNANDEDES DA LUZ, Antônio.(coords.). Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DOMINGUES, José Maurício. *A América Latina e a modernidade contemporânea: uma interpretação sociológica*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes. 2000.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. 9ed. Trad. Leandro Konder. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira SA, 1984.

ESPANHA, *Constituição Espanhola*. 1978. Disponível em: «<http://autodesarrollate.blogspot.pt/2013/05/constituicao-espanhola-de-1978.html>». Acesso em: 21. Ago. 2014.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família, elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro*. 2ed. Porto Alegre: Renovar, 2003.

_____. Família. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Um país sem jurisprudência. In: *Revista brasileira de direito de família*. Ed. 11. Maio 2014.

FERRARINI, Letícia. Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos: pedaços da realidade em busca da

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 26ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERREIRA, Jussara; RORHMANN, Konstanze. As famílias pluriparentais ou mosaico. In: *Família e dignidade humana*. Anais do V Congresso Brasileiro de direito de família.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). São Paulo: IOB Thomson, 2006.

FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima. Monoparentalidade e biodireito. In: *Afeto, família e ética e o novo código civil*. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Belo horizonte: Del Rey, 2004

FREYRE, Gilberto. *Casa Grande e senzala: formação da família brasileira sob o regime patriarcal*. 48ed. São Paulo: Global 2003

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 11ed. Revista e atualizada por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense Editora, 1999

GUERRA, Paulo. Os novos rumos do direito de família, das crianças e dos jovens. In: *Revista do cej*. 1º semestre, 2007, n. 6.

HAARSCHER, Guy. *Filosofia dos direitos do homem*. Trad. Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 1993.

HERRERA, Marisa. Filiación, adopción y distintas estructuras familiares en los albores del siglo XXI. In: *Família e jurisdição II*. BASTOS, Eliane Ferreira; FERNANDEZ DA LUZ, Antônio.(coords.). Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

HERRING, Jonathan; PROBERT, Rebecca; GILMORE, Stephen. *Great debates family law*. United states: Palgrave Macmillan, 2012.

HESSE, Konrad. *Elementos do Direito Constitucional da Alemanha*. 20 ed. Trad. Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1998.

HIRONAKA, Giselda. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu *status* e seu enquadramento na pós-modernidade. In: BASTOS, Eliene Ferreira; DIAS, Maria Berenice (coord.). *A família além dos mitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. *Morrer e suceder*. Passado e presente da transmissão sucessória concorrente. São Paulo: Versão da autora, 2010.

HOBBS, T. *Leviatã*. Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. Minidicionário da língua portuguesa. Disponível em: <<http://www.dicionariodoaurelio.com/>>. Acesso em: 25.jun.14.

HOWE, Tasha R. *Marriages and families in the 21st century: a bioecological approach*. Uk: Wiley-Blackwell, 2012.

ITÁLIA. *Constituição Italiana*. 1947. Disponível em:

«[JANET, Paulo. *A família: lições de filosofia moral*. 3ed. Porto: Typographia de António José da Silva Teixeira, 1865](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=3&sqi=2&ved=0CCoQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.educazioneadulti.brescia.it%2Fcertifica%2Fmateriali%2F6.Documenti_di_riferimento%2FLa%2520Costituzione%2520in%252015%2520lingue%2520(a%2520cura%2520della%2520Provincia%2520di%2520Milano)%2FCostituzioneItaliana-Portoghese.pdf&ei=xfE6VIDhOtPtaOG3gJAG&usg=AFQjCNEeTyP9QC4jvBhxrnkqpnCNqQXu5w»». Acesso em: 21. Ago. 2014.</p>
</div>
<div data-bbox=)

JAYME, Erick. Pós-modernismo e o direito da família. In: *Boletim da Faculdade de Direito*. Vol. LXXVIII, Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. A caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista Trimestral de direito civil*. N. 9, Jan/mar 2002.

JUSTO, Santo. Direito Privado Romano – IV, In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Abril cultural. 1980.

_____. *Metafísica dos costumes*. São Paulo: Abril cultural, 1980.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012

_____. *A concepção da união estável como ato-fato jurídico e suas repercussões processuais*. Disponível em: «www.ibdfam.org.br». Acesso em: 28.mar.2014.

_____. *Direito civil: famílias*. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Entidades familiares constitucionalizadas: para além de *numerus clausus*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e cidadania. O novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. Entidades familiares constitucionalizadas: para além de *numerus clausus*.

Disponível em:

«[PB.pdf&ei=pCYPVPuTAsWWauz2gcgL&usg=AFQjCNH5GqKKM-](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&sqi=2&ved=0CCYQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.egov.ufsc.br%2Fportal%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fanexos%2F9408-9407-1-PB.pdf&ei=pCYPVPuTAsWWauz2gcgL&usg=AFQjCNH5GqKKM-byilvk5qt6jGw9rvJIgg&sig2=84MJdVHeCpbYX3leN-w2rg&bvm=bv.74649129,d.bGQ»</p>
</div>
<div data-bbox=)

byilvk5qt6jGw9rvJIgg&sig2=84MJdVHeCpbYX3leN-w2rg&bvm=bv.74649129,d.bGQ»

Acesso em: 15 Ago. 2014.

_____. Família e conflito de direitos fundamentais. In: *Lex familiae – Revista portuguesa de direito de família*. Ano 8. N. 16, Jul/Dez 2011, Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

LOCKE, John. *Traité du gouvernement civil*. Paris, Garnier- Flammarion, 1984.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. 2ed. Barcelona: Ariel, 1970.

LOPEZ-MUÑIZ, José Luis Martinez. La familia en la Constitución española. In: *Revista española de Derecho Constitucional*. n. 58. Año 20. Enero/Abril 2000.

MAISANI Pauline; WIENER, Florence. Réflexion autour de la conception post-moderne du droit. In: *Droit et Société*, n. 27, 1994.

MANRIQUE, Ricardo. Nuevas formas familiares- demografía y derecho de família. In: BASTOS, Eliene Ferreira; DIAS, Maria Berenice (coord.). *A família além dos mitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. “Novas” entidades familiares e seus efeitos jurídicos. In: *Família e solidariedade: teoria e prática no direito de família*. PEREIRA, Rodrigo da cunha (Coord). Rio de Janeiro: IBDFAM- Lumen Juris, 2008.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18 ed. Edição Revista Forense. Rio de Janeiro. 1999.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional TOMO I. 10ed.* Coimbra: Coimbra Editora. 2014.

_____. *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV.* Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

_____. *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 5 ed.* Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

MORAES, Maria Celina B. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.* 2ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

NAVARRO, Moliner. El matrimonio de personas del mismo sexo en el derecho comparado. In: ALVENTOSA DEL RIO, J. *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo.* Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de derecho judicial XXVI, 2005.

NEPOMUCENO E CYSNE, Renata. Os laços afetivos como valor jurídico: na questão da paternidade socioafetiva. In: *Família e Jurisdição II.* BASTOS, Eliane; FERNANDES DA LUZ, Antônio. (coords.). Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

NEVES, Castanheira A. A metodologia jurídica: problemas fundamentais. In: *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, 1993.

_____. Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema. In: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LVIII, Coimbra, 1982.

OKIN, Susan Moller. Gênero, o público e o privado. *Revista de estudos feministas.* Florianópolis.16(2): p. 307, maio-agosto/2008.

OLIVEIRA, Guilherme. “Queremos amar-nos...mas não sabemos como!”. In: *Revista de Legislação e de Jurisprudência.* 133º ano – 2000-2001. n.ºs 3910-3921. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

_____. *Temas de direito da família.* 2 ed. Portugal: Coimbra Editora, 2001,

_____. Transformações do direito de família. In: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977.* Coimbra: Coimbra Editora. 2004

ONU. Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento. 1986.

PAGOTTO, Aldo. Da Poligamia. *Jornal Correio da Paraíba*. Paraíba. Domingo, 09 de Fevereiro de 2014. A9.

PAVANI, Roney Marcos. Um liberalismo às avessas: o pensamento político espanhol no século XIX. *Revista Ágora*, Vitória, n. 10, 2009, p. 4-5. Disponível em: «[PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Código civil da família anotado*. Curitiba: Juruá, 2009.](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=15&ved=0CGcQFjAO&url=http%3A%2F%2Fperiodicos.ufes.br%2Fagora%2Farticle%2FviewFile%2F1942%2F1454&ei=iHTrU6TILsen0QWO3IGADQ&usg=AFQjCNE5haXtmwrSs4dOFeZOVLn6UYYoxQ&sig2=Gbp26O1DtFqa5mWha_FJRA»». Acesso em: 13. Ago. 2014.</p></div><div data-bbox=)

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PIANOVISKI RUZIK, Carlos Eduardo. *Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PINHEIRO, Jorge Duarte. *Estudos em memória do prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*. Direito Privado, Processual e Criminal. Vol II. ARAÚJO Fernando; GAMA, João Taborda da.; OTERO, Paulo. (orgs). Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4ed. Por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora: 2012.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. 1976. Disponível em: «[_____. *Código Civil português*, 1966. Decreto- Lei nº 47.344/1966. Disponível em: «](http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx.»» Acesso em: 21. Ago. 2014.</p></div><div data-bbox=)

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando Fundamentos do direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RENAUT, Marie Hélène. *Histoire du droit de la famille*. 2^e édition. Paris: Ellipses Édition. 2012

ROSPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de derecho de família: la nueva teoría institucional y jurídica de la familia. TOMO I*. Lima: Gaceta jurídica: 2013

SANTOS, Victor Macedo. Da família às famílias. In: *Entre Aspas: revista da Unicorp / Tribunal de Justiça do Estado da Bahia – ano.1, n.1, abr.2011 – Salvador: Universidade Corporativa do TJBA, 2011, p. 136 – 160.*

SARLET, Ingo. *Dignidade da Pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: 2006.

SARMENTO, Daniel. *Filosofia e Teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. O neoconstitucionalismo no Brasil. In: *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SIERRA, Vânia Morales. *Família: teorias e debates*. São Paulo: Saraiva, 2011

SOUZA, Sylvio Capanema de. *O Código de Napoleão e sua influência no Direito Brasileiro*. Revista da EMERJ, v.7, n. 26, 2004.

STOLZE GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume 6: Direito de família – as famílias em perspectiva constitucional*. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva: 2013.

TALLON, Hélène Gaudemet. *La Désunion du couple en droit international privé. Recueil des cours, 226 (1991)*

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2011

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. São Paulo: Itatiaia; Edusp, 1987

URBANO, Maria Benedita. Curso de justiça constitucional. Evolução histórica e modelos de controlo da constitucionalidade. Coimbra: Almedina, 2012.

_____. Interpretação conforme a Constituição e activismo judicial: associação lógica ou activismo interpretativo? In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. N. VII, 2010.

_____. The law of judges: attempting against Montesquieu's legacy or a new configuration for an old principle? In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. 6 ed. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2008

VILLELA, João Baptista. *Repensando o direito de família*. Disponível em:

«http://www.jfgontijo.adv.br/2008/artigos_pdf/Joao_Baptista_Villela/RepensandoDireito.pdf»
» Acesso em: 02.abr. 2014.

WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológicas e socioafetivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos Fundamentos de uma Teoria Geral dos “Novos”Direitos. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2003.

Sites visitados:

«<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2013/05/morte-de-gay-agredido-em-boate-no-rio-sera-investigada-como-homofobia.html>». Acesso em 10. Mar. 14

«<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/05/veja-quais-paises-ja-aprovaram-o-casamento-gay.html>». Acesso em 10. Mar.14

«http://www.dn.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content_id=2897380». Acesso em: 25.mar.2014.

«globoinvestor.globo.com/Globoinvestor/0,19125,VGC0-2703-16395-4-265921,00». Acesso em: 31.mar.2014.

«<http://www.cmjornal.xl.pt/noticia.aspx?channelid=00000010-0000-0000-0000-000000000010&contentid=E6EB2B24-6519-4846-84C4-5AE33A63E049>». Acesso em: 31.mar.2014.

«<http://noticias.terra.com.br/mundo/europa/franceses-e-italianos-sao-campeoes-europeus-da-infidelidade,31c5ebd04c964410VgnCLD2000000ec6eb0aRCRD.html>». Acesso em: 31.mar.2014.

«<http://www.ibdfam.org.br/noticias/4862/novosite>». Acesso em: 01.Abr. 2014.

«<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/31162/eua+sao+pais+com+maior+numero+de+imigrantes+mostra+estudo+da+onu.shtml>». Acesso em: 10.set.2014.

«<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>». Acesso em: 15 Ago. 2014

«acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf». Acesso em: 6. Set. 2014.

«<http://www.ibdfam.org.br/noticias/4862/novosite>». Acesso em: 6.set.2014.

«<http://ibdfam.org.br/jurisprudencia/2640/Adoção%20à%20brasileira.%20Laços%20de%20afeto%20e%20solidariedade.%20Relação%20de%20amor%20e%20confiança.%20Melhor%20interesse%20da%20criança>». Acesso em: 7.Ago.2014.

«<http://ibdfam.org.br/jurisprudencia/2675/Fam%C3%ADlia.%20Rela%C3%A7%C3%B5es%20de%20parentesco.%20Negat%C3%B3ria%20de%20paternidade.%20Ato%20de%20reconhecimento%20irrevog%C3%A1vel.%20Socioafetividade>». Acesso em: 7.Ago.2014.

«https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1067604&sReg=200901937019&sData=20120510&formato=PDF». Acesso em: 7 Ago. 2014.

«https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=14828610&sReg=200901937019&sData=20120510&sTipo=51&formato=PDF». Acesso em 7 Ago. 2014.

«https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=595269&sReg=200500854643&sData=20060327&formato=PDF». Acesso em: 7. Ago. 2014.

«<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/juiz-de-recife-registra-crianca-em-nome-de-pai-mae-e-madrasta>». Acesso em: 15.jun.13.

«<http://oglobo.globo.com/sociedade/justica-autoriza-registro-de-nascimento-com-duas-maes-um-pai-seis-avos-13925839#>». Acesso em: 14. Set. 2014.

«www.blogdotarso.com/2011/05/08/decisao-do-stf-sobre-uniao-homoafetiva-lenio-streck-e-juiz-de-sp-divergem». Acesso em: 25. Jul. 14.

«<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5353/Div%C3%B3rcio+pode+acontecer+mesmo+sem+c+onsentimento+de+um+dos+c%C3%B4njuges>». Acesso em: 25.jul.2014.

«<http://opinio.estadao.com.br/noticias/geral,destruicao-da-familia-projetada-em-lei-imp-,1119882>». Acesso em: 26.mai.2014.

«http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=115242». Acesso em: 27.ago.2014.

«<http://www.analiatorres.com/pdf/Familiasnocontextoeuropeu.pdf>». Acesso em: 27. Mar.2014. Acesso em: 25.jul.2014.