

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

AS VÁRIAS CONCEPÇÕES DE FAMÍLIA BASEADAS NO AFETO

Monike Gomes da Gama

Presidente Prudente/SP
2016

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

AS VÁRIAS CONCEPÇÕES DE FAMÍLIA BASEADAS NO AFETO

Monike Gomes da Gama

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Márcio Ricardo da Silva Zago.

Presidente Prudente/SP
2016

AS VÁRIAS CONCEPÇÕES DE FAMÍLIA BASEADAS NO AFETO

Trabalho Monografia aprovado
como requisito parcial para
obtenção do Grau de Bacharel
em Direito.

Márcio Ricardo da Silva Zago
(orientador)

Ana Laura Martelli Theodoro
(examinadora)

Fernando Batistuzo Gurgel Martins
(examinador)

Presidente Prudente, 04 de novembro de 2016.

Um dia um professor falou que a vida de estudante nem sempre é fácil, e que haverá momentos que teremos vontade de desistir de tudo. Então, aconselhou que para termos forças de sempre seguir em frente é sempre bom termos um motivo maior, algo que nos faça querer levantar todos os dias e dizer: vou continuar por você.

Dedico, então, a minha monografia aos meus três motivos: minha mãe, minha sobrinha *Maria* e minha afilhada *Manuela*. Com muito amor!

*Não tenha pena dos mortos Harry. Tenha pena dos vivos,
e acima de tudo daqueles que vivem sem amor.*

(J.K. Rowling)

"As coisas não caem do céu. É preciso ir buscá-las. Correr atrás, mergulhar fundo, voar alto. Muitas vezes, será necessário voltar ao ponto de partida e começar tudo de novo. As coisas, eu repito, não caem do céu. Mas quando, após haverem empenhado cérebro, nervos e coração, chegarem à vitória final, saboreiem o sucesso gota a gota. Sem medo, sem culpa e em paz. É uma delícia. Sem esquecer, no entanto, que ninguém é bom demais. Que ninguém é bom sozinho. E que, no fundo no fundo, por paradoxal que pareça, as coisas caem mesmo é do céu, e é preciso agradecer".

(Ministro Luís Roberto Barroso)

AGRADECIMENTOS

Acima de tudo agradeço a Deus, pois graças a Ele, cheguei até aqui, sem Ele ao meu lado eu não seria nada.

À minha família, primeiramente, agradeço a minha mãe, *Maria Helena*, se cheguei onde estou foi graças a todo seu esforço, sua garra, sua fé em Deus. Foi ela quem me ensinou a ser forte, persistente, e me mostrou que por mais que a vida esteja difícil conseguiremos sobreviver, que jamais podemos desistir. Sempre mostrou o caminho certo a seguir, confiou em mim, me ensinou a respeitar, ter paciência, não perder as esperanças, enfim, tudo o que eu sei e tudo o que eu sou devo a ela. Obrigada por sempre estar ao meu lado, por tudo, espero um dia compensar todo seu esforço, e que no futuro eu me torne ao menos metade da mulher que você é, te amo!

Agradeço também a minha *Tia Rosângela*, que durante toda a minha vida esteve ao meu lado me apoiando, ajudando a minha mãe, sendo uma verdadeira tia, independentemente de qualquer laço sanguíneo, obrigada por eu poder sempre contar com você, amo você!

Às minhas irmãs *Michelly* e *Letícia* (minha irmã de coração), mães das minhas princesas *Maria* e *Manuela*, que me apoiaram durante essa jornada (principalmente mandando fotos, áudios das minhas princesas, para suprimir um pouquinho da saudade), sempre me incentivando a não desistir, e sobretudo acreditando em mim, confiando na minha capacidade, e acima de tudo tendo paciência comigo. Amo vocês!

Ao meu padrasto Emanuel, que me acolheu como filha, sem a ajuda dele eu não teria conseguido chegar até aqui.

Agradeço as minhas amigas, desde aquelas que estão comigo há um bom tempo, até aquelas que Deus me presenteou durante a essa jornada na faculdade (meus presentinhos de todas as manhãs), obrigada pela força que vocês têm me dado, pelo companheirismo, paciência, vocês tornam tudo mais fácil de um jeito muito bonito. Obrigada pela amizade.

Com já diz a música "*todo bom começo, tem um bom professor*", dessa forma, não poderia deixar de agradecer aos responsáveis por todo o conhecimento acadêmico que eu tenho, a todos os meus professores, em especial:

Ao meu orientador *Márcio Zago*, que desde o segundo ano da faculdade eu tenho tido a graça de tê-lo como mestre. Meu muitíssimo obrigada por ter aceitado em ser meu orientador, obrigada por toda a paciência, atenção, sinceridade, por compartilhar o seu conhecimento me auxiliando em toda a construção deste trabalho. Foi uma honra em tê-lo como orientador e professor.

A professora *Ana Laura*, a professora mais meiga do mundo, minha primeira professora mulher no curso de Direito, um exemplo de profissional, que fabulosamente ministra as aulas da matéria que para mim é a matemática do Direito. Muito obrigada por toda atenção, carinho durante as aulas, e principalmente, obrigada pela disponibilidade a apreciar este trabalho.

Ao professor *Fernando Batistuzo*, meu querido professor do segundo ano, que magnificamente, com toda simplicidade ministrou as aulas de Direito do Trabalho, é até difícil expressar tamanha gratidão que eu tenho. Obrigada por toda confiança, incentivo, carinho, por acreditar no meu potencial, não poderia esquecer, pela oportunidade de estágio que a mim foi oferecida, e pela disponibilidade de apreciar o meu trabalho. Todos esses seus atos me incentivaram a confiar mais em mim, a acreditar que realmente estou no caminho certo. Muitíssimo obrigada!

Enfim, muito obrigada a todos que de alguma forma contribuíram, serei eternamente grata!

RESUMO

A família, assim como o direito, não é estática. Sua concepção ao longo dos tempos sofreu diversas e profundas modificações. Desde a sua origem foi passando por várias etapas, verificando que, como acontece com tudo, o fato família surgiu antes da sua regulamentação pelo Direito. Ao ser normatizada, sofreu influências intensas da religião que até hoje, embora de maneira mitigada, está enraizada na concepção que temos de família, sendo um dos obstáculos para que possamos encaixar no conceito de família todas as modalidades existentes em nosso país, garantindo assim, a todos a concretização e valoração do princípio da dignidade da pessoa humana. Não há como negar que houve uma verdadeira revolução no instituto família, o seu núcleo foi alterado, gerando uma nova concepção de família e como consequência toda sua estrutura também foi alterada, ganhando nova essência, resultando na criação de diversos arranjos familiares, que evidentemente necessitam de efetiva tutela jurídica assim como o matrimônio. O grande desafio é demonstrar que não há impedimentos legais para atribuição de efeitos jurídicos a todas as formas de família, assim como a necessidade da tutela Estatal, pois a constituição de cada entidade familiar irradia efeitos jurídicos em todas as áreas do Direito, necessitando assim, para evitar injustiças e preservar a segurança jurídica, de efetiva tutela estatal, com a devida observância de todos os princípios constitucionais que a norteia.

Palavras-chave: Família. Patriarcalismo. Evolução. Afeto. Religião.

ABSTRACT

The family, as the law is not static. His design over the years and has undergone several major changes. Since its inception has been going through various stages, checking that, as with everything, the fact that family came before regulation by the law. When normalized, he suffered intense influences of religion that even today, although in a mitigated way, is rooted in the conception we have of family, being one of the obstacles so that we can fit into the concept of the family all existing arrangements in our country, thus ensuring, all the implementation and evaluation of the principle of human dignity. There is no denying that there was a real revolution in the family institute, its core has changed, creating a new family of design and as a consequence its structure was also changed, taking on a new core, resulting in the creation of several family arrangements, which obviously need effective legal protection as well as marriage. The challenge is to demonstrate that there are no legal impediments to granting legal effect to all forms of family, and the need of State protection, because the constitution of each family unit radiates legal effects in all areas of law, thus requiring, to prevent injustice and preserve the legal certainty of effective state protection, with due observance of all constitutional principles that guides.

Keywords: Family. Patriarchy. Evolution. Affection. Religion.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família

ADFAS - Associação de Direito da Família e das Sucessões

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CID – Código Internacional das Doenças

PL – Projeto de Lei

RE – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 DELINEAMENTOS HISTÓRICOS DO DIREITO DAS FAMÍLIAS	14
2.1 O Conceito De Família	14
2.1.1 Projetos de Lei nº 6.583/2013 nº 470/2013	17
2.1.2. Direito das famílias	18
2.2 A Origem da Família e Suas Evoluções	19
2.2.1 A família primitiva	19
2.2.1.1 Teoria do estado primitivo da promiscuidade de L.H. Morgan	20
2.2.2 A família greco-romana	23
2.2.3 A família no direito canônico	27
2.2.4 A família pós direito canônico.....	28
2.3 Evolução Histórica da Família no Brasil	30
2.3.1 O tratamento jurídico da família nas Constituições do Brasil e nas legislações esparsas	30
2.3.2 A família na Constituição de 1988	34
2.4 As Famílias Contemporâneas	36
3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DAS FAMÍLIAS	39
3.1 Da Dignidade da Pessoa Humana	41
3.2 Da Liberdade	44
3.3 Da Igualdade e Respeito à Diferença.....	45
3.4 Da Solidariedade Familiar	47
3.5 Do Pluralismo da Entidade Familiar	48
3.6 Da Proteção Integral a Crianças, Adolescentes, Jovens e Idosos	49
3.7 Da Proibição do Retrocesso Social	50
3.8 Da Afetividade	51
3.8.1 O valor jurídico do afeto	54
4 MODALIDADES DE FAMÍLIA EXISTENTES NO BRASIL	56
4.1 Considerações Iniciais.....	56
4.2 Família Homoafetiva	59
4.3 Família Matrimonial	62
4.4 União Estável	65
4.5. Família Monoparental.....	69
4.6 Família Parental e Anaparental	70
4.7 Família Mosaico ou Família Reconstituída.....	72
4.8 Família Poliafetiva	73
4.9 Famílias Paralelas ou Simultâneas	74
4.10 Família Unipessoal ou Single	76
4.11 Outras Modalidades de Família.....	77
5 IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DO RECONHECIMENTO DA FAMÍLIA PLURAL ...	79
5.1 Impenhorabilidade do Bem de Família	80
5.1.1. Aspectos gerais sobre a impenhorabilidade do bem de família	81
5.1.2 Aplicação.....	84
5.2 Licença-Maternidade e Licença-Paternidade	87
5.2.1 Aspectos gerais a respeito da licença maternidade	87

5.2.2 Reflexos jurídicos consequentes da nova concepção de família	89
5.3 Filiação Socioafetiva e Multiparentalidade	93
5.4 Proposta para Adequação à Nova Realidade Social.....	98
6 CONCLUSÃO	100
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	103

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho teve como finalidade expor a evolução histórica, e a atual realidade de um dos institutos mais importantes regulamentado pelo Direito: a família, e demonstrar as suas implicações jurídicas.

A análise histórica de qualquer instituto é o ponto fundamental para que ele seja compreendido com extrema clareza, pois, só assim é possível saber quais foram os motivos ensejadores da sua criação, bem como os fatores que influenciaram a sua regulamentação. O estudo histórico da família se faz importante, pois só assim se torna possível a compreensão de todos os seus institutos e o motivo pelo qual são empregados determinados tratamentos jurídicos nos dias de hoje.

Ante a importância que atualmente os princípios jurídicos ensejam no ordenamento se fez necessário o levantamento dos princípios constitucionais que norteiam o direito das famílias moderno.

Na atualidade é notória a existência de várias formas de instituição familiar diversas daquela que durante séculos foi considerada como única modalidade de família existente. E essa mudança incide diretamente no campo jurídico, pois nossa legislação atual não abarca, explicitamente, todas as formas de entidades familiares encontradas, e ainda, há muitos que se recusam a reconhecer essa nova realidade social, alegando que para constituir uma família é necessário se enquadrar numa determinada estrutura, composta pelo pai, mãe e filhos.

Isto posto, foi de grande relevo o estudo individual de cada modalidade de família existente no ordenamento jurídico, para demonstrar se elas se adequam ou não ao que se entende, atualmente, como sendo família.

Não apenas isso, tal estudo se fez necessário para a demonstração das implicações jurídicas que elas acarretam, assim como as consequências da não regulamentação. Por esse motivo, também foram levantadas as implicações jurídicas que essa nova visão de família proporciona no ordenamento jurídico.

Ante o exposto que surgiu a pertinência da criação do presente trabalho, para que, através da análise histórica, principiológica, o estudo individual de cada formato de família e algumas implicações jurídicas que ela proporciona, fosse possível compreender não somente o que se entende por família nos dias atuais, mas também, para abrir os olhos de todos à nova realidade social, e a necessidade de tutela efetiva, isonômica, garantida a todas as modalidades de família.

O método utilizado foi dedutivo, ou seja, o trabalho teve como premissa inicial uma análise geral sobre a família, como era definida desde a sua existência, os aspectos históricos e qual é a atual definição. Partindo então para as premissas básicas, como os princípios que a norteia, as diversas modalidades de família existentes, e então, no final, foi definido algumas implicações jurídicas decorrentes dessa nova concepção de família.

2 DELINEAMENTOS HISTÓRICOS DO DIREITO DAS FAMÍLIAS

2.1 O Conceito De Família

Segundo consta na obra de José Carlos Teixeira Giorgis “Direito de Família Contemporâneo”,¹ a palavra família vem do latim *famulus*, *famulia* ou também *famel*, a qual era utilizada pelos oscos, povo que habitava a Itália, formado por grupos de pessoas obedientes ao patriarca.

Não há unanimidade quanto à definição da terminologia “*família*”. O principal fator que implicou para a existência dessa divergência de conceitos, é que, a família se modifica conforme a sociedade evolui. Como já dizia Morgan (1877), apud Engels:

A família é elemento ativo; nunca permanece estacionária, mas passa de uma forma inferior a uma forma superior, à medida que a sociedade evolui de um grau mais baixo para outro mais elevado. Os sistemas de parentesco, ao contrário, são passivos, só depois de longos intervalos registram os progressos feitos pela família; não sofrem modificação senão quando a família já se mudou radicalmente.²

Por muito tempo a família foi conceituada como uma união hierarquizada, entre um homem e uma mulher, estritamente patriarcal, com a finalidade de procriação, constituída pelo casamento sagrado.

Pontes de Miranda considerava como família apenas “o critério pelo qual se estabelecem as relações entre os cônjuges e entre esses e os filhos”.³ Fortalecendo, ainda mais, a concepção da família formada apenas nas relações estabelecidas por meio do sagrado casamento.

Inicialmente, a família tinha como principal finalidade a procriação e, posteriormente, questões patrimoniais passaram a ter relação direta sob a sua formação.

No Brasil, com a separação do Estado da Igreja, a família era constituída através do casamento civil, sendo considerada ilegítima a união entre pessoas que

¹ GIORGIS, José Carlos Teixeira. **Direito de Família Contemporâneo**. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, 2010.

² ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 3 ed. São Paulo: Global, 1986, p. 65.

³ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito de Família**. 1ª edição. Campinas/SP: Bookseller, 2001, p. 61.

não fosse instituída pelo casamento, e até mesmo o casamento religioso não tinha efeitos civis, o qual recebia o nome de concubinato.

Todavia, alguns fatores contribuíram para que essa concepção de família fosse alterada. Especialmente, por efeito da revolução industrial, que levou a inserção da mulher no mercado de trabalho, e o intervencionismo estatal, que, entre outras modificações, passou a permitir o divórcio, quebrando então a sacralidade do casamento. Isso levou a sociedade a modificar e a aceitar, ainda que gradativamente, uma nova remodelagem da família.

Nas palavras de Morgan (1877), apud Engels (1986, p.124), “a família deve progredir na medida em que a sociedade progride⁴”. Logo, com a evolução da sociedade, não condiz mais a utilização do conceito até então empregado para a família, que há muito, está ultrapassado.

No Brasil, o evento principal que trouxe fundamentos para que, juridicamente, pois, socialmente já era ultrapassada essa aceção de família, ocorresse alteração da definição da família foi a promulgação da nossa atual Carta de Direitos em 1988. Esta, que passou a considerar a existência, não apenas da família constituída pela união matrimonial, mas também reconheceu a possibilidade da formação de entidades familiares, que conjuntamente com os princípios da dignidade da pessoa humana e liberdade, quebrou a imposição de um modelo único para formar uma família, ensejando na pluralidade de famílias.

Ao reconhecer a pluralidade de famílias, prevendo a ampla liberdade para a sua formação, a Constituição Federal de 1988 traz como alicerce dessa nova dinâmica de constituição da família: o afeto, tornando-se ele o principal elemento necessário para que se possa formar uma família. O doutrinador Paulo Luiz Neto Lôbo, denominou a institucionalização do afeto à formação da família como a repersonalização desse instituto, nos seguintes termos:

A família, convertendo-se em espaço de realização da afetividade humana, marca o deslocamento da função econômico-procracional para essa nova função. Esse fenômeno jurídico-social pode ser denominado tendência à repersonalização, valorizando-se os interesses da pessoa humana mais do que o patrimônio que detenham, nas relações de família.⁵

⁴ ENGELS, 1986. loc. cit.

⁵ LÔBO, Paulo Luiz Neto. **A repersonalização das relações de família**. in O Direito de Família e a Constituição de 1988 coordenado por Carlos Alberto Bittar. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 54.

Com a repersonalização da família, torna-se inadequada a utilização do que era tido como conceito da família, pois as finalidades procracional e patrimonial perderam forças nessa nova acepção da família.

Ademais, tornou-se mais difícil ainda conceituar a família, em razão principalmente da existência das entidades familiares e os princípios da liberdade e dignidade da pessoa humana que possibilitam a composição de inúmeras formas de família, não se limitando a instituída pelo casamento.

João Baptista Villela, durante entrevista em 1997, ao ser indagado sobre como é a família atual, respondeu:

“Se quiser brincar um pouco com as palavras, sem trair a verdade, pode-se dizer que a família é atualmente menos uma instituição *procreativa* do que uma instituição *recreativa*. O modelo que prevalece na cultura atual é o da concepção que a socióloga Andrée Michel chamou, com toda propriedade, de *eudemonista*. Ou seja, cada um busca na família sua própria realização, seu próprio bem-estar. Não se pretende dizer, com isso, que a procriação perdeu sentido ou valor. Ao contrário: Ganhou em importância e atenção, porque é algo que os parceiros de uma experiência afetiva buscam espontaneamente [...]. Ora todos sabem que mais se ama aquilo que se tem por livre opção do que aquilo que se recebe por determinismo ou por autoridade, seja está explícita ou difusa.⁶

Nesse sentido, demonstra-se que há quase 20 anos a concepção de família já era diversa daquela que por muito tempo foi conhecida com única forma de família, dessa forma, já naquela época, o conceito de família patriarcal, heterossexual, com finalidade procriativa já não era mais adequado.

Orlando Gomes, inicialmente, elenca três critérios para a definição de família: o critério sucessoral, o qual diz que a família se consubstancia no grupo formado pelos cônjuges e parentes próximos, um sucede o outro; o critério da legitimidade – que tem por base a união um homem e uma mulher através do matrimônio; e por fim o critério da autoridade que diz que família é o pequeno grupo de pessoa, unidas por laços de parentesco, subordinados a um mesmo senhor. Entretanto, Orlando Gomes, constatou que, esses critérios não eram suficientes para a conceituação da família, pois, todos possuem falhas, porém, diante das falhas de cada critério, chegou a uma definição, conceituando a família da seguinte forma “o grupo fechado de pessoas, composto dos genitores e filhos, e para limitados efeitos

⁶ VILLELA, João Baptista. **Família hoje**, in A nova família: problemas e perspectivas, org. Vicente Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 72.

outros parentes, unificados pela convivência e comunhão de afetos, em uma só e mesma economia, sob a mesma direção”.⁷ Todavia, esse conceito não abarca as famílias constituídas somente pelo casal, seja hétero ou homossexual, no qual não possuem desejo de ter filhos.

Maria Berenice Dias, afirma que quaisquer tentativas de conceituar esse instituto, diante das diversas modalidades de família que temos atualmente, incidiriam em um vício de lógica.⁸ Apesar disso, modernamente, a família pode ser enquadrada como a junção de pessoas fundada no amor, afeto, respeito e reciprocidade, que tem por destino a construção de uma vida em união.

Faz-se importante citar que recentemente, com a finalidade de se adequar na atual realidade, o significado da palavra *família* foi atualizado no dicionário Houaiss, sendo considerada família o “*núcleo social de pessoas unidas por laços afetivos, que geralmente compartilham o mesmo espaço e mantêm entre si uma relação solidária*”.⁹ Tal conceito se adequa perfeitamente a todas as modalidades existentes de famílias, e esta em consonância com todos os princípios instituídos na Constituição de 1988.

2.1.1 Projetos de Lei nº 6.583/2013 nº 470/2013

É de suma importância elaborar breves apontamentos a respeito dos projetos de lei nº 6.583/13 e nº 470/13, pois, o primeiro de forma direta e o segundo de forma indireta, buscam estabelecer um conceito para a família.

O projeto de lei nº 6.583/13, de autoria do deputado Anderson Ferreira, é denominado como Estatuto da *Família*, no singular. Busca estabelecer preceitos valorativos para o instituto família. Mas não apenas isso, em seu artigo 2º está previsto o que o autor deste projeto considera como família, possui os seguintes dizeres:

Art. 2º Para os fins desta Lei, define-se entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um **homem e uma mulher**, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. (*g.n.*)

⁷ GOMES, Orlando. **Direito de família**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.35.

⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 39.

⁹ DICIONÁRIO Houaiss reescreve o verbete "família". **G1 Globo**, 09 mai. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2016/05/dicionario-houaiss-reescreve-o-verbete-familia.html>> Acesso em: 13 ago 2016.

Este artigo possui flagrante inconstitucionalidade, pois fere os princípios norteadores da família, como a dignidade da pessoa humana, a liberdade, igualdade, entre outros. Admitir esse conceito de família é considerado um grande retrocesso, estando em total assimetria com as atuais decisões dos tribunais, nas quais, como exemplo, reconhecem como família, não somente a união entre o homem e mulher, mas também o casal homossexual, estando sempre como prevalência o afeto.

Já o projeto de lei nº 470/13, de origem do senado federal, tendo como origem uma proposta formulada por juristas que integram o IBDFAM, foi denominado como Estatuto das Famílias, no plural. Busca adaptar os institutos do direito das famílias a nova realidade familiar, englobando todas as modalidades existentes de famílias, e tratando-as com igualdade. Embora não traga explicitamente o conceito de família, implicitamente é visível que o afeto é a base para a formação de uma família, tal fato é visível, por exemplo, com a leitura do artigo 9º, o qual estabelece o parentesco também pela socioafetividade.

Qual Estatuto sairá vitorioso e entrará em vigor no nosso ordenamento não é possível saber. Todavia, o Estatuto da Família (PL nº 6.583/13) esta a um passo à frente do Estatuto das Famílias (PL nº 470/13), visto que no dia 24 de setembro de 2015 o conceito de família previsto no Estatuto da Família foi aprovado,¹⁰ diante de muitas discussões, pela Comissão Especial do Estatuto da Família, sendo certo afirmar que sua aprovação ensejará em grave violações a direitos humanos já conquistados, configurando grande retrocesso.

2.1.2. Direito das famílias

A terminologia “direito das famílias é utilizada, entre outras doutrinas, pela doutrinadora Maria Berenice Dias, assim como pela maioria dos membros do IBDFAM, a qual aduz que “a linguagem condiciona o pensamento, é necessário subtrair qualquer adjetivação ao substantivo família e simplesmente falar em famílias”,¹¹ pois, na atualidade não temos apenas uma modalidade de família, e sim, uma pluralidade de famílias, nos dizeres de Maria Berenice Dias: “deste modo a

¹⁰ CÂMARA aprova Estatuto da Família formada a partir da união de homem e mulher. **Câmara leg**, 08 out. 2015. Disponível em: <24 de setembro de 2015 o conceito de família previsto no Estatuto da Família foi aprovado >. Acesso em: 21 abr. 2016.

¹¹ DIAS, 2015, loc. cit.

expressão direito das famílias é a que melhor atende à necessidade de enlaçar, no seu âmbito de proteção, as famílias, todas elas, sem discriminação, tenha a formação que tiver”¹², em virtude deste motivo, evitar a exclusão de qualquer formação de família, será utilizada nessa trabalho a expressão direito das famílias.

2.2 A Origem da Família e Suas Evoluções

Os primeiros estudos históricos que buscavam demonstrar a origem da família explanam a existência de uma família bem diversa da qual existe nos dias atuais. Tais estudos demonstram que, inicialmente, surgiram grupos, e esses grupos foram chamados de famílias.

Para demonstrar o comportamento da sociedade primitiva, será objeto de estudo a teoria desenvolvida por L.H. Morgan, difundida por um de seus principais adeptos, Fredrich Engels, na sua obra *A Origem da Família da Propriedade Privada e do Estado*.

No mais, será pertinente mencionar também, os estudos realizados por Fustel de Coulanges, em seu livro *A Cidade Antiga*, no qual diz que tanto a família grega quanto a família romana tiveram como pilar a religião doméstica. De nada valia o critério sanguíneo para definir se integrava ou não a família, o que importava era se desfrutavam do mesmo culto sagrado. Tal teoria também será objeto de estudo, visto a sua importância para o entendimento da evolução da família.

Por fim, vale dizer que, as teorias que serão estudadas não se excluem, aparentemente, a teoria criada por Fustel de Coulanges se refere a um período posterior ao estudado por Morgan, sendo, portanto, continuidade da teoria da promiscuidade.

2.2.1 A família primitiva

Existem diversas teorias que buscam esclarecer o surgimento deste instituto, e não há como dizer qual delas é a mais segura a ser utilizada. Podemos citar a teoria da monogamia originária, que tem como principal idealizador Charles Darwin; teoria das uniões transitórias a qual defendia a ideia de que era necessária a

¹² DIAS, 2015, loc. cit.

vida conjunta do casal somente até o nascimento do filho, após esse evento, poderiam separar-se; por fim a teoria do estado primitivo da promiscuidade ou teoria evolucionista de L.H. Morgan, que tem por base a ideia de que num estado primitivo os homens pertenciam a todas as mulheres, assim como todas as mulheres pertenciam a todos os homens, é conhecido como estágio da promiscuidade, que defende que, até chegar à estrutura familiar monogâmica, a sociedade passou por diversos estágios,¹³ que serão estudados a seguir.

2.2.1.1 Teoria do estado primitivo da promiscuidade de L.H. Morgan

Embora, como supracitado, existem outras teorias que justificam a origem da família, a teoria do estado primitivo da promiscuidade tem uma visão antropológica evolucionista, sendo mais interessante e relevante o seu estudo para ter uma base sobre a origem da família.

Esta teoria tem como idealizador Lewis Henry Morgan, e como um dos principais adeptos Fredrich Engels.¹⁴

Muitos passaram a negar a existência desta teoria por motivo de vergonha, não aceitavam que a sociedade, num momento remoto, tenha se comportado de tal maneira. Diziam que não existem provas diretas que legitimam a existência dessa fase, logo ela seria inexistente.

Morgan, ao positivar essa teoria, a divide em três momentos principais: o estado selvagem, a barbárie e a civilização, dividindo cada uma das fases em: inferior, média e superior.¹⁵

Neste tópico, trataremos do estado da barbárie, embasado principalmente nos estudos realizados por Fredrich Engels, em A origem da família da propriedade privada e do Estado.

A respeito do estado selvagem não há dados tão relevantes a serem tratados sobre a família, ele é correspondente a Idade da Pedra.

¹³ NEGRI, Jefferson Fernandes. **A nova concepção de família:** (re) construção hermenêutica da norma do artigo 226 da Constituição Federal à luz da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais. Dissertação (Mestrado em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos [Direito]). Instituição Toledo de ensino de Bauru, 2006. p.

¹⁴ CANEVACCI, Massimo. **Dialética da família.** 2 ed. São Paulo: Brasiliense, 1982, p.19.

¹⁵ ENGELS, 1986, loc. cit.

Durante a barbárie é que ocorreram as principais evoluções das famílias. Período que foi caracterizado pela promiscuidade, onde existia tanto a poligamia por parte do homem, quanto à poliandria por parte da mulher. Neste período a família passou por quatro estágios de evolução: (a) família consanguínea; (b) família punaluana; (c) família sindiásmica; e (d) família monogâmica.¹⁶

A família consanguínea era caracterizada pelo matrimônio recíproco entre os membros da família, irmãos e irmãs são maridos e mulheres entre si.¹⁷ Predominava a promiscuidade.¹⁸

A família punaluana, conhecida como sistema americano de parentesco.¹⁹ É caracterizada pelo matrimônio por grupos. Diferente da família consanguínea, onde todos eram maridos e mulheres entre si, nesse estágio tinha a característica da comunidade recíproca de maridos e mulheres no ceio de determinado círculo familiar. Contudo, foram excluídos do matrimônio, a princípio, os irmãos carnais, por parte de mãe, e mais tarde os irmãos mais afastados das mulheres, da mesma forma com as irmãs dos maridos.²⁰ Para Morgan, esta evolução corresponde a um aperfeiçoamento das qualidades mentais e morais da espécie humana.²¹

As mulheres que tinham maridos nessa fase eram chamadas de punalua, que tem como significado “companheiro íntimo”. Dessa terminologia que as famílias desse estágio receberam o nome de punaluana.²²

Fato importante sobre este estágio é que, em razão do matrimônio por grupos, só era possível o reconhecimento da linhagem materna, já que as mulheres tinham diversos maridos, logo, não era possível detectar com segurança quem era o pai da criança. Foi então neste estágio reconhecido o direito materno, os filhos só

¹⁶ ENGELS, 1986, loc. cit.

¹⁷ CANEVACCI, 1982, loc. cit.

¹⁸ *Promiscuidade é um estado em que as relações sociais entre adultos não se encontram submetidas a nenhuma regra, a nenhuma limitação do número de parceiros, nem para um sexo, nem para o outro. É a poligamia (união de um homem e diversas mulheres) e a poliandria (união da mulher com diversos homens) em todo seu vigor. Tratado de direito de família – Eduardo de Oliveira Leite.

¹⁹ CANEVACCI, 1982, loc. cit..

²⁰ ENGELS, 1986, loc. cit.

²¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito de família: Origem e Evolução do Casamento**. Curitiba: Juruá, 1991, p. 29.

²² ENGELS, 1986, loc. cit.

eram herdeiros da mãe. Ante ao reconhecimento do direito materno, imperou nessa época o governo feminino.²³

A crescente proibição do casamento entre parentes consanguíneos levou à impossibilidade do matrimônio por grupos, momento no qual entra no terceiro estágio, onde foi formada a família sindiásmica, que significa união de família.²⁴ Durante essa fase ocorreram as principais evoluções da família primitiva.

Nesse estágio de evolução, conforme relata Engels,²⁵ já existia a monogamia por parte da mulher, esta que poderia apenas casar-se com um homem, sendo a traição por parte dela cruelmente punida. Já para o homem, a poligamia e a infidelidade eram direitos. Destarte, o casamento era facilmente dissolvido por ambas às partes, podendo, tanto o homem, quanto a mulher, após a sua dissolução, contrair novo casamento.

Interessante mencionar que, na América, o casamento era arranjado pela mãe, o casal se conheciam somente no momento do casamento. Além do que, na América do Sul, toda a responsabilidade pelos filhos era somente da mãe, nem a mãe, nem os filhos, possuíam direito de reclamar do pai. Tanto que, os filhos herdavam somente da mãe.²⁶

Mas, com a evolução desse estágio, foi se tornando possível, o que não era nos outros dois estágios, o reconhecimento da paternidade. Visto que, a partir do momento em que para a mulher o casamento se torna monogâmico, surge a possibilidade de identificar o verdadeiro pai. Como consequência disso, e também da crescente riqueza dos homens,²⁷ foi abolido o direito materno, dando início ao direito hereditário paterno.

O desmoronamento do direito materno, que ocorreu principalmente pela diferença do poder econômico do homem e da mulher, é marcado por Engels como sendo a derrota histórica do sexo feminino em todo o mundo.²⁸

A família sindiásmica chega então ao seu ápice, marcada pela família patriarcal, onde a mulher passa a ser um instrumento de reprodução e o homem se

²³ LEITE, 1991, loc. cit.

²⁴ ENGELS, 1986, loc. cit.

²⁵ ENGELS, 1986, loc. cit.

²⁶ ENGELS, 1986, loc. cit.

²⁷ *Eram os donos dos rebanhos, instrumentos de caça, sendo mais interessante então, em razão do maior poder econômico, terem herdeiros. ENGELS, 1986, loc. cit.

²⁸ ENGELS, 1986, loc. cit.

torna o chefe da família tendo, inclusive, direito sobre a vida de seus membros como garantia da fidelidade e paternidade. A união se fundava na comodidade e necessidade.²⁹

A família monogâmica, segundo relata Engels,³⁰ surgiu no momento em que houve a concentração de riquezas nas mãos do homem e então floresceu nele o desejo de transmitir essas riquezas aos seus filhos, excluindo os filhos de qualquer outro homem, fazendo-se necessário a monogamia por parte da mulher.

Diante disso, já se indagava Engels, que se desaparecessem as desigualdades econômicas entre os homens e as mulheres, a realidade mudaria?³¹

Fato interessante a se ponderar sobre esse estágio é que apesar da monogamia, assim como na família sindiásmica, a infidelidade era direito do homem. Mas ao contrário do estágio anterior, somente o homem poderia romper o matrimônio.³²

Nesta fase foram extintos praticamente todos os direitos que a mulher possuía, sendo ela, equiparada aos filhos.³³

Com a monogamia, surge o adultério, nascendo então, no Código de Napoleão, a previsão, em seu artigo 312 a presunção de que os filhos concebidos durante o matrimônio têm por pai o marido. Com o adultério, surge um novo elemento até então desconhecido na Idade Média – o amor sexual individual, o qual pressupunha reciprocidade, sendo então julgadas as relações não somente pela legitimidade ou ilegitimidade, mas também, se eram frutos de um amor recíproco.³⁴

2.2.2 A família greco-romana

No livro *A cidade Antiga*, Fustel de Coulanges relatou que a gênese da família, tanto na Grécia, quanto em Roma, deu-se através da religião. Nos primórdios, a religião era estritamente doméstica, onde cada lar possuía o seu deus, sua cerimônia religiosa, sendo que, esse deus, não podia ser cultuado por mais de uma família.

²⁹ ENGELS, 1986, loc. cit.

³⁰ ENGELS, 1986, loc. cit.

³¹ ENGELS, 1986, loc. cit.

³² ENGELS, 1986, loc. cit.

³³ LEITE, 1991, loc. cit.

³⁴ ENGELS, 1986, loc. cit.

Todos os direitos e deveres que eram aplicados na família, nessa época, foram instituídos através das crenças religiosas, não tiveram proveniência de um legislador.

O membro principal da família, não era como muitos imaginam, o pai, mas sim o deus doméstico, correspondia ao senhor do lar, todavia, o pai estava abaixo somente do deus sagrado. A mulher era considerada um ser inferior, ela jamais poderia ter um lar próprio, a mulher jamais governaria sobre sua vontade, sempre estaria subordinada a um membro masculino da família. A superioridade do homem sob a mulher não era devido à superioridade física, mas sim a crença religiosa, que colocava o homem como ser superior. Pois, se a mulher não se casasse conforme dita o rito sagrado, não se vinculando a religião alguma, não estaria subordinada ao poder do marido.³⁵

A palavra *paterfamilias* era aplicada a todo homem que não dependesse de outro, que tivesse autoridade sobre uma família e um domínio. Termo que era utilizado para referir-se ao pai da família. Por essa posição de superioridade ocupada, o pai, dentre outros direitos, tinha o direito de rejeitar o filho quando ele nascesse; em caso de divórcio os filhos pertenciam aos pais, a mães de nada tinham direito; tudo que era adquirido por algum membro da família pertencia ao pai. A justiça pública existia somente para o pai, que era responsável por todos os atos dos membros de sua família, sendo também o incumbido de impor a justiça dentro do seu lar, era o juiz do lar. O homem não conhecia outra sociedade que não fosse à família.³⁶

A família tinha como função preservar a religião, cultuar o fogo sagrado que ficava no centro do lar, e o principal, cultuar os entes já falecidos, ofertando-lhes oferendas para que alcançassem a eternidade.³⁷

Por esses motivos, o casamento era sagrado, tendo como finalidade principal a procriação, sendo admitido o divórcio somente diante da esterilidade da mulher. Porém, se o homem fosse estéril, não resultaria em divórcio, mas se era seu dever escolher um parente próximo para que concebesse um filho com sua esposa, sendo a criança considerada filho do marido.³⁸

³⁵ COULANGES, Fustel. **A cidade antiga**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 70.

³⁶ COULANGES, 2002, loc. cit.

³⁷ *Por esse motivo a propriedade era considerada sagrada.

³⁸ *Era dever dos homens da família cultuar os já falecidos da família, dando-lhes oferendas, como garantia de sua imortalidade. Um homem sem descendentes cai na desgraça, não seria imortal. Até por esse motivo, era proibido o celibato (COULANGES, 2002, p. 41).

Na Grécia, era permitida a adoção somente quando não havia descendentes na família, e então buscando evitar a extinção de seu culto religioso, ao homem cabia o direito de decidir pela adoção, mas, para isso, era necessária a emancipação do adotado, ou seja, ele precisava da liberdade da sua antiga religião. Já em Roma, era permitida a adoção, mesmo que houvesse descendentes na família.³⁹

A religião era transmitida apenas para os homens da família. Ao pai, que era considerado o sacerdote da família, era entregue o dever de transmitir aos filhos homens todos os rituais da sua religião, ensinar-lhes todas as orações e passagens, sendo vedado revela-los para estranhos.

Não havia a possibilidade de uma pessoa vincular-se a mais de uma família ou cultuar mais de um deus, que não o da sua família, em razão disso, às mulheres, não herdavam a religião da família do seu pai, cabendo-lhe o direito de apenas assistir os atos religiosos, pois, ao contrair matrimônio, passava a pertencer à família do marido. Desse modo, era necessário um rito especial para o casamento, primeiro, a mulher deveria emancipar-se, para então poder se casar.⁴⁰ Diziam nesse tempo, que a mulher nada transmitia, nem a vida nem a religião.⁴¹

O parentesco era por agnação,⁴² todos cultuavam o mesmo ancestral. O vínculo sanguíneo, de nada valia nessa época, o que definia mesmo o parentesco era o culto ao mesmo fogo sagrado.

Na lei das XII Tábuas, somente tinha direito à herança os parentes.

A herança não era apenas um direito, mas também um dever dos descendentes masculinos da família, já que era necessário dar continuidade ao culto da família. Contudo, somente o filho primogênito exercia poder diante dos bens, incumbindo-lhe o dever de dar prosseguimento ao culto religioso da sua família, sendo ele, para os seus irmãos, a autoridade, ele ocupa o lugar do pai. As mulheres não

³⁹ COULANGES, 2002, loc. cit.

⁴⁰ *O casamento era realizado em duas etapas, a primeira correspondia à desvinculação da religião do seu pai, e então a mulher dirigia-se a casa do marido onde sobreviria a segunda etapa: o casamento em si, que correspondia a um ritual para que ela se vinculasse a religião do marido, ato que ocorria dentro da residência do marido. Antes do início da realização desse ritual, a mulher era considerada um estranha, e por esse motivo, ao chegar a casa, o marido pegava a mulher no colo, para que ela não pisasse no solo sagrado de sua residência, e a conduzia até o fogo sagrado, onde se dava início ao casamento (COULANGES, 2002, p. 36/38).

⁴¹ COULANGES, 2002, loc. cit.

⁴² *Por linhagem masculina.

possuíam esse direito, pois, assim como a religião, ao contrair matrimônio deixavam de pertencer à família de seus pais, e passavam a pertencer exclusivamente à família do seu marido, não tendo mais qualquer vínculo com a família antiga. A religião vedava o direito de sucessão à mulher.⁴³

Em Roma, as Institutas de Justiniano indicam que, a mulher poderia partilhar da herança de seu pai, conjuntamente com seus irmãos, desde que fosse solteira. Contudo, não tinha qualquer liberdade para exercer o direito de propriedade sobre os bens, sempre era necessária, para qualquer ato, a autorização dos seus irmãos.⁴⁴

Se o pai tivesse filha única, com o intento de dar continuidade ao culto, e na busca da sua vida eterna, poderia ele adotar um homem para que se casasse com sua filha e então passasse a ser seu herdeiro. Todavia, se morresse sem ter realizado a adoção, a filha deveria se casar com o parente mais próximo. Caso, esse parente estivesse casado com outra pessoa, deveria divorciar-se e casar novamente com o parente. Tudo valia para perpetuação da religião.⁴⁵

Da mesma forma que não era possível pertencer a duas religiões, não havia a possibilidade de ser herdeiro de duas famílias. Nessa época era rigorosamente proibido o testamento.⁴⁶

Em virtude da necessidade que as famílias ricas vivenciaram de que pessoas que lhe prestassem serviços, passaram a contratar servos. Não obstante, como já dito, não era permitida a entrada e permanência de estranhos no lar sagrado, era necessário que o servo passe por um ritual semelhante ao do casamento e da adoção, e passava então fazer parte da religião, ser membro da família, contudo, na condição de escravo. Em razão disso, o servo perdia sua liberdade, não podendo desvincular-se da religião adquirida. Por efeito, despertou-se dentro da grande família, famílias menores subordinadas, chamada de clientela.⁴⁷ Em Roma, eram considerados membros da família por adoção. Mudança que corresponde à alteração do padrão inicial da família nesta época.⁴⁸

⁴³ COULANGES, 2002, loc. cit.

⁴⁴ COULANGES, 2002, loc. cit.

⁴⁵ COULANGES, 2002, loc. cit.

⁴⁶ COULANGES, 2002, loc. cit.

⁴⁷ COULANGES, 2002, loc. cit.

⁴⁸ COULANGES, 2002, loc. cit.

Com o enfraquecimento da religião doméstica, relata Coulanges,⁴⁹ ganha força o parentesco pelo nascimento.

Com o surgimento das cidades, o casamento, passa a ter não somente a função de não permitir a extinção da linhagem familiar, mas também busca a salvação da cidade.⁵⁰

2.2.3 A família no direito canônico

A família, segundo Eduardo de Oliveira Leite,⁵¹ não foi idealizada pela religião, mas ela a regulamentou. Seu impacto na família foi de tal dimensão que até hoje é verificado resquícios da forte influência da religião na estruturação da família.

O preceito pregado por Jesus Cristo na Bíblia era acima de tudo o amor ao próximo, em razão disso deveriam marido e mulher serem tratados de forma igualitária, quebrando a desigualdade que existia nessa relação. Contudo, seus discípulos pregaram o inverso, prevalecendo a desigualdade entre os cônjuges. Propagavam o preceito de que assim como o homem esta subordinado a Deus, a mulher esta subordinada ao homem.⁵² A família, durante o regime do direito canônico, era estritamente patriarcal.

A princípio, no direito canônico, o casamento era considerado algo repulsivo, sendo permitido somente para finalidade e necessidade de procriação, já que era vital para conservação e propagação da humanidade.⁵³

A lei sagrada vedava o casamento com os parentes mais próximos, incluindo cunhada ou madrasta, era possível o casamento somente com pessoas distanciadas de três ou quatro graus de parentesco.⁵⁴

Na legislação canônica, o adultério era tratado de forma diversa entre o homem e a mulher, se fosse esta que o tivesse praticado, era punida severamente, no entanto, se aquele praticasse o adultério, nenhuma punição seria atribuída.⁵⁵

⁴⁹ COULANGES, 2002, loc. cit.

⁵⁰ LEITE, 1991, loc. cit.

⁵¹ LEITE, 1991, loc. cit.

⁵² LEITE, 1991, loc. cit.

⁵³ LEITE, 1991, loc. cit.

⁵⁴ LEITE, 1991, loc. cit.

⁵⁵ LEITE, 1991, loc. cit.

No século XI, diante do apogeu religioso e o surgimento da escolástica,⁵⁶ o casamento, foi transformado em uma instituição sagrada, não mais considerado algo para os fracos. Mas ainda, tinha como escopo a procriação. Tinha caráter sacramental, e era função do marido, com certa colaboração da mulher, conduzir todos no caminho da salvação.⁵⁷

As mulheres eram consideradas seres fracos, e deviam se manter puras até o casamento. Não era permitido o concubinato, o incesto, através desses dados, sobreveio aos legisladores à criação dos impedimentos do casamento.⁵⁸ A única educação concebida fora do ceio familiar era comandada pela Igreja.⁵⁹

A família era instituída através da instituição sagrada do matrimônio.⁶⁰

Esse período foi marcado, por uma coisa jamais vista na história, a união de dois poderes contrastantes, a Igreja e o Estado. Mantiveram, através de suas leis, a ordem de todo o povo, levando-os sempre para o caminho da religião, para que buscassem Deus. Contudo, a tardia Idade Média, com o surgimento de mundo novo, a imagem de Deus foi substituída pela figura do homem, deixando assim, a religião de comandar as regras, todavia, é verificado ainda, mesmo com a laicização do Estado, grandes influencias da religião nos institutos normativos.⁶¹

2.2.4 A família pós direito canônico

Até o final da Idade Média, o casamento era um contrato firmado pelas famílias do casal, dependia muito dos interesses econômicos. No início da burguesia, começou a vigorar a liberdade de escolha, foi proclamado como direito do ser humano o matrimônio por amor, contudo era direito reservado somente a burguesia. Para eles, só era moral o matrimônio onde o amor persistia, sendo permitido o divórcio quando desaparecesse o afeto.⁶²

⁵⁶ *Buscava concepção unitária do mundo, em que a fé e a ciência, razão e revelação se liguem harmonicamente (LEITE, 1991, p.257/258).

⁵⁷ CAMPOS, Diogo Leite. **A nova família** in Direitos de família e do menor de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p.16.

⁵⁸ GOMES, 2000, loc. cit.

⁵⁹ LEITE, 1991, loc. cit.

⁶⁰ LEITE, 1991, loc. cit.

⁶¹ LEITE, 1991, loc. cit.

⁶² LEITE, 1991, loc. cit.

Com o advento do amor cavalheiresco, foi implantando um novo conceito de amor, na relação às mulheres passaram a ser mais valorizadas, atenuando, então, a cultura sexual rígida que vigorava naquela época.⁶³

Eduardo de Oliveira Leite, em sua obra supracitada, menciona que, “na produção *Sentenças*, de Pierre Lombard, foi pela primeira vez invocado como sendo suficiente para a justificação do casamento, o afeto conjugal”, sendo que sua existência não estava mais condicionada à finalidade de procriação, contudo, essa doutrina não teve muitos adeptos, não tendo continuidade. Não obstante, a obra *Suma Teológica* de São Tomás de Aquino, substituiu a de Lombard, mas não apenas isso, “renovou o ranço excessivo do rigorismo e pessimismo por uma moral sexual normal, adequada à condição humana”.⁶⁴

Foi permitido, nessa época, o concubinato, sendo diferenciado do casamento, pois neste havia a intenção da criação dos laços matrimoniais. Assim, como surgiu também, a possibilidade da separação de corpus, chamada de desquite, o qual dissolvia a sociedade conjugal, contudo, não havia a quebra do vínculo matrimonial.⁶⁵

Somente no início do século XIX, com a Revolução Francesa, sobreveio o modelo de família que muito se assemelha à família moderna, consoante doutrina de Orlando Gomes:

Somente sob influência da Escola do Direito Natural, altera-se profundamente a estrutura tradicional da família. Seu cunho patriarcal e sua finalidade política foram combatidos, proclamando-se a conveniência de organizá-la em bases igualitárias e de se privá-la de qualquer função política. Negou-se o caráter religioso do matrimônio e se pugnou pelo enfraquecimento da autoridade paterna. Os princípios dessa doutrina foram, em grande parte, acolhidos no Código de Napoleão. Mas o direito de família, sistematizado nesse monumento legislativo, funda-se ainda na autoridade paterna e no poder marital, na incapacidade e submissão da mulher, na igualdade dos filhos legítimos e na inferioridade da condição dos ilegítimos.⁶⁶

Outro fator que colaborou diretamente com a evolução da família, aproximando-se ainda mais da família moderna, foi a Revolução Industrial. Diante desse fato histórico, a necessidade por mão de obra se agrava tendo por solução a

⁶³ LEITE, 1991, loc. cit.

⁶⁴ LEITE, 1991, loc. cit.

⁶⁵ GOMES, 2001, loc. cit.

⁶⁶ GOMES, 2001, loc. cit.

inserção da mulher no mercado de trabalho, passando ela a também colaborar com a subsistência da família. Como efeito, há uma aproximação da família, tornando o vínculo afetivo mais resistente, conforme narra Maria Berenice Dias, *in verbis*:

A estrutura da família se alterou, tornou-se nuclear, restrita ao casal e a sua prole. Acabou a prevalência do seu caráter produtivo e reprodutivo. A família migrou do campo para as cidades e passou a conviver em espaços menores. Isso levou à aproximação dos seus membros, sendo mais prestigiado o vínculo afetivo que envolve seus integrantes. Surge a concepção da família formada por laços afetivos de carinho, de amor.⁶⁷

A modificações no comportamento da sociedade, a necessidade da inserção da mulher no mercado de trabalho, colaboraram para a evolução desse instituo e a institucionalização do afeto.

2.3 Evolução Histórica da Família no Brasil

Como nos demais sistemas estrangeiros, a concepção de família no Brasil, por influência religiosa e política de Portugal, seguia o sistema patriarcal. As ordenações submetiam a mulher ao poder marital, tanto que, não era dada a ela condição para realizar qualquer ato jurídico de forma autônoma, era sempre necessária a autorização do marido.⁶⁸

Nas primeiras Constituições do ordenamento brasileiro, não há significativas mudanças a respeito da família, somente com a promulgação da Constituição de 1988 é que houve uma significativa transformação ao tratamento jurídico familiar, por esse motivo será tratada em tópico apartado das demais.

2.3.1 O tratamento jurídico da família nas Constituições do Brasil e nas legislações esparsas

Na Constituição do Império, outorgada em 1824, não havia qualquer menção à família.

⁶⁷ DIAS, 2015, loc. cit.

⁶⁸ BITTAR, Carlos Alberto. **Novos Rumos do Direto de Família**. in O Direito de Família e a Constituição de 1988 coordenado por Carlos Alberto Bittar. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 14.

Em 1890, com o decreto nº 181 foi instituído o casamento civil e extinguido o poder marital. Passou a ser permitido a separação temporal e espiritual. Em decorrência desse fato, o decreto supracitado previa regras atinentes à guarda diante da separação dos pais.⁶⁹

Com o advento da Constituição Republicana (1891), há um único fato a ser mencionado, que se trata do artigo 72, § 4º, que determinava o reconhecimento somente o do casamento civil e impunha a sua gratuidade, isso em razão da separação do Estado e Igreja, o Estado se tornou laico, dessa forma, não era atribuído efeitos jurídicos a união de pessoas no casamento religioso. Sobre nada mais previa a respeito da família.

Em 1916, com inspiração no Código Francês, foi promulgado o Código Civil, com uma visão totalmente patriarcalista e intolerante. A família, em harmonia com este Código, se constituía somente através do casamento.

Na busca de proteção e incentivo a constituição do matrimônio, o Estado tratava de forma discriminatória, não concedendo direito algum, a todas as uniões de pessoas que não fossem seladas pelo matrimônio, assim como aos filhos decorrentes dessas relações, os quais eram considerados ilegítimos.⁷⁰

Nas palavras de Rosana Fachin:

A família do Código Civil de 1916 do começo do século era hierarquizada, patriarcal, matrimonializada e transpessoal, de forte conteúdo patrimonialista vez que colocava a instituição em primeiro plano: o indivíduo vivia para a manutenção e fortalecimento da instituição, que se caracterizava como núcleo de apropriação de bens nas classes abastadas.⁷¹

Apesar da visível desigualdade no tratamento jurídico entre o homem e a mulher, esta poderia trabalhar, desde que autorizada pelo seu cônjuge. Era garantido a ela direito aos rendimentos do seu salário, para então formar seu patrimônio pessoal, tinha liberdade para administrar as tarefas do lar e despesas relacionadas a economia doméstica, contudo, tinha a obrigação de auxiliar com o sustento e criação de seus filhos.⁷²

⁶⁹ BITTAR, 1989. loc. cit.

⁷⁰ BITTAR, 1989, loc. cit.

⁷¹ FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 8.

⁷² BITTAR, 1989, loc. cit.

Como principais pontos referentes ao tratamento da família no Código Civil de 1916 pode-se citar: (a) o casamento era indissolúvel; (b) a mulher era considerada relativamente capaz; (c) havia distinção entre o tratamento dos filhos, havendo impossibilidade no reconhecimento de filhos ilegítimos e adulterinos, entre outros.

Portanto, pode se dizer que durante a vigência do Código Civil de 1916, a família correspondia à união do homem e da mulher efetivada pelo casamento, de nada valia os vínculos afetivos, o qual, numa visão contemporânea, é a verdadeira razão que justifica a formação de uma família.

Com o transcorrer do tempo essa realidade foi se alterando, em 1934, sob o regime de uma nova Constituição, a família passou a ser tratada como um organismo social e jurídico.⁷³ Trazendo no seu corpo normativo um capítulo para tratar sobre a família, prevendo, pela primeira vez, a proteção especial do Estado a esse instituto, determinação que se perpetuou em todas as Constituições seguintes.

Esta Constituição determinava a constituição da família mediante instituição do casamento, este que, era indissolúvel, tendo a possibilidade, nos casos previstos em lei, do desquite ou anulação. Diferente do que dispunha a Constituição de 1891, possibilitou o reconhecimento também do casamento religioso, sendo imposto determinados requisitos para esse reconhecimento.

Um grande avanço foi o reconhecimento de todos os filhos naturais, previsto no artigo 147, com a seguinte redação: “O reconhecimento dos filhos naturais será isento de quaisquer selos ou emolumentos, e a herança, que lhes caiba, ficará sujeita, a impostos iguais aos que recaiam sobre a dos filhos legítimos”. Contudo, apesar do reconhecimento, os filhos havidos fora do casamento, ainda não eram tratados de forma igualitária em relação aos filhos considerados legítimos.

A Constituição Polaca, nome pelo qual é reconhecida a Constituição de 1937, também deu tratamento jurídico à família em um capítulo específico, assim como a Constituição antecedente. Trouxe, para o ordenamento duas inovações: transferiu para os pais o dever de educação integral de seus filhos, sendo o Estado um colaborador para a educação; e a equiparação dos filhos naturais aos filhos legítimos.

⁷³ BITTAR, 1989, loc. cit.

Em decorrência do disposto na Constituição sobre a proteção especial do Estado, em 1939 houve a criação da Comissão Nacional de Proteção à Família (decreto lei nº 764). Posteriormente, em 1941, o decreto-lei nº 3.200, denominado Lei de Proteção à Família, trouxe ao nosso ordenamento modificações relevantes, eliminando, parte da discriminação prevista no Código Civil de 1916.

Em 1946, tivemos a promulgação de uma nova Constituição, esta, em relação às outras, nada de novo traz ao tratamento jurídico da família. É ausente a respeito do tratamento equiparado entre filhos legítimos e os demais. Traz em seu artigo 164 a obrigação assistencial do Estado à maternidade, infância e adolescência.

É imprescindível a menção de outra novidade legislativa dessa época, que foi de extrema importância para este instituto, o Estatuto da Mulher Casada – lei nº 4.121 de 27 de agosto de 1962, tendo como principal alteração o tratamento da mulher como sujeito absolutamente capaz.⁷⁴

A respeito das Constituições de 1967 e 1969, vigente durante o regime ditatorial, não há muito que se falar. As duas mantiveram um capítulo tratando sobre a família. Durante sua vigência, foi aprovada a Lei do Divórcio – lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977, que derrubou um grande pilar que até então vigorava na família, a indissolubilidade, a partir dessa lei o casamento se tornou dissolúvel.

Em razão as modificações legislativas, verifica-se que a o tratamento jurídico dado a família foi ampliando a sua aplicação, não na sua totalidade, mas já alcançando melhor patamar do qual tinha no início da vigência do Código Civil de 1916, a família foi sendo vista mais como um fenômeno social. Os filhos ilegítimos e adulterinos passaram a ser reconhecidos, assim como as uniões concubinárias passaram a ser aceitas pelo ordenamento, não tendo mais um tratamento de exorbitante discriminação, mas ainda, como dito acima, não equiparado ao casamento. E por fim, a mulher passou a ser considerada absolutamente capaz, condição que nunca deveria ter sido diferente.

É importante ressaltar, que durante todo esse tempo, o adultério era considera um delito, previsto no artigo 240 do Código Penal.

⁷⁴ BITTAR, loc. cit.

2.3.2 A família na Constituição de 1988

A Carta de Direitos de 1988 inovou completamente o tratamento jurídico familiar, consagrando a constitucionalização do Direito das Famílias.

No artigo 226, traz em seu bojo, modificações que influíram diretamente na concepção e conceituação da família, ou mais adequado termo para essa nova fase: das famílias. Além do que, no caput, traz a família como base da sociedade, devendo o Estado uma proteção maior a este instituto. Contudo, a modificação mais relevante é a que institui os princípios da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana na formação familiar.

Com a instituição do princípio da igualdade, formalmente, não há mais distinções no tratamento do homem e mulher, assim, como passam a ser iguais perante a lei, todos os filhos, independentemente da sua origem são considerados filhos legítimos. Caiu por terra, todas as disposições que pregassem o contrário da nova realidade trazida pela Constituição de 1988, ou seja, aquelas que previam tratamentos desiguais entre os cônjuges e os filhos, a inferioridade da mulher em relação ao homem, o sistema patriarcal, ou que de qualquer forma violassem o princípio da igualdade.

Ao analisar o artigo 226 da Constituição Federal, é possível verificar que a terminologia família passou a ser utilizada como gênero, da qual teremos os institutos familiares que serão suas espécies. Tal conclusão é possível ao analisar os parágrafos 3º e 4º, que dispõe sobre o reconhecimento da união estável e a família monoparental,⁷⁵ respectivamente. É o que dispões os referidos parágrafos do artigo 226:

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.

Tais parágrafos concretizam o princípio da liberdade na relação familiar. O parágrafo 3º utiliza a terminologia união estável para se referir ao que era conhecido

⁷⁵ *Família formada por um dos pais e seus descendentes.

como concubinato. Apesar do grande avanço do legislador ao reconhecer a união estável com entidade familiar, o Código Civil de 2002 não seguiu o mesmo caminho ao tratar da união estável, trazendo em alguns dispositivos tratamentos desiguais com relação ao casamento, como será demonstrado no próximo capítulo.

Em razão dessas modificações, pode ser verificada uma interferência mais rasa da religião, contudo, não dizimando todos os resquícios adquiridos da religião ao longo da história.

Assim, ante aos princípios da liberdade e igualdade, a formação da família deixa de ter como base a função econômico-procracional.⁷⁶ Pois, como formalmente, não há discriminação entre o homem e a mulher, deixa a mulher de ser subordinada ao homem, suprimindo então, em tese, a dependência econômica. Diante desse fato, há mais liberdade para constituição de uma família, passando a ser como fator preponderante para sua instituição exclusivamente por meio do afeto, bastando sua existência para que duas pessoas se unam com intuito de viver uma relação familiar.

Nas palavras de Lôbo:⁷⁷ “enquanto existir *“affectio”*, haverá família (princípio da liberdade), e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão não hierarquizada (princípio da igualdade)”. Com o rompimento dos laços afetivos, tornou-se possível a dissolução da relação. Quando instituída através do casamento, a dissolução verifica-se por intermédio do divórcio, que na época da promulgação da Constituição, era possível desde que fossem preenchidos determinados requisitos.⁷⁸

Além da incorporação dos princípios da liberdade e igualdade ao instituto da família, o parágrafo 7º do artigo 226 da Constituição, introduz no nosso ordenamento como princípios norteadores da família a dignidade da pessoa humana e a paternidade responsável.

A inclusão do princípio da dignidade da pessoa humana, talvez seja uma das modificações mais relevantes, pois, com ele a proteção do Estado à família não será arbitrária, no sentido de coibir uma vida digna, não privando direitos e nem tratando com discriminação aqueles que buscam a união com o intuito de constituir

⁷⁶ Expressão utilizada por Paulo Luiz Neto Lôbo em A repersonalização das relações de família.

⁷⁷ LÔBO, 1989, loc. cit.

⁷⁸ *Era necessária prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou ser comprovada a separação de fato por mais de dois anos.

uma família. Esse princípio fortalece ainda mais o entendimento de que a família instituída por essa nova Constituição coloca o afeto na base de sua formação.

Com a Constituição 1988, podemos concluir que, além de ter como pilares os princípios da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, o fator máximo para que ocorra a formação das famílias se tornou o afeto.

2.4 As Famílias Contemporâneas

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, com o advento do Código Civil de 2002, diversos tabus que ainda restavam na família, impostos principalmente pela religião, foram quebrados. A concepção de família passou por uma verdadeira revolução. O adultério deixou de ser crime; o casamento deixou de ser indissolúvel, tendo a possibilidade do divórcio sem exigência de requisitos rigorosos; a união estável, constitucionalmente, passou a ser equiparada, em direitos, ao casamento; o reconhecimento das uniões homoafetivas, mesmo que ainda muito turbulento, e a possibilidade de adoção por esses casais, demonstrando ainda mais a prevalência do afeto na constituição da família; a possibilidade de consequências patrimoniais em razão do abandono afetivo; maior proteção possibilitando a inclusão do nome do devedor de alimentos no cadastro de inadimplentes, entre outras.

Mas o que convém mencionar é que, a família constituída por marido, mulher e a pressão, que tornava praticamente obrigatória, do casal ter filhos, há muito deixou de ser a principal forma de família existente, ocorreu que, durante esses anos, era a forma de família aceita pela sociedade, contudo, nos dias de hoje a realidade é outra. Surgiram de diversas outras modalidades de famílias, diferentes das previstas na Constituição. Essas novas modalidades surgiram principalmente em razão da previsão pela Constituição dos princípios da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana, eliminando então, a engessada forma de constituição da família, que correspondia somente mediante o casamento.

Atualmente, podemos verificar a instituição das seguintes formas de família: família matrimonial: institui-se através do casamento; família informal: conhecida como a união estável, ocorre pela união de duas pessoas com a finalidade de constituir uma família, contudo, não ocorre o casamento; família, homoafetiva: união de pessoas do mesmo sexo; famílias paralelas ou simultâneas: são aquelas em que o homem possui mais de uma família simultaneamente, seja constituída por

casamento e união estável, ou todas por uniões estáveis; famílias poliafetiva: diferente da simultânea, na família poliafetiva o homem vivencia a união com mais de uma pessoa, todas no mesmo lar; família monoparental: modalidade prevista no artigo 226, §6º da Constituição Federal, constitui-se na formação de um dos genitores e seus filhos; família parental ou anaparental: constitui-se pela convivência de parentes, ou não, com o intuito da formação de uma família; família composta, pluriparenteal ou mosaico: e a união de um casal, que antes de constituir essa nova união já possuíam filhos, é o conhecido como “os meus, os seus, e os nossos”; família natural, extensa ou ampliada: é o conceito trazido pelo ECA, esta ligado a família biológica; família substituta: também estabelecido pelo ECA, artigo 19, §3º, é basicamente as famílias que estão buscando a adoção.⁷⁹

A sociedade contemporânea esta definitivamente fazendo jus ao princípio da liberdade garantido na Carta Magna. Estão deixando de lado preceitos religiosos, e construindo a família baseadas, no amor, respeito, carinho. O afeto esta se sobrepondo sobre qualquer outro aspecto que faz parte da família.

Nos dias que correm, aumentam o número de decisões judiciais que demonstram essa revolução. Há em nosso acervo jurisprudencial, decisões que concederam a guarda da criança à madrasta em detrimento do pai biológico;⁸⁰ a possibilidade de inclusão do sobrenome do avô e exclusão do sobrenome do pai;⁸¹ a concessão do direito da herança também a amante do falecido;⁸² indenizações por abandono afetivo,⁸³ entre outras. Todas essas interpretações judiciais têm como finalidade a adaptação à sociedade moderna que instituiu o afeto como valor máximo.

⁷⁹ DIAS, 2015, loc. cit.

⁸⁰ PARAÍBA. Tribunal de Justiça. Ap. 200.2010.003876-5/001. Apelantes: Dionísio Mendes de Oliveira Júnior e Suzi Piologro da Hora Mendes de Oliveira. Apelados: os mesmos. Relator: Des. Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho. 28 de junho de 2012. João Pessoa – PB Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/ac-2002010003876-001-gf1-madrasta1.pdf>>. Acesso em 13 mar 2016.

⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ admite que filho abandonado troque o sobrenome do pai pelo sobrenome do avô. Segredo de Justiça. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Maio/2015. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/noticias/174618952/filho-abandonado-podera-trocar-sobrenome-do-pai-pelo-da-avo-que-o-criou> . Acesso em: 10 mar 2016.

⁸² BRASIL. Tribunal Regional de Uniformização do Juizados Especiais Federais. Região 4. Direito de Família. Divisão da pensão entre as mulheres da relação conjugal e da relação extraconjugal. Relator: Juiz Federal Marcelo Malucelli. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-20/mulher-amante-dividir-pensao-relacao-extraconjugal>>. Acesso em: 10 mar 2016.

⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. Recurso especial nº 1.159.242 – SP. Recorrente: Antônio Carlos Jamas dos Santos. Recorrido: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Brasília. 24 abr 2012. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200901937019>>. Acesso em: 24 mar 2016.

Contudo, o ordenamento jurídico infraconstitucional, principalmente por motivos ligados ainda a religião, não está condizente com a atual realidade da sociedade. Em razão desse fato, todas essas diversas famílias que foram mencionadas não possuem os mesmos direitos garantidos às famílias já conhecidas pela Constituição Federal,⁸⁴ não há legislações que as regulamentem. Em face disso, é verificado somente prejuízo a essas famílias, pois perdem diversos direitos previstos no ordenamento que são aplicáveis à família, em razão disso há violações principalmente aos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

Diogo Leite de Campos⁸⁵ aponta “o amor conjugal, filial e parental, como sendo a alfa e ômega da família”. Não obstante, Maria Berenice Dias,⁸⁶ ainda diz que, em razão da inserção do amor como componente basilar para estruturação da família, a ausência deste, justifica o fim da relação conjugal, sendo este o modo de garantir a dignidade da pessoa.

⁸⁴ *A família instituída pelo casamento, a união estável e monoparental.

⁸⁵ CAMPOS, 1993. loc. cit.

⁸⁶ DIAS, 2015, loc. cit.

3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DAS FAMÍLIAS

Neste capítulo serão estudados os princípios basilares do direito das famílias, dessa forma se faz importante algumas ponderações antes de tratar individualmente sobre cada princípio.

Os princípios são normas jurídicas que, em linhas gerais, designam um fim a ser seguido. Todavia, não determinam qual o caminho deverá ser tomado para atingir esse fim.

É importante acentuar que, embora não iremos adentrar profundamente neste mérito, princípios não se confundem com as regras, assim, nas palavras de Humberto Ávila:

Os princípios não determinam diretamente a conduta a ser seguida, apenas estabelecem fins normativamente relevantes cuja concretização depende mais intensamente de um ato institucional de aplicação que deverá encontrar o comportamento necessário à promoção do fim; as regras dependem de modo menos intenso de um ato institucional de aplicação nos casos normais, pois o comportamento já está previsto frontalmente pela norma.⁸⁷

Desse modo, de forma simplificada, os princípios estabelecem uma finalidade a ser alcançada enquanto que as regras instituem um comportamento a ser seguido para concretização de uma norma, portanto o legislador deve sempre buscar criar leis em sintonia com os princípios.

Os princípios, são normas mais amplas, não determinam uma conduta específica, mas os ideais a serem alcançados, por esse motivo, abrangem um vasto número de situações. Logo, acompanham e dão fundamento jurídico as diversas modificações de comportamento da sociedade, tornando-se importantíssima sua aplicação ao direito das famílias, pois são principalmente eles que fundamentam juridicamente à existência da diversidade de famílias nos dias atuais.

Segundo doutrina de Rodrigo da Cunha Pereira:

Diante disso, o papel dos princípios é, também, informar todos os sistemas, de modo a viabilizar o alcance da dignidade humana em todas as relações jurídicas, ultrapassando, desta forma, a concepção estritamente positivista, que prega um sistema de regras neutro.⁸⁸

⁸⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª edição. São Paulo: Malheiros editores, 2004, p.55.

⁸⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: DelRey, 2006, p. 18.

Determinar quais são os princípios que norteiam o Direito das Famílias é uma tarefa muito difícil, pois com a promulgação da Constituição de 1988 inúmeros princípios, de forma explícita ou implícita, foram instituídos no nosso ordenamento, podendo, a grande maioria, seja de forma direta ou indireta, ser aplicados ao Direito das Famílias e também, desempenham grande importância a este instituto do Direito.

Mas não apenas isso, dado que na doutrina não há harmonia para o enquadramento dos princípios norteadores do Direito das Famílias, Rodrigo da Cunha Pereira⁸⁹ aponta como sendo os princípios que orientam o Direito das Famílias: (a) princípio da dignidade da pessoa humana; (b) monogamia; (c) melhor interesse da criança/adolescente; (d) igualdade e respeito às diferenças; (e) autonomia e da menor intervenção estatal; (f) pluralidade de formas de família; e (g) afetividade; Paulo Lôbo divide os princípios aplicáveis no Direito das Famílias em princípios fundamentais: (a) dignidade da pessoa humana e (b) solidariedade; e princípios gerais: (a) igualdade, (b) liberdade, (c) afetividade, (d) convivência familiar, e (e) melhor interesse da criança.⁹⁰ Sem a intenção de depreciar a classificação dos princípios estruturada pelos aludidos doutrinadores, será aqui estudada a classificação dos princípios arrolados pela ilustríssima doutrinadora Maria Berenice Dias.⁹¹ Tal classificação foi priorizada, pois, além de abarcar boa parte dos princípios que compõem as duas primeiras classificações citadas, engloba outros princípios primordiais para o Direito das Famílias.

Não obstante, antes de dar início ao estudo individual de cada princípio norteador da família contemporânea, se faz necessário esclarecer o motivo pelo qual a monogamia, que por muitos doutrinadores é tratada como princípio do Direito das Famílias, não estará no rol de princípios estudados nesse trabalho. Com todo respeito àqueles que ainda consideram a monogamia como princípio do Direito das Famílias, numa análise social, verifica-se que a monogamia se trata apenas de uma opção na formação familiar, ou no caso da família matrimonial, a princípio, é uma regra. Elencar a monogamia como princípio acarretaria na exclusão de certas uniões das modalidades de família, como exemplo a família poliafetiva. À vista disso, a monogamia não mais se enquadra como um princípio norteador da família contemporânea.

⁸⁹ PEREIRA, 2006. loc. cit.

⁹⁰ LÔBO, Paulo. **Direito civil – famílias**. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 37.

⁹¹ DIAS, 2015. loc. cit.

3.1 Da Dignidade da Pessoa Humana

Com previsão explícita no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, o princípio da dignidade da pessoa humana, ou como intitulado por alguns doutrinadores de macroprincípio, é tratado pela Constituição Federal como um fundamento da República Democrática de Direito do Brasil. Pode-se ainda asseverar que ele é considerado um princípio guarda-chuva, pois, em razão de sua amplitude, alberga na sua essência diversos princípios fundamentais instituídos no ordenamento jurídico brasileiro, sendo corriqueiramente aplicado como justificativa para a aplicação desses princípios e para a concessão de diversos direitos.

Tamanha a sua magnitude que se faz necessária cautela especial ao tentar conceitua-lo, pois, a depender dos termos aplicados, poderia ensejar em vícios, limitar sua aplicação.

À vista disso, num estudo sobre a filosofia kantiana, realizado por Rodrigo Cunha Pereira, ele chegou à conclusão de que “a dignidade humana decorre da natureza humana e não de variáveis externas”,⁹² dessa forma, é possível deduzir inicialmente que a dignidade é inerente ao ser humano, portanto, livre de qualquer caráter específico, todo ser humano tem direito a dignidade.

Já dizia Kant:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente; então tem ela dignidade.⁹³

Em razão do exposto, numa primeira aproximação, para se definir o que é dignidade duas premissas já foram levantadas: a de que a dignidade é inerente ao ser humano, e que qualquer intenção de tratar o ser humano como coisa, de lhe atribuir algum preço, fere a dignidade.

Numa segunda aproximação, para facilitar a compreensão da dignidade da pessoa humana, o doutrinador Guilherme Calmon, estabelece duas funções distintas a ela, consoante previsão em seu livro “princípios constitucionais do direito de família”:

⁹² PEREIRA, 2006. loc. cit.

⁹³ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2005, p. 77.

A dignidade da pessoa humana normalmente é tutelada, especialmente quando se encontra vinculada aos direitos fundamentais, por meio de duas funções distintas: (a) a de proteção à pessoa humana, no sentido de defendê-la de qualquer ato degradante ou de cunho desumano, contra o Estado e a comunidade em geral; (b) a de promoção da participação ativa da pessoa humana nos destinos da própria existência e da vida comunitária, em condições existenciais consideradas mínimas para tal convivência.⁹⁴

Destarte, por ser intrínseca ao ser humano, a dignidade impõe ao Estado o dever de protegê-lo de modo a garantir todos os direitos fundamentais assegurados em lei. Dessa forma, a atual presidente do Supremo Tribunal Federal, a Ministra Carmem Lúcia, define a dignidade:

Dignidade é o pressuposto da ideia de justiça humana, porque ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. Por isso é que a dignidade humana independe de merecimento pessoal ou social. Não se há de ser mister ter de fazer por merecê-la, pois ela é inerente à vida e, nessa contingência, é um direito pré-estatal.⁹⁵

Nesse sentido, pode-se dizer que a dignidade da pessoa humana é um direito inerente a todos, que permite aos seres humanos a liberdade, igualdade, tratamento humanitário, o direito a felicidade, assim como todos os demais direitos tidos como fundamentais na Constituição Federal. Em síntese, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe uma obrigação ao Estado, que consiste no dever de garantir a todos uma vida digna.

Por ser um princípio constitucional, irradia efeitos em todas as áreas de direito, e o que se faz relevante no presente trabalho é examinar a sua atuação no campo do Direito das Famílias.

Conforme já exposto, a dignidade é atribuída a todas as pessoas, independentemente de qualquer aspecto. Tal atribuição, segundo a jurista Maria Berenice Dias, caracteriza-se com uma opção expressa do legislador pela prevalência da pessoa, ligando todos os institutos à realização da sua personalidade, e tal fato teve como consequência o rebaixamento do aspecto patrimonial nos institutos jurídicos, fazendo prevalecer sua personalização, colocando a pessoa humana no

⁹⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Princípios Constitucionais do Direito de Família** – guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08, família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 69.

⁹⁵ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **O princípio da dignidade humana e a exclusão social**. In: Anais do XXVI Conferência Nacional dos Advogados – Justiça: realidade e utopia. Brasília: OAB, Conselho Federal. V.I, 2000. p. 72.

centro protetor do direito.⁹⁶ Portanto, pode-se afirmar que esse maior valor atribuído à pessoa humana, garante ampla liberdade para ir à busca da felicidade, e rechaçou a concepção que até muito existia, de que a formação da família tinha como finalidade principalmente questões de aspecto patrimonial e procracional, permitindo então a prevalência da realização pessoal.

Dessa forma, com amparo no parágrafo 7º, artigo 226 da Constituição Federal que prescreve o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do planejamento familiar, implica na ideia de que, em virtude da dignidade da pessoa humana, todas as pessoas possuem o direito de constituir uma família, sendo inerente a todos os membros dessa família o direito a igualdade, liberdade, afetividade, devendo o Estado, sob pena de violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, reconhece-los como entidade familiar, independentemente do seu formato, previsão legal, forma de filiação, e trata-los de forma isonômica àquelas modalidades de famílias reconhecidas no ordenamento jurídico.

A respeito do tema, enfatizou o doutrinador Rodrigo Cunha Pereira:

O princípio da dignidade humana significa para o Direito de Família a consideração e o respeito à autonomia dos sujeitos e à sua liberdade. Significa, em primeira e última análise, uma igual dignidade para todas as entidades familiares. Neste sentido, podemos dizer que é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família.⁹⁷

Conforme dispõe Maria Berenice Dias,⁹⁸ a institucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro impõe ao legislador o dever de abster-se da prática de atos que atentem contra a dignidade humana, e também de garantir a todos o seu exercício. Logo, deve o Estado se atentar a nova realidade social e reconhecer todas as formas de família existentes, e garantir a elas todos os direitos e também deveres, dentro das suas peculiaridades, que se instituem as modalidades de família reconhecidas juridicamente.

Enfim, é o princípio da dignidade, sobretudo, que garante a todas as uniões, baseadas em laços afetivos, cuja finalidade seja formar uma família, seja reconhecida como tal.

⁹⁶ DIAS, 2015. loc. cit.

⁹⁷ PEREIRA, 2006. loc. cit.

⁹⁸ DIAS, 2015. loc. cit.

3.2 Da Liberdade

Tal princípio está explícito na Constituição da República, inicialmente em seu preâmbulo, e na sequência é encontrado no caput do artigo 5º. Não se trata de princípio de aplicabilidade específica ao Direito das Famílias, mas sim, de aplicabilidade geral.

A incidência desse princípio no Direito das famílias visa garantir a ampla liberdade de instituir uma família, preservá-la e também de dissolvê-la, consoante doutrina de Paulo Lôbo: “o princípio da liberdade diz respeito não apenas à criação, manutenção ou extinção dos arranjos familiares, mas à sua permanente constituição e reinvenção”.⁹⁹

Este princípio permite a variedade nos modelos familiares, já que garante a liberdade de escolha do seu par, do seu modo de viver, desde que não seja contrário ao ordenamento jurídico.

Tal princípio garante a liberdade para a busca da felicidade, seja ao se unir com outra pessoa, independentemente do sexo, com a finalidade de constituir uma união sólida para da formação de uma família; liberdade para escolher se nessa união terão ou não filhos, para determinar o modo como viverão; liberdade também para viver sozinho, sem um parceiro ou parceira. Nas palavras da Maria Berenice Dias:

Todos têm a liberdade de escolher o seu par, seja do sexo que for, bem como o tipo de entidade que quiser para constituir sua família. A isonomia de tratamento jurídico permite que se considerem iguais, marido e mulher em relação ao papel que desempenham na chefia da sociedade conjugal.¹⁰⁰

Enfim, garante ao indivíduo um poder de escolha livre, sem intervenção estatal. Vale lembrar que a única barreira ao princípio da liberdade são as normas jurídicas, todos os cidadãos têm direito à liberdade, contudo, esta deve ser exercida em consonância com o regramento estabelecido pelos nossos legisladores.

Não é viável colocar como barreira ao exercício da liberdade, principalmente ao tratar da formação de famílias, aspectos morais e religiosos. Este mesmo princípio, numa análise mais ampla, garante a todos a liberdade de crença e

⁹⁹ LÔBO, 2009. loc. cit.

¹⁰⁰ DIAS, 2015. loc. cit.

religião, contudo, todos devem ter o bom senso de respeitar a escolha, o modo de viver das outras pessoas, não impondo crenças a quem já tem seu próprio modo de viver. Pois, um dos deveres do Direito é garantir o exercício pleno da liberdade a todos os indivíduos, tentar impor um modo de viver aos outros, por questões morais e religiosas, seria uma afronta a este princípio.

Por fim, Maria Berenice Dias, em sua doutrina, faz importante vinculação a este princípio e ao princípio da igualdade, assim, nas suas palavras faz a seguinte afirmativa: “no entanto, só existe liberdade se houver, em igual proporção e concomitância, igualdade. Inexistindo o pressuposto da igualdade, haverá dominação e sujeição, não liberdade”.¹⁰¹ Não apenas, os princípios da igualdade e liberdade devem ser aplicados concomitantemente, é de extrema importância que seja observado todos os demais princípios que norteiam o direito da família, para então termos um regramento justo aplicável a todas as modalidades de família.

3.3 Da Igualdade e Respeito à Diferença

No que tange a família a incidência desse princípio, antes da Constituição de 1988, foi um tanto conciso, pois a família nessa época possuía estrutura hierárquica, vigorava o patriarcalismo. Os sinais legislativos da busca da igualdade surgiram com o Estatuto da Mulher Casada, que passou a considerar a mulher com imputável.

Foi na Constituição de 1988 que esse princípio foi arraigado no nosso ordenamento jurídico. Assim como o princípio da liberdade, ele possui previsão expressa na Constituição, tanto no preâmbulo quanto no caput do artigo quinto.

Vale destacar três pontos importantes no direito das famílias que tiveram interferência precisa do princípio da igualdade.

O primeiro é concebido pelo artigo quinto da Constituição Federal inciso I que prevê a igualdade entre homens e mulheres, tanto em direitos quanto em obrigações, foi um grande avanço para o Direito, e teve interferências diretas no direito das famílias, pois ao prever a igualdade entre o homem e mulher, juridicamente, pois, socialmente a mulher já vinha ganhando mais espaço dentro da família, a mulher deixou de ser inferior ao homem, foi quebrando a hierarquia que existia dentro da

¹⁰¹ DIAS, 2015. loc. cit.

instituição familiar, deixando então de existir o patriarcalismo. Contudo neste ponto ainda há problemas, pois, nas palavras de Maria Berenice Dias “o desafio é considerar as saudáveis e naturais diferenças entre os sexos dentro do princípio da igualdade”,¹⁰² é necessário entender que a necessidade de aplicação do princípio da igualdade decorre da existência de diferenças, e só há sua perfeita incidência se, antes de tudo, forem reconhecidas e respeitadas as diferenças existentes.

O segundo ponto importante a ser destacado encontra-se no artigo 227 parágrafo sexto da Magna Carta, que determina que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”, com essa previsão legal derrubou de vez o que era chamado de filho ilegítimo, determinando o tratamento igualitário para todos os filhos, seja nascido fora ou dentro do casamento, tendo ou não vínculo biológico.

A consideração da igualdade entre o homem e a mulher, e entre todos os filhos são estágios significativos para a construção do novo direito das famílias, pois, onde há igualdade, há também o respeito, o afeto, traços fundamentais para as novas famílias existentes.

Por fim, o terceiro ponto está relacionado ao tratamento igualitário de todas as formas de família existentes, esse ponto está de forma muito gradativa sendo alcançado, mas ainda há muito que se trabalhar para que todas as modalidades de famílias sejam reconhecidas como iguais.

Com a repersonalização da família, várias modalidades foram surgindo, contudo, não é verificado a incidência do princípio da igualdade neste cenário, haja vista que há apenas a regulamentação da família matrimonial e união estável.

É certo que os Tribunais, de maneira acertada, por força do princípio da igualdade, vêm aplicando algumas regras atinentes à união matrimonial, tanto para união estável quanto para a união homoafetiva, todavia, os legisladores optaram por não enxergar essa nova realidade social, deixando de lado interesse em atribuir de forma igualitária, dentro das peculiaridades da cada família, os direitos concedidos a família matrimonial a todas as outras modalidades de família.

É de demasiada importância compreender que o direito a igualdade, antes de tudo é respeitar e aceitar as diferenças, fato que é um dos maiores desafios,

¹⁰² DIAS, 2015. loc. cit.

pois para a maioria é difícil aceitar que existem pensamentos, ideologias, modo de viver diferente daqueles que eram considerados como “adequados” durante séculos. Aceitar e respeitar a diversidade são os primeiros passos que devem ser tomados para que seja aplicado de forma eficaz o princípio da igualdade, fazendo então valer um direito fundamental que é assegurado para todas as modalidades de família.

3.4 Da Solidariedade Familiar

O princípio da solidariedade possui assento constitucional, consoante previsão no preâmbulo da Constituição Federal.

Sua aplicabilidade no direito da família esta intrinsecamente vinculada a ideia do afeto como base da constituição familiar, pois não há como falar numa relação afetiva sem que haja solidariedade entre os seus membros.

Solidariedade, no direito das famílias esta também relacionada ao companheirismo que deve existir entre as famílias. Ao constituir uma família, o casal estará disposto para ajudar e apoiar o outro em todos os momentos e circunstancias da vida.

Assim conceitua Paulo Lôbo:

(...) significa um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e autodeterminado que compele à oferta de ajuda, apoiando-se em uma mínima similitude de certos interesses e objetivos, de forma a manter a diferença entre os parceiros na solidariedade.¹⁰³

Verifica-se a incidência desse princípio em vários dispositivos da lei pátria. Na Constituição da República é visível na análise dos artigos 227, 229 e 230, que determinam o dever dos pais e também do Estado dar prioridade aos direitos das crianças, dos pais prestarem assistência aos filhos e o dever de amparo as pessoas idosas. Na legislação esparsa pode ser citado como regra que tem influência do princípio da solidariedade familiar o dever de prestar alimentos.

Assim, a partir do momento que você passa a fazer parte da família, o individualismo e a solidão são substituídos pela solidariedade, o amor recíproco, a partir de então haverá sempre alguém que estará ao seu lado em todos os momentos.

¹⁰³ LÔBO, 2009. loc. cit.

3.5 Do Pluralismo da Entidade Familiar

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que surgiu no ordenamento jurídico brasileiro o reconhecimento da pluralidade da entidade familiar. Apesar do grande avanço em termos de direito das famílias, a nossa Carta Magna passou a reconhecer expressamente, em seu artigo 226, apenas como sendo entidade familiar à família matrimonial, família monoparental e a união estável, deixando de lado, ao menos de forma explícita, todas as outras formas de família existentes.

Contudo, não seria correta a afirmação que a Constituição restringiu as formas de família para essas três modalidades, pois, principalmente através dos princípios da liberdade, igualdade e o macroprincípio da dignidade da pessoa humana, pode ser reconhecido implicitamente o princípio da pluralidade da entidade familiar, consoante doutrina de Rodrigo Cunha Pereira:

É, portanto, da Constituição da República que se extrai o sustentáculo para a aplicabilidade do princípio da pluralidade de família, uma vez que, em seu preâmbulo, além de instituir o Estado Democrático de Direito, estabelece que deve ser assegurado o exercício dos direitos sociais e individuais, bem como a liberdade, o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos da sociedade. Sobretudo da garantia da liberdade e da igualdade, sustentadas pelo macroprincípio da dignidade, é que se extrai a aceitação da família plural, que vai além daquelas previstas constitucionalmente e, principalmente, diante da falta de previsão legal.¹⁰⁴

O princípio constitucional da pluralidade da entidade familiar, com amparo nos princípios da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, busca reconhecer e dar resguardo jurídico a todas as formas de família existentes.

A maior barreira que este princípio enfrenta talvez seja a religião, pois para os religiosos não há pluralidade de família, mas somente a família matrimonial, portando denominar de família todos os “núcleos sociais de pessoas unidas por laços afetivos, que geralmente compartilham o mesmo espaço e mantêm entre si uma relação solidária”, para muitos religiosos seria uma destruição a “verdadeira família”.

Não há como indicar qual é o formato “verdadeiro” de família, pois seu formato, conjuntamente com a sociedade, evolui, e sendo nosso Estado laico o Direito não deve se apegar a culturas religiosas, mas sim a evolução da sociedade, então, é

¹⁰⁴ PEREIRA, 2006. loc. cit.

necessário deixar de lado todo o moralismo religioso e não apenas reconhecer a pluralidade da entidade familiar, mas também dar tratamento jurídico igualitário de todas as formas de família existente, o contrário seria abraçar a injustiça, consoante lição da professora Maria Berenice Dias:

Excluir do âmbito da juridicidade entidades familiares que se compõem a partir de um elo de afetividade e que geram comprometimento mútuo e envolvimento pessoal e patrimonial é simplesmente cancelar o enriquecimento injustificado, é ser conivente com a injustiça.¹⁰⁵

Como já foi dito no capítulo anterior, a família, assim como muitas coisas na sociedade, evolui, se modifica, o Direito não pode deixar de observar a evolução da sociedade, deve acompanhar e dar amparo jurídico a tudo que possuir relevância jurídica, e não há nada mais relevante que a família, pois, conforme o caput do artigo 226 da Constituição Federal ela a base da sociedade.

3.6 Da Proteção Integral a Crianças, Adolescentes, Jovens e Idosos

O princípio da proteção integral a crianças, adolescentes, jovens e idosos é mais um que norteia o direito das famílias. Também é um princípio constitucional previsto nos artigos 227 e 230, os quais possuem a seguinte redação:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

(...)

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

A família tem primordial importância no desenvolvimento das crianças, adolescentes e jovens, sendo direito deles a convivência em uma família saudável. Por saudável entenda-se como uma família bem estruturada, onde prevaleça sobretudo o afeto e o respeito recíproco, não se levando em conta qual o seu formato.

¹⁰⁵ DIAS, 2015. loc. cit.

Tal proteção justifica-se ante a maior vulnerabilidade que este grupo de pessoas possuem. Dessa forma, sempre que na entidade familiar possuir qualquer um dos que compõem esse grupo de maior vulnerabilidade deverão sempre serem tratados com prioridade, buscando sempre o bem-estar de todos.

O Estado também tem papel fundamental na proteção desse grupo de pessoas, agindo não só através do poder legislativo, como exemplo ao instituir a guarda compartilhada como regra; e também através do judiciário, podemos citar um exemplo muito famoso que ocorreu em 2002, com a morte da cantora Cássia Eller, foi determinado que a guarda do seu filho ficasse com a sua companheira, quebrando paradigmas que existem até hoje sobre a prevalência da família biológica.

Assim dispõe Maria Berenice Dias:

Em face da garantia à convivência familiar, há toda uma tendência de buscar o fortalecimento dos vínculos familiares e a manutenção de crianças e adolescentes no seio da família natural. Porém, às vezes, melhor atende aos seus interesses a destituição do poder familiar e sua entrega à adoção. O que deve prevalecer é o direito à dignidade e ao desenvolvimento integral, e, infelizmente, tais valores nem sempre são preservados pela família biológica ou extensa. Daí a necessidade de intervenção do Estado, colocando-os a salvo junto a famílias substitutas. Afinal, o direito à convivência familiar não está ligado à origem biológica da filiação. Não é um dado, é uma relação construída no afeto, não derivando pelos laços de sangue.¹⁰⁶

O que sempre deve ter primazia é a garantia que esse grupo de pessoas que são mais vulneráveis cresça, se desenvolvam ou no caso dos idosos, repousem, num ambiente familiar que possua harmonia, respeito, afeto entre seus membros independentemente de qualquer outro fator externo.

3.7 Da Proibição do Retrocesso Social

O ordenamento jurídico brasileiro institui diversos direitos que se tornaram inerentes ao ser humano, podemos citar o direito à liberdade, igualdade, dignidade, há também àqueles que incidem diretamente a entidade familiar como a afetividade, a pluralidade familiar, a solidariedade familiar, proteção integral da criança, entre outros. São todas garantias constitucionais, e o princípio da proibição do retrocesso é o que impede que qualquer um desses direitos subjetivos sejam destituídos.

¹⁰⁶ DIAS, 2015. loc. cit.

As garantias fundamentais instituídas pelo ordenamento pátrio não podem sofrer limitações ou serem removidas, sob pena de violação do princípio da proibição do retrocesso.

É certo que não somente no campo legislativo, mas também por meio da ação do judiciário encontramos um grande avanço no tratamento da entidade familiar, como exemplo podemos citar a ADI 4277 e ADPF 132¹⁰⁷ que reconheceram a união estável para casais homoafetivos, e posteriormente a Resolução nº 175 do CNJ, publicada no dia 15 de maio de 2015, autorizou o casamento homoafetivo, entre outras. São direitos fundamentais, subjetivos que foram adquiridos, não podem, portanto, sofrer limitações nem por ação do poder legislativo e muito menos por ação do poder judiciário, os dois possuem a obrigação de aplicar da maneira precisa esses direitos adquiridos, e também a obrigação de não violar nenhum deles, conforme lição da doutrinadora Maria Berenice Dias:

O legislador infraconstitucional precisa ser fiel ao tratamento isonômico assegurado pela Constituição, não podendo estabelecer diferenciações ou revelar preferências. Do mesmo modo, todo e qualquer tratamento discriminatório levado a efeito pelo judiciário mostra-se flagrantemente inconstitucional.¹⁰⁸

Ao analisar o conceito de família previsto no Estatuto da Família (PL nº 6.583/13), de plano é verificado grande violação a este princípio, conforme explanado na citação acima, tal atitude mostra-se “flagrantemente inconstitucional”. E se eventualmente for aprovado, deverá ser objeto da ação cabível para que declare o dispositivo que determina o conceito da família.

3.8 Da Afetividade

O princípio da afetividade decorre principalmente do princípio da dignidade da pessoa humana, talvez seja a essência dos demais princípios norteadores do direito das famílias, e também é a essência da família moderna.

Embora com previsão implícita, também é um princípio constitucional. Podemos citar como exemplo da sua incidência a previsão constitucional da união

¹⁰⁷ SUPREMO reconhece união homoafetiva. **Site STF**, 05 mai. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em: 21 jul. 2016.

¹⁰⁸ DIAS, 2015. loc. cit.

estável e do tratamento igualitário entre todos os filhos. E conforme doutrina da jurista Maria Berenice Dias, também justificam a afetividade como princípio constitucional, todos os direitos individuais e sociais de todos:

O Estado impõe a si obrigações para com os seus cidadãos. Por isso elenca a Constituição um rol imenso de direitos individuais e sociais, como forma de garantir a dignidade de todos. Tal nada mais é do que o compromisso de assegurar afeto: o primeiro obrigado a assegurar o afeto por seus cidadãos é o próprio Estado.¹⁰⁹

O afeto consiste não somente em amor recíproco, mas também na solidariedade, no respeito que deve existir entre os membros de uma família, no dever dos pais educar os filhos, dever de cuidado, na amizade, simpatia, no companheirismo. Em síntese, o afeto consiste nos laços de amor, respeito, carinho que unem pessoas em busca da felicidade individual e coletiva.

Vários fatores contribuíram para que o afeto se tornasse o alicerce da família. Num apanhado histórico geral, podemos citar a inserção da mulher ao mercado de trabalho, fazendo com que deixasse de existir a dependência econômica com o homem, eliminando então a finalidade patrimonial para constituição da família. Outro fator consiste na autorização do divórcio, pois o casal já não era mais obrigado a permanecer casados, a continuidade do casamento se condicionou a existência do afeto. Outros fatores que podem ser levantados é o fato de atividades que eram incumbidas à família, serem transferidas a outros órgãos, como exemplo: a educação foi transferida ao Estado, a religião à Igreja, levando então o afeto a se tornar o principal alicerce para a formação da família, sendo dever dos membros da família tratar uns aos outros com afeto.

Nas lições do doutrinador Paulo Roberto Vecchiatti:

A evolução social quanto à compreensão da família elevou o afeto à condição de princípio jurídico oriundo da dignidade da pessoa humana no que tange às relações familiares, visto que estas, para garantirem o direito à felicidade e a uma vida digna (inerentes à dignidade humana), precisam ser pautadas pelo afeto e não por meras formalidades como a do casamento civil. Assim, o princípio do afeto é um princípio constitucional implícito, decorrente da dignidade da pessoa humana e, ainda, da própria união estável, que tem nele o principal elemento para o reconhecimento do status jurídico-familiar de uniões não-matrimonializadas”.¹¹⁰

¹⁰⁹ DIAS, 2015. loc. cit.

¹¹⁰ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. São Paulo: Gen, Método, 2008, p. 221.

Classificar o afeto como princípio norteador do Direito das Famílias, implica em dar ao afeto condição de pressuposto para a existência da família, dessa forma, não há família sem o afeto. Tal afirmação se demonstra verdadeira ao verificarmos inúmeras decisões do poder judiciário em que, como exemplo as que já foram citadas no capítulo anterior, o juiz que permitiu que a madrasta ficasse com a guarda do filho do seu ex-marido; o reconhecimento da possibilidade de alteração no registro de nascimento para inclusão dos pais socioafetivos.

A aplicação do afeto como elemento formador da família, acarretou transformações em seu tratamento que repercutem em todo o meio jurídico, como exemplo temos a decisão do TRF da 3ª Região a qual confirmou a decisão que habilitou a filha pleitear benefício previdenciário do pai socioafetivo, no julgamento do recurso, a Desembargadora Federal Marisa Santos, relatora do processo, levantou a seguinte tese:

A realidade social exige que a proteção jurídica se estenda àqueles que, com base no afeto e sem vínculo biológico, constituem famílias, até porque laços fundados no afeto podem ser muito mais resistentes às armadilhas da vida que laços fundados nos liames, estes sim, 'meramente' biológicos e facilmente esfacelados quando submetidos ao teste das divisões de patrimônio.¹¹¹

No mesmo sentido, dando prevalência ao afeto, atuou o juiz de direito Afif Jorge Simões Neto da 2ª Vara de Família e Sucessões de Santa Maria/RS, ao permitir que uma menina tivesse em seu registro civil o nome de seus pais de criação,¹¹² ou seja, os pais afetivos.

Na análise do reconhecimento do princípio da afetividade nos órgãos jurisdicionais, se faz importante mencionar também a decisão histórica do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4277 e ADPF 132¹¹³ reconheceram a união homoafetiva como entidade familiar.

¹¹¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 3. Previdenciário. Habilitação de herdeiro para o recebimento do benefício previdenciário. Agravo de instrumento nº 0028979-25.2015.4.03.0000/SP. Agravante: Instituto Nacional do Seguro Social. Agravado: Onofre Coelho. Relatora: Desembargadora Federal Marisa Santos. São Paulo, 28 de janeiro de 2016. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/diario/Consulta/VisualizarDocumentosProcesso?numerosProcesso=201503000289797&data=2016-01-28>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

¹¹² MENINA terá no registro civil nome de mãe e pai de criação. Migalhas, 2 mai. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI238486,91041-Menina+tera+no+registro+civil+nome+de+mãe+e+pai+de+criacao>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

¹¹³ SUPREMO reconhece união homoafetiva. Site STF, 05 mai. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em: 21 jul. 2016.

No campo jurisprudência encontraremos diversas decisões nas quais ao reconhecerem a união de pessoas como entidade familiar, ou o estado de filiação há a prevalência do afeto como fator principal, mas há também sua previsão em legislações esparsas, como exemplo, temos o artigo 1.593 do Código Civil que dispõe a respeito do parentesco e se vale dos seguintes termos: “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”, nesse dispositivo verifica-se o reconhecimento de outras formas de se estabelecer o parentesco, não restringindo-se tão somente ao critério biológico, pode-se então alegar que o afeto se constitui como uma dessas formas.

3.8.1 O valor jurídico do afeto

Com o afeto sendo considerado como elemento essencial para a formação de uma família, a ele foi atribuído valor jurídico, em razão disso a família finalmente esta se soltando das amarras religiosas, procracional e patrimoniais, e atingindo seu verdadeiro sentido, caracterizado na ampla liberdade do casal, ou mesmo de uma única pessoa, constituir uma família baseada apenas no amor fraterno, no afeto, respeito, igualdade existente entre seus membros, assim nos dizeres de Paulo Lôbo: “a família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida”.¹¹⁴

Ao recuperar essa função, tornou-se inviável reconhecer como família apenas àquelas que possuem previsão legal, pois há diversas uniões de pessoas que com a intenção de formar uma família, mas que não se adequam as modalidades previstas na Constituição, assim nas palavras da doutrinadora Maria Berenice Dias “a comunhão de afeto é incompatível com o modelo único, matrimonializado, da família. Por isso, a afetividade entrou nas cogitações dos juristas, buscando explicar as relações familiares contemporâneas”.¹¹⁵

Desse modo, o afeto está se tornando o principal instrumento caracterizador da família hodierna, dessa forma, assim como há tempos atribuíam-se à formação da família a razões procracionais, patrimoniais e religiosas, hoje se pode

¹¹⁴ LÔBO, 2009. loc. cit.

¹¹⁵ DIAS, 2015. loc. cit.

afirmar que o motivo ensejador da união entre pessoas com intuito de formar uma família é o afeto.

4 MODALIDADES DE FAMÍLIA EXISTENTES NO BRASIL

4.1 Considerações Iniciais

Conforme os capítulos antecedentes, a família ao longo dos tempos sofreu sensíveis mudanças em sua estrutura. E no Brasil, com a promulgação da Carta de Direitos de 1988, juridicamente significou a adequação do mundo jurídico à realidade social, trazendo implícita e explicitamente todos os princípios tratados no capítulo anterior, além de prever no capítulo destinado à família, outras modalidades de família além da família matrimonial, ou seja, inovou o ordenamento jurídico brasileiro ao prever uma nova concepção de família: a pluralidade de entidades familiares.

Este capítulo terá como objetivo elencar e realizar breves apontamentos sobre todas as formas de famílias existentes na sociedade brasileira, tendo como fundamento, principalmente, os princípios da liberdade, igualdade, dignidade da pessoa humana e, o princípio nuclear da família moderna, o princípio da afetividade. Mas, antes de tudo, se faz necessário alguns breves apontamentos.

O artigo 226 da Carta Magna prevê expressamente três modalidades de família: casamento, união estável e família monoparental. Todavia, verifica-se que a intenção da Constituição não foi restringir as entidades familiares a essas três hipóteses acima elencadas, mas apenas exemplificá-las,¹¹⁶ tal conclusão se faz verdadeira ao interpretá-la sistematicamente, pois no seu caput não restringiu a nenhuma modalidade, apenas utilizou a palavra “família”.

Como já relatado, a Constituição Federal tem como princípio maior a promoção de uma vida digna a todos, e para que seja concretizada se faz necessário o tratamento igualitário a todos os indivíduos. Na mesma linha, a família é considerada como a base da sociedade, e aos seus membros é garantido o livre planejamento familiar, além dos outros direitos fundamentais, como exemplo o direito à liberdade.

Nesse sentido, é dever do Estado garantir a máxima proteção a todos os indivíduos que compõem uma família, ante o seu papel significativo na formação de

¹¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito de Família. Multiparentalidade. Recurso Extraordinário nº 898.060 – SC. Recorrente: A.N. Recorrido: F.G. Relator: Ministro Luiz Fux. 21 set. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4803092>>. Acesso em: 24 set. 2016.

qualquer pessoa, não se restringido somente as entidades familiares previstas expressamente no artigo 226, pois, contrário sensu, estaria lesionando o direito da liberdade, igualdade, livre planejamento familiar, ao negar proteção as famílias com estrutura diversa daquelas positivadas expressamente, consoante entendimento do Ministro Barroso em seu voto no RE 878.694:

Como já se expôs, se o Estado tem como principal meta a promoção de uma vida digna a todos os indivíduos, e se, para tanto, a família desempenha um papel essencial, é natural concluir que o dever estatal de proteção não pode se limitar às famílias constituídas pelo casamento, estendendo-se a outras entidades familiares igualmente formadas pelo afeto e pelo desejo de comunhão de vida, e igualmente capazes de contribuir para o desenvolvimento de seus integrantes. Daí poder-se concluir que a Constituição impede a discriminação entre indivíduos unicamente como resultado do tipo de entidade familiar que formam.¹¹⁷

Não apenas isso, como corolário à dignidade da pessoa humana há também o direito a busca da felicidade, consoante entendimento do Ministro do STF Luiz Fux, “funciona como um escudo do ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei”¹¹⁸. Dessa forma, o direito a felicidade, garantido na Constituição, também atua como fundamento a garantia constitucional de pluralidade das famílias.

Pode-se concluir que o artigo 226 é simplesmente exemplificativo, que temos um sistema familiar aberto, ou seja, para que haja uma família não se faz necessário o enquadramento perfeito a uma das entidades familiares previstas expressamente na Constituição Federal, basta a união contínua entre pessoas baseada no afeto, respeito, solidariedade, entre outros, e então, há fundamento constitucional para a existência de todas as formas de família que serão brevemente estudadas neste trabalho.

¹¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito de Família. Sucessão. União Estável. Recurso Extraordinário nº 878.694 – MG. Recorrente: M F V. Recorrido: R C P E outros (as). 31 ago 2016. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/sucessao-companheiro-voto-barroso.pdf>>. Acesso em: 03 set 2016. Ausente demais informações por ser segredo de justiça.

¹¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito de Família. Multiparentalidade. Recurso Extraordinário nº 898.060 – SC. Recorrente: A.N. Recorrido: F.G. Relator: Ministro Luiz Fux. 21 set. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4803092>>. Acesso em: 24 set 2016. Ausente demais informações por ser segredo de justiça.

Na mesma linha de pensamento Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves:

Tem-se, portanto, como inadmissível um sistema familiar fechado, eis que, a um só tempo, atentaria contra a dignidade humana, assegurada constitucionalmente, contra a realidade social viva e presente da vida e, igualmente, contra os avanços da contemporaneidade, que restariam tolhidos, emoldurados numa ambientação previamente delimitada. Por isso, estão admitidas no Direito de Família todas as entidades fundadas no afeto, na ética e na solidariedade recíproca, mencionadas, ou não, expressamente pelo comando do art. 226 da Carta Magna.¹¹⁹

Todavia, por não haver previsão expressa de todas as modalidades existentes, verifica-se que há tratamento discriminatório, há certa hostilidade no tratamento das famílias que não se enquadram no padrão aceito por muitas pessoas. O que se verifica é que os legisladores buscam impor a todos o que consideram mais aceitável, rejeitando aqueles que não se comportam da forma que eles consideram como correto. Sobre o assunto, dispõe Maria Berenice Dias:

O Estado elege um modelo de família e o consagra como única forma aceitável de convívio. A lei, através de comandos intimidatórios e punitivos, busca estabelecer paradigmas comportamentais por meio de normas cogentes e imperativas, na esperança de gerar comportamentos alinhados com o padrão moral majoritário. Na tentativa de desestimular atitudes que se afastem do parâmetro reconhecido como aceitável, nega juridicidade a quem afronta o normatizado. Mas com essa postura negam-se não só direitos - nega-se a existência de fatos. Tudo que surge à margem do modelo posto como correto não merece regulamentação. A desobediência é condenada à invisibilidade. O transgressor é punido com a exclusão do sistema jurídico. Mas situações reais não desaparecem simplesmente porque o legislador não as regulamenta, e a única consequência é a exclusão de direitos.¹²⁰

Não há dúvidas que hodiernamente a família se tornou plural, com reconhecimento inclusive na nossa Carta Maior, dessa forma, qualquer norma que dispor o contrário, estará restringindo direitos fundamentais já alcançados pela sociedade.

Por fim, cabe ressaltar que não serão tratadas de maneira aprofundada cada modalidade de família existente, serão feitos apenas breves apontamentos a respeito de seus aspectos principais.

¹¹⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**: de acordo com a lei nº 11.340/06; lei Maria da Penha e com a lei nº 11.441/07; lei da separação, divórcio e inventário extrajudiciais. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. p. 37.

¹²⁰ DIAS, 2015. loc. cit.

4.2 Família Homoafetiva

Para iniciar esse tópico se faz perfeita a citação de Jurandir Freire (1995) apud Rodrigo Cunha Pereira (2003, p. 32/33), ao dispor a respeito da preferência sexual faz a seguinte reflexão:

“Minha proposta é que deixemos de identificar socialmente pessoas por suas preferências sexuais [...]. Por que nos interessamos tanto pela preferência sexual das pessoas, a ponto de julgarmos muito importante identifica-las sociomoralmente por este predicado? Quem disse que este mau hábito cultural tem de ser eterno? É isto que, a meu ver, importa. Quando e de que maneira poderemos ensinar, convencer, persuadir as novas gerações de que classificar sociomoralmente pessoas por suas inclinações sexuais é uma estupidez que teve, historicamente, péssimas consequências éticas. Muitos sofreram por isso; muitos mataram e morreram por esta crença inconsequente e humanamente perniciosa.”¹²¹

Em 1995, há mais de 20 anos, Jurandir Freire já propunha a ideia de não identificar as pessoas pela opção sexual. Mas lamentavelmente o que se verifica é a imaturidade da sociedade em acatar essa ideia, ainda há muito preconceito, desrespeito contra pessoas que se relacionam com pessoas do mesmo sexo.

Nesse sentido, a primeira reflexão a se fazer ao ser estudada a família homoafetiva é que não deveria mais haver necessidade de classificar uma família quanto a opção sexual de seus membros, independentemente de ser hétero ou homoafetiva constituirá família nos mesmos moldes, tendo ambas as mesmas possibilidades, inclusive ter filhos. Contudo, em razão da sociedade não ter avançado a esse nível ainda, será tratado nesse tópico alguns pontos sobre a conhecida por família homoafetiva.

A família homoafetiva é caracterizada pela união de duas pessoas do mesmo sexo, consubstanciada no afeto, carinho, respeito, lealdade, entre outras características.

Esse arranjo familiar talvez seja o que mais sofre preconceitos da sociedade. O início dessa aversão ao homossexual emana da religião, a bíblia traz que a relação amorosa entre pessoas do mesmo sexo abominável¹²², junte-se ao fato da ideia religiosa da qual a relação sexual tem como finalidade a procriação, e neste

¹²¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família – uma abordagem psicanalítica**. 3ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 32/33.

¹²² Levítico 18:22.

tipo de relacionamento isso não seria possível, dessa forma “a Igreja Católica considera uma aberração da natureza, transgressão à ordem natural, uma verdadeira perversão”.¹²³

Por influência religiosa, até meados de 1985 o ato de se relacionar com pessoa do mesmo sexo era conhecido como homossexualismo (*ismo* significa doença), era considerado um tipo de doença, sendo que, após 1985 passou a constar no Código Internacional das Doenças no capítulo que tratava “Dos Sintomas Decorrentes de Circunstâncias Psicossociais”. Somente em 1995 esse modo de se relacionar passou a ser denominado de homossexualidade, o sufixo “dade” significa modo de ser, deixando, portanto, de ser enquadrado como uma forma de anomalia.¹²⁴

Essa forma de união, assim com a união estável antes da Constituição de 1988, era considerada com sociedade de fato, sendo, a ela na maioria das vezes aplicada às regras atinentes ao direito obrigacional.

Num Estado considerado laico era gritante a hostilidade tanto do legislador, como exemplo, o legislador do Código Civil de 2002 nada tratou sobre a união homoafetiva, quanto do poder judiciário que ao se esbarrar com um caso de família homoafetiva, ante a lacuna legal, suprimia direitos inerentes às famílias, aplicando nesse tipo de caso outro instituto jurídico. Havia, portanto, grande desproporcionalidade no tratamento da família homoafetiva.

Considerando precipuamente o princípio da dignidade da pessoa humana, corroborado pelos princípios da igualdade e liberdade, a união homoafetiva merece status de família, não devendo ser vítima de qualquer tipo de preconceito, haja vista que consoante disposto no artigo 3º, inciso IV da Carta Magna, é fundamento da República Federativa do Brasil o bem estar de todos, sem preconceitos, inclusive por questões de sexo, ou qualquer outro tipo de discriminação.

Dessa forma, ante a lacuna legal, o STF, no dia 05 de maio de 2011, no julgamento conjunto da ADI 4277 e ADPF 132 reconheceu a união estável para os casais do mesmo sexo, dando nova interpretação ao parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal.

¹²³ DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: aspectos sociais e jurídicos**, in A Família na Travessia do Milênio – Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família coordenado por Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2000, p. 162.

¹²⁴ DIAS. op. cit., p. 163.

Nos fundamentos dessa decisão inédita foram ressaltados os direitos supracitados, assim como a livre autonomia das pessoas para o uso da sexualidade; o direito a felicidade; o fato da lei não proibir esse tipo de relacionamento; o fato da Constituição, no artigo 226, não ter limitado a sua formação, seja integrada por casais homo ou heterossexuais; definiu ainda, que a expressão “homem e mulher” utilizada no referido artigo teve a intenção de evitar que fosse atribuída qualquer tipo de hierarquia na relação familiar; atribuíram ao artigo 1.723 do Código Civil a interpretação “conforme a constituição”, para que se evite qualquer impedimento do não reconhecimento da união homoafetiva como união estável.¹²⁵ Enfim, sob todos esses argumentos, a união homoafetiva ganhou status de entidade familiar, atribuindo todos os efeitos aplicáveis à união estável.

No mesmo ano, no dia 25 de outubro, no julgamento do RE Nº 1.183.378, o STJ permitiu a realização do casamento homoafetivo, realçando a ideia de que, assim como as famílias, o casamento também deve ter uma concepção plural, e sendo a união homoafetiva uma forma de família, deve igual proteção concedida as demais entidades familiares, fazendo valer os princípios da dignidade e igualdade.¹²⁶

Apesar dessa decisão importante do STJ, e também a do STF, ainda, em diversos locais, casais homoafetivos eram proibidos de formalizarem a união pelo casamento. Destarte, na Resolução nº 175, do dia 14 de maio de 2013, o CNJ proibiu a recusa das autoridades competentes de realizar o casamento homoafetivo.

Hodiernamente, como acima exposto, o judiciário vem trabalhando de forma magnífica quando se trata das questões envolvendo a família homoafetiva. Inúmeros são as decisões fortalecendo a ideia de família nesse tipo de união, podemos citar: decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal que atribuiu a aplicação da Lei Maria da Penha no contexto de violência doméstica de união homoafetiva;¹²⁷ a decisão de reconhecimento de dupla maternidade, possibilitou

¹²⁵ SUPREMO reconhece união homoafetiva. Site STF, 05 mai. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em: 21 jul. 2016.

¹²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.183.378 - RS (2010/0036663-8). Recorrente: K R O. Recorrido: L.P. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. 25 out. 2011. Brasília – DF. Disponível em: <

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Civel_Geral/Registros_Publicos/Jurisprudencia_registros/STJ-%20REsp%201183378-casamento%20homoafetivo.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2016.

¹²⁷ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Nº 20140020162973CCR (0016417-71.2014.8.07.0000). Suscitante: Juízo do 1º Juizado Especial Cível e Criminal de Sobradinho DF. Suscitado: Juízo da Vara do Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher de Sobradinho – DF. Relator: Des. Jesuino Rissato. 29 set. 2014. Distrito Federal – DF. Disponível em: <

constar no registro de nascimento da criança o nome das duas mães;¹²⁸ e por fim, numa decisão inédita, o juiz da 4ª Vara Cível de Santos (SP), permitiu o reconhecimento da multiparentalidade na certidão de nascimento da criança não com fundamento na socioafetividade, mas sim pelo fato de tratar-se de duas mulheres casadas, dessa forma, o direito de ser mãe nasce do fato de terem constituído uma família.¹²⁹

Assim dispõe Maria Berenice Dias e Roberta Larratêa “o Estado laico não pode basear seus atos em concepções morais e religiosas, ainda que cultivadas pela religião majoritária, sob pena de desrespeitar todos aqueles que não a professam”.¹³⁰ Desta maneira, falta o poder legislativo ter como exemplo a atitude do poder judiciário, aceitando a nova realidade social, se libertar de todo o moralismo religioso, que se torna visível no projeto do Estatuto da Família, e agir respeitando todos os direitos fundamentais do cidadão, regulamentando de forma justa o casamento e a união estável sem distinção de opção sexual.

4.3 Família Matrimonial

A família matrimonial é a forma de entidade familiar que por muito tempo foi conhecida como família legítima, e que nos dias atuais muitos dizem ser a “família normal”. Basicamente, pode-se dizer que ela é a forma de entidade familiar constituída por duas pessoas, por intermédio do casamento civil ou religioso. Por muito tempo no Brasil essa foi a única forma de família reconhecida como legítima.

Num breve apanhado histórico, no Brasil esta modalidade de entidade familiar era caracterizada por ser patriarcal, patrimonializada, hierarquizada, procracional e heterossexual. E em razão de fortes influências religiosas e também

<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br;distrito.federal:tribunal.justica.distrito.federal.territorios;camara.criminal:acordao:2014-09-29;822972>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

¹²⁸ JUSTIÇA de SP autoriza registro de dupla maternidade. **Migalhas**, 13 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI235626,31047-Justica+de+SP+autoriza+registro+de+dupla+maternidade>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

¹²⁹ RÉGO, Rômulo Rodrigues. Decisão inédita em São Paulo reconhece multiparentalidade sem necessidade de configurar socioafetividade. JUSBRASIL. Disponível em:

<<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6017/Decis%C3%A3o+in%C3%A9dita+em+S%C3%A3o+Paulo+reconhece+multiparentalidade+sem+necessidade+de+configurar+socioafetividade>> Acesso em: 15 ago. 2016.

¹³⁰ DIAS, Maria Berenice. LARRATÊA, Roberta Vieira. **A constitucionalização das uniões homoafetivas**, in Direito de Família no Novo Milênio, organizador por Silmara Juny de Abreu Chinellato/José Fernando Simão/Jorge Shiguemitsu Fujita/Maria Cristina Zucchi. São Paulo: editora Atlas S.A, 2010, p. 377.

com a ideia de a todo custo garantir a duração do casamento, o matrimônio era considerado união indissolúvel, podendo ser rompido somente por meio de desquite, contudo, o vínculo matrimonial não deixaria de existir, cessavam apenas os deveres matrimoniais, mas não poderiam constituir novo casamento. Somente em 1977, com a lei do divórcio, que foi autorizado a dissolução do casamento.

Com a promulgação da Constituição de 1988 sobreveio uma verdadeira inovação nessa modalidade de família. Por efeito dos princípios da igualdade, liberdade, principalmente o princípio da dignidade da pessoa humana e a previsão do livre planejamento familiar, a família matrimonial deixou de lado as características que até então lhe era atribuída, ou seja, patriarcal, hierarquizada, procracional, patrimonializada e heterossexual. O homem e a mulher passaram a ser juridicamente iguais, portanto não há mais que se falar em família patriarcal e hierarquizada, e a previsão da permissão do livre planejamento familiar pautado no princípio da dignidade da pessoa humana afastou a finalidade procracional, pois ter ou não filhos passou a ser mera opção para o casal. Pode-se dizer também que em razão do livre planejamento, permitiu-se que a união matrimonial não fosse exclusivamente por casal heterossexual, mas também homossexual.

O casamento passou a ser não uma forma de materializar os ideais conservadores da sociedade religiosa, ou seja, todos devem se casar e ter filhos para assim cumprir o mandamento religioso, se tornou uma forma de realização pessoal em busca da felicidade, assim consoante doutrina do Cristiano Chaves e Nelson Rosendal: “O casamento tem de servir às pessoas. Ele é meio, instrumento, através do qual as pessoas desenvolvem a sua personalidade e almejam a realização plena, a felicidade”.¹³¹

O Código Civil de 2002, no seu livro IV trata do Direito das Famílias, e traz toda a regulamentação do casamento, a forma como é constituído, as obrigações dos cônjuges, impedimentos, hipóteses de invalidade, regime de bens, dissolução, entre outros.

O Código Civil em no seu artigo 1.511 estabelece qual a finalidade do casamento, declarando que constitui em estabelecer “comunhão plena de vida, baseado na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. A própria lei que determina os direitos e deveres dos cônjuges, dando a essa forma de união uma maior

¹³¹ FARIAS, ROSENVALD, 2009. loc. cit.

segurança, principalmente quando ocorre a dissolução, pois a lei dá a proteção necessária especialmente com a finalidade de se evitar o enriquecimento ilícito.

Um ponto relevante que deve ser ponderado é que os legisladores ao regulamentarem o casamento não fizeram nenhuma referência a respeito da opção sexual dos cônjuges. Dessa forma conclui-se que não há impedimento legal para a realização do casamento entre cônjuges do mesmo sexo. Há quem levante a ideia de que o impedimento consta no artigo 1.565, pois ele utiliza a expressão homem e mulher, contudo a doutrinadora Maria Berenice Dias rechaça essa tese com o seguinte argumento:

Só fato de a lei estabelecer (CC 1.565) que, pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família não significa que esteja limitando o casamento a heterossexuais. Simplesmente o que está afirmado é que tanto o homem como a mulher assumem tal condição, e não que necessariamente tenham de estar casados com pessoas do sexo oposto.¹³²

À vista disso, verifica-se que a lei não impede o casamento homoafetivo, contudo, por motivos obsoletos, influências religiosas e preconceituosas a celebração de casamento homoafetivo sofria grandes retaliações. Devido as retaliações que os casais homoafetivos sofriam, conforme citado no tópico acima, no dia 14 de maio de 2013 foi aprovada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a resolução nº 175, que em sua redação proíbe a recusa das autoridades competentes a realizarem o casamento homoafetivo.

Por fim, um apelo se faz necessário, pois o Código Civil, que é posterior a Constituição Federal vigente, no capítulo que trata do Direito das Famílias dispõe somente a respeito de duas modalidades, casamento e união estável, deixando de lado todas as outras modalidades existentes, e dando maior privilegio ao casamento, fazendo permanecer resquícios da sociedade conservadora do início do século XX. Diante desses fatos é importante recordar que a CF no seu artigo 226 dispõe que a família é a base da sociedade, a família não é constituída tão somente pelo casamento, e como bem lembra Maria Berenice Dias, é a família, e não o casamento que é a base da sociedade,¹³³ em razão desse motivo, merece proteção Estatal de forma isonômica a todas as suas modalidades.

¹³² DIAS, 2015. loc. cit.

¹³³ DIAS, 2015. loc. cit.

No mesmo sentido Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald:

O casamento, em síntese apertada, não é finalidade e o objetivo central da vida das pessoas humanas. Casar, ou não, é circunstância relacionada à opção pessoal. Nada mais. Assim, casando, ou não, a pessoa humana merecerá, sempre, a mesma proteção.¹³⁴

Assim, é certo dizer que a atitude do legislador de ignorar as outras modalidades de família existentes viola o princípio da dignidade da pessoa humana, visto que as pessoas que compõem àquelas famílias não regulamentadas, não possuem qualquer proteção jurídica, não sendo, a elas atribuído os direitos devidos às pessoas que compõem a família matrimonial. Tal fato necessita de modificação, pois, assim como a família matrimonial é devidamente tutelada pelo Estado, do mesmo modo deveria ocorrer com as outras modalidades de família.

4.4 União Estável

A família informal, convencional ou união estável é aquela formada, em regra, por duas pessoas, independentemente do sexo, desde que preenchido os requisitos, com a intenção de formar uma família, mas sem a formalidade do casamento.

Num breve apanhado histórico, a união estável somente foi reconhecida como entidade familiar com a promulgação da Constituição de 1988, antes disso, para o Estado não se correspondia como uma forma de família. Era conhecida como concubinato, não havia legislação específica para regulamentá-la, na hipótese de dissolução, a depender do caso a mulher recebia o chamado de “indenização por serviços domésticos”, e posteriormente passou a ser considerada sociedade de fato, dessa forma havia necessidade de comprovação da contribuição financeira de cada consorte para então gerar algum direito.¹³⁵

A Constituição de 1988 prevê expressamente a união estável como uma forma de entidade familiar. Após a sua promulgação, a primeira lei que regulamentou a união estável foi a Lei 8.971/94, contudo é uma lei muito restrita, não trouxe mudanças significativas no tratamento desta entidade familiar, como exemplo, não

¹³⁴ FARIAS, ROSENVALD, 2009. loc. cit.

¹³⁵ DIAS, 2015. loc. cit.

inclui os separados de fato, estipulava como critério para configuração desta família o prazo de 05 anos de convivência, entre outros. Em 1996, com a Lei 9.278, os direitos previstos a companheira na união estável, em certas hipóteses era até mais vantajoso do que na união matrimonial, tendo em vista que na época estava vigente o código civil de 1916. Dessa forma, com a vigências das leis supracitadas, não havia grandes diferenças no tratamento da união estável e da união matrimonial.

Entretanto, com entrada em vigor do Código Civil de 2002, este trouxe tratamentos distintos favorecendo a união matrimonial. O legislador no Código Civil de 2002 foi bem sucinto ao tratar sobre essa modalidade de família, reservando somente 05 artigos, diferentemente do capítulo que dispõe sobre o casamento. Por fim, somente no ano de 2011, conforme já tratado neste capítulo, é que foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal a união estável formada por casais do mesmo sexo.

Paulo Lôbo estuda a união estável dentro da teoria do negócio jurídico, estabelece que ela se trata de um ato-fato jurídico, ou seja, a caracterização desta forma de família se consubstancia do seguinte modo: “a vontade está em seu gênese, mas o direito a desconsidera e apenas atribui juridicidade ao fato resultante”¹³⁶, ou seja, será atribuído efeitos jurídicos à união estável desde que preenchido os requisitos impostos pela lei, não dependendo exclusivamente da vontade direta das partes.

Os requisitos necessários para a configuração da união estável estão previstos no artigo 1.723 do Código Civil, são três: (a) convivência pública; (b) contínua e duradoura; e (c) com o objetivo de constituir uma família. Na lei 8.971/94 havia previsão de que era necessário o tempo de 05 (anos) juntos para que configurasse a união estável, mas a lei 9.278/96 nada dispôs sobre esse tempo, e no mesmo caminho seguiu o Código Civil.

Na prática se torna muito difícil demonstrar a presença desses requisitos, e diferenciar se é namoro ou união estável. A linha que existe entre os dois é muito tênue, o que enseja cautela especial do judiciário ao reconhecer ou não a existência dessa forma de entidade familiar. Tamanha é a divergência no que diz respeito se determinada relação é união estável ou namoro, que o judiciário já reconheceu a existência do namoro qualificado, o qual consiste na união onde estão presentes os dois primeiros requisitos, contudo, ausente o último. Ela é muito semelhante à união

¹³⁶ LÔBO, 2009. loc. cit.

estável, mas falta o elemento subjetivo, ou seja, a intenção de formar uma família. Assim, se torna tormentosa diferenciar no caso concreto se a união é um simples namoro ou união estável, visto que é difícil comprovar a existência desse requisito subjetivo.

Isto posto, é de extrema importância a verificação de requisitos básicos, como a “consolidação do vínculo de convivência, comprometimento mútuo, entrelaçamento de vidas, embaralhar de patrimônios”,¹³⁷ planos de morar junto, ou até mesmo quando já moram juntos, contas conjuntas, a forma como se apresentam para outras pessoas, entre outras.

Faz-se importante salientar que conforme sumula 382 do STF, não faz necessário que os nubentes residam no mesmo local para que se configure a existência da união estável. Embora essa súmula tenha sido elaborada à época em que esse tipo de união ainda era muito estigmatizada, ela ainda se aplica nos dias de hoje.

Podem constituir a união estável pessoas solteiras, separadas de fato ou judicialmente, conforme dispõe o parágrafo 1º do artigo 1.723, estando impedida somente àquelas que se enquadram no artigo 1.521 do Código Civil, com exceção do inciso IV.

Os deveres dos conviventes estão previstos no artigo 1.724 do Código civil, consistem na “lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”.

Faz-se importante mencionar que, como acima citado, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, o legislador infraconstitucional não acompanhou a evolução constitucional, dispondo tratamento diverso do casamento à união estável. Um dos fundamentos utilizados para esse tratamento diverso, que levava a desigualdade, era o fato da Constituição Federal de 88, dispor no §3º do artigo 226 que seria facilitado a conversão da união estável em casamento. Esse fundamento ensejou no tratamento desigual pela lei infraconstitucional entre a modalidade de família estudada neste tópico e a família matrimonial, ensejando em violações aos princípios elencados no terceiro capítulo deste trabalho.

¹³⁷ DIAS, 2015. loc. cit.

Contudo, como bem observado pelo Ministro Roberto Barroso, em seu voto no RE 878.694-MG,¹³⁸ a intenção do legislador nesse inciso não foi estabelecer hierarquia entre essas duas formas de entidade familiar, mas somente garantir maior segurança jurídica às relações sociais e esclarecer que possuem regimes jurídicos diversos, como exemplo são os requisitos para a constituição de cada uma delas. Dessa forma a legislação infraconstitucional não tem poder de restringir direitos garantidos pela Carta Magna à família, nesse sentido Ministro Barroso:

Se o papel de qualquer entidade familiar constitucionalmente protegida é contribuir para o desenvolvimento da dignidade e da personalidade dos indivíduos, será arbitrária toda diferenciação de regime jurídico que busque inferiorizar um tipo de família em relação a outro, diminuindo o nível de proteção estatal aos indivíduos somente pelo fato de não estarem casados.¹³⁹

Nesse sentido, cumpre mencionar que o STF, no dia 31 de agosto do ano corrente, iniciou o julgamento do recurso supracitado, o qual visa, de forma incidental, deliberar a respeito da (in) constitucionalidade o artigo 1.790 do Código Civil, o qual dispõe sobre o regime sucessório na união estável, que em confrontação com o artigo 1.829 do CC, que dispõe sobre o regime sucessório do casamento, apresentando desproporcional tratamento em detrimento a união estável. Nesta sessão de julgamento, 07 ministros votaram a favor da declaração da inconstitucionalidade deste artigo, por violar principalmente os princípios da dignidade da pessoa humana, proporcionalidade e vedação do retrocesso.¹⁴⁰ No entanto ainda faltam os votos de três Ministros, mas ao que tudo indica no final esse artigo será definitivamente declarado inconstitucional, se tornando aplicável as uniões estáveis o disposto no artigo 1.829 do CC.

Esta decisão da nossa Corte máxima foi uma grande vitória às famílias brasileiras, pois acima de tudo, assim como no casamento, é imprescindível à

¹³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito de Família. Sucessão. União Estável. Recurso Extraordinário nº 878.694 – MG. Recorrente: M F V. Recorrido: R C P E outros (as). 31 ago 2016. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/sucessao-companheiro-voto-barroso.pdf>>. Acesso em: 03 set. 2016. Ausente demais informações por ser segredo de justiça.

¹³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito de Família. Sucessão. União Estável. Recurso Extraordinário nº 878.694 – MG. Recorrente: M F V. Recorrido: R C P E outros (as). 31 ago 2016. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/sucessao-companheiro-voto-barroso.pdf>>. Acesso em: 03 set. 2016. Ausente demais informações por ser segredo de justiça.

¹⁴⁰ JULGAMENTO do STF tem sete votos a favor pela inconstitucionalidade do artigo 1.790, que prevê diferenças entre cônjuge e companheiro quanto à herança. **IBDFAM**, 31 ago 2016. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6095/Julgamento+do+STF+tem+sete+votos+a+favor+pela+inconstitucionalidade+do+artigo+1.790,+que+prev%C3%AA+diferen%C3%A7as+entre+c%C3%B4njuge+e+companheiro+quanto+%C3%A0+heran%C3%A7a>>. Acesso em: 12 set. 2016.

presença do respeito, afeto, solidariedade, lealdade recíproca entre os entes que compõe a união estável, deste modo, essa forma de família possuem a mesma essência da família matrimonial, não havendo então justificativas para a proteção desigual do Estado.

4.5. Família Monoparental

A família monoparental possui previsão constitucional disposta no artigo 226, §4º o qual contém a seguinte redação: “entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, ou seja, elimina o preceito que existiu por muito tempo de que para constituir uma família seria necessário um parceiro ou parceira, eliminou aquela função robótica que era imposta a todos: nascer – crescer – casar – ter filhos. Assim como, também quebrou o tabu existente a respeito do celibato. Em síntese, a formação de uma família passou a independe de um par romântico.

Esta modalidade de família decorre principalmente do divórcio, separação da união estável, da viuvez, das hipóteses em que o indivíduo tem filhos sem estar casado ou submetido ao regime da união estável. Também se pode citar a adoção realizada por uma pessoa solteira, e em razão da evolução da ciência há formação da família monoparental quando uma pessoa solteira decide se submeter ao procedimento da reprodução humana assistida.

Quando se fala em família monoparental, a primeira ideia que vem na cabeça de muitos é a imagem de uma mãe que sozinha cria os seus filhos, mas é importante enfatizar que esta modalidade de família também pode ser composta pelo pai e seus filhos.

Até há um tempo, havia certo preconceito ante a ideia de um homem, sozinho ser o único responsável pela criação de seus filhos, pois a ideia que se formou ao longo da história, e que em muitos ficou enraizada, era a de que cabia somente a mulher o dever de cuidar dos filhos, ao homem era atribuído o dever de sustento do lar. Mas essa visão arcaica já está ultrapassada, assim como à mulher, o homem possui igual dever e capacidade de criar da forma correta os seus filhos.

O legislador do Código Civil de 2002 falhou ao regulamentar a família monoparental, cabendo então ao poder judiciário, ao aplicar a lei, para não cometer injustiças, fazer interpretação análoga no que couber aos dispositivos que

regulamentam a família matrimonial e união estável. Como exemplo, temos a seguinte jurisprudência que estendeu os efeitos da impenhorabilidade do bem de família à família monoparental:

BEM DE FAMÍLIA. CARACTERIZAÇÃO. O bem de família possui previsão no Código Civil e na Lei 8.009/90 e objetiva resguardar a única morada da entidade familiar, fundamental para a manutenção de uma vida digna, evitando a sua desestruturação. Para que se considere bem de família, o imóvel deve ser o único existente da entidade familiar ou aquele em que residem, **sendo certo que não impede sua caracterização seja a família monoparental**, decorrente de relação homoafetiva ou mesmo de uma única pessoa que ali reside. (g.n.)

(TRT-2 - AP: 00015838720125020076 SP 00015838720125020076 A28, Relator: IVANI CONTINI BRAMANTE, Data de Julgamento: 19/08/2014, 4ª TURMA, Data de Publicação: 29/08/2014)¹⁴¹

Por fim, se faz necessário ressaltar que esta modalidade de família está em consonância com todos os princípios norteadores do Direito das Famílias, principalmente o princípio do melhor interesse da criança, posto que, ela se baseia no amor incondicional que o pai ou a mãe possui pelo filho, dever de educar, respeito mútuo, carinho que devem estar presente em qualquer relação familiar.

4.6 Família Parental e Anaparental

A família anaparental consiste no termo empregado as hipóteses em que irmãos, parentes, ou não parentes que moram juntos a longo tempo, sem a presença de um ascendente,¹⁴² não se confundem com a família monoparental, pois possuem denominação própria.

Consoante doutrina de Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves, nessa modalidade de família também existirão os direitos/deveres de prestação de alimentos, herança, havendo também a possibilidade da proteção do bem de família, reconhecimento da guarda entre irmãos.¹⁴³

¹⁴¹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. Região, 2. Bem de família, caracterização. Processo nº 00015838720125020076 SP 00015838720125020076 A28. Agravante: Plínio Dantas de Moraes. Agravados: Marcelo Kalfelz Martins; Vidax Teleserviços S/A (MF); Marcos Vinicius do Carmo. Relator (a): Ivani Contini Bramante. 19 ago. 2014. Disponível em: <<http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/145934830/agravo-de-peticao-em-rito-sumarissimo-ap-15838720125020076-sp-00015838720125020076-a28>>. Acesso em: 10 set. 2016.

¹⁴² DIAS, 2015. loc. cit.

¹⁴³ FARIAS, ROSENVALD, 2009. loc. cit.

Há inclusive decisões judiciais que reconhecem a existência dessa modalidade de família. Como exemplo temos o Recurso Especial nº 1.217.415 – RS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, no qual a União buscava a anulação de adoção *post mortem* concedida a dois irmãos em conjunto, no julgamento do recurso a Ministra Relatora negou provimento ao recurso, e reconheceu a possibilidade da ampliação do disposto no artigo 42, §2º do ECA à família anaparental, valendo-se dos seguintes argumentos:

(...) A existência de núcleo familiar estável e a conseqüente rede de proteção social que podem gerar para o adotando, são os fins colimados pela norma e, sob esse prisma, o conceito de núcleo familiar estável não pode ficar restrito às fórmulas clássicas de família, mas pode, e deve, ser ampliado para abarcar uma noção plena de família, apreendida nas suas bases sociológicas.

(...)

O fim expressamente assentado pelo texto legal – colocação do adotando em família estável – foi plenamente cumprido, pois os irmãos, que viveram sob o mesmo teto, até o óbito de um deles, agiam como família que eram, tanto entre si, como para o então infante, e naquele grupo familiar o adotado se deparou com relações de afeto, construiu – nos limites de suas possibilidades – seus valores sociais, teve amparo nas horas de necessidade físicas e emocionais, em suma, encontrou naqueles que o adotaram, a referência necessária para crescer, desenvolver-se e inserir-se no grupo social que hoje faz parte.

Nessa senda, a chamada família anaparental – sem a presença de um ascendente –, quando constatado os vínculos subjetivos que remetem à família, merece o reconhecimento e igual status daqueles grupos familiares descritos no art. 42, § 2, do ECA.¹⁴⁴

Já a família parental consiste na hipótese na qual, duas pessoas, sem vínculo amoroso, e motivadas pelo desejo exclusivo de terem filhos, se juntam para alcançar essa finalidade. A criança é registrada no nome dos dois, e a guarda é compartilhada.¹⁴⁵ Vale ressaltar que tal nomenclatura é utilizada por Rodrigo Cunha Pereira, visto que, Maria Berenice Dias utiliza as nomenclaturas família parental e anaparental como sinônimas.

¹⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Adoção Póstuma, Família Anaparental**. Segredo de Justiça. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 19 jun. 2012. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22271895/recurso-especial-resp-1217415-rs-2010-0184476-0-stj>>. Acesso em: 13 set. 2016.

¹⁴⁵ DIAS, 2015. loc. cit.

4.7 Família Mosaico ou Família Reconstituída

Também denominada de família composta, pluriparental, plúrima, ou reconstituída, consiste na união formada por pessoas que pertenciam à outra família, uma delas ou ambas têm filhos dessa antiga união, por exemplo, diante de um casamento infeliz, a pessoa divorcia-se, e então encontra uma nova pessoa para formar uma família, diante do afeto existente, essas duas pessoas se unem e formam uma nova família. Para que fique caracterizado essa modalidade de família, se faz necessário que ao menos uma dessas pessoas tenham filho, ou filhos frutos ou não de um antigo relacionamento.

Talvez seja a modalidade de família mais comum no Brasil, é caracterizada pela frase: “o meu, os seus, e os nossos”, referindo-se aos filhos que essas duas pessoas tiveram na constância na união anterior, e os filhos comuns. É desta modalidade de família que decorrem as expressões: padrasto, madrasta, enteada.

Assim define Guilherme Calmon:

Trata-se de família que se caracteriza pela pluralidade de relações parentais e afins, geralmente relacionadas à dissolução de famílias anteriores com a constituição da família mosaico pelo novo casamento ou companheirismo. Caracteriza-se pela multiplicidade de vínculos, a ambiguidade dos compromissos e a interdependência, eis que são constituídas pelo novo casal, os filhos exclusivos de cada um (de relacionamentos anteriores) e os filhos comuns (geralmente mais novos).¹⁴⁶

Há lei que possibilita ao enteado acrescentar em seu nome o nome do padrasto (Lei nº 11.294/09); também permite que, desde que declarado pelo padrasto, o enteado seja considerado como seu dependente para fins de previdência social (Lei nº 8.213/91); assim como permite a chamada adoção unilateral (ECA – lei nº 8.069/90).

Paulo Lôbo critica o legislador em razão do vazio legal que existe sob a família recomposta, pois ao regulamentar o Direito das Famílias a única preocupação do legislador se pairou diante da família matrimonial, deixando de lado a família mosaica, que principalmente pós 1977, cresceu absurdamente, sendo uma das principais formas de instituição de família existente.¹⁴⁷

¹⁴⁶ GAMA, 2008. loc. cit.

¹⁴⁷ LÔBO, 2009. loc. cit.

Dessa forma, Maria Berenice Dias, enfatiza que a tendência é que nessa família, as relações entre os filhos com seu genitor sejam considerada como monoparental.¹⁴⁸

4.8 Família Poliafetiva

Consiste na união de três ou mais pessoas com o intuito de formar uma relação íntima de afeto, baseada no respeito, solidariedade, companheirismo, também é chamada de poliamor. Essa união pode ser entre: um homem e duas mulheres; uma mulher e dois homens; três mulheres ou três homens, ou mais pessoas.

Essa modalidade de família talvez se assemelha um pouco a forma que era estruturada a família durante a transição da família punaluana para a família sindiásmica, estudadas no começo deste trabalho, pois não havia limitação no número de parceiros, e todos os membros dessa família se relacionavam entre si.

Embora muitos rejeitem esse formato de família, pois consideram imoral, no Brasil alguns cartórios de registro de notas já oficializaram uniões com esse formato, reconhecendo-os como uma família.¹⁴⁹

Outra questão que pode ser levantada a respeito dessa entidade familiar, é os seus reflexos principalmente no âmbito do Direito Penal. Sem a intenção de discutir o mérito, mas apenas para citar a possibilidade de discussão futura sobre esse fato, é se as pessoas que compõem a união poliafetiva podem ou não serem enquadradas no artigo 235 do Código Penal, que dispõe sobre o crime de bigamia? Essa questão logo perderá eficácia, pois o Projeto de Lei nº 236/2012, que traz o novo Código Penal, adequado a nova realidade social, não traz mais a tipificação de bigamia.

¹⁴⁸ DIAS, 2015. loc. cit.

¹⁴⁹ ALBARRAN, José Francisco. **União estável entre três pessoas é oficializada em cartório de Tupã**, SP. JusBrasil. Disponível em: < <http://albarran.jusbrasil.com.br/noticias/118054464/uniao-estavel-entre-tres-pessoas-e-oficializada-em-cartorio-de-tupa-sp> >. Acesso em: 03 set. 2016.

AMÂNCIO, Thiago. **'Casais' de 3 ou mais parceiros obtêm união com papel passado no Brasil**. Folha Uol, 24 jan. 2016. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/01/1732932-casais-de-3-ou-mais-parceiros-obtem-uniao-com-papel-passado-no-brasil.shtml> >. Acesso em: 03 set. 2016.

UNIÃO Poliafetiva: cartório realiza o segundo registro entre três pessoas. **Tribuna Bahia**, 08 abr. 2016. Disponível em: < <http://www.tribunadabahia.com.br/2016/04/08/uniao-poliafetiva-cartorio-realiza-segundo-registro-entre-tres-pessoas> >. Acesso em: 03 set. 2016.

Enfim, sem embargos de outras discussões possíveis de serem levantadas, a realidade social demonstrou a existência dessa modalidade de família, deve então o Direito cumprir seu papel e amparar todos os indivíduos que optam por formar uma família dessa forma, pois não há prejudica ninguém, não há então motivos para negar amparo legal.

Vale mencionar que recentemente a ADFAS - Associação de Direito da Família e das Sucessões, através de um pedido de providencias, requereu a proibição da lavratura de escrituras públicas de uniões poliafetivas, e ao analisar o requerimento a Ministra Nancy Andrighi recomendou aos cartórios de notas que até a conclusão da análise desse pedido de providências, não realizem lavraturas de novas escrituras declaratórias de união poliafetiva.¹⁵⁰

4.9 Famílias Paralelas ou Simultâneas

Também conhecida como concubinato, constitui na união em que uma pessoa mantém simultaneamente relacionamento amoroso, com a intenção de formar uma família, com mais de uma pessoa. Mas difere da família poliafetiva, pois, na união simultânea o relacionamento com cada uma dessas pessoas se dá em ambientes distintos, há concomitantemente dois relacionamentos, como exemplo pode-se destacar a hipótese do homem que é casado e constitui simultaneamente uma união estável com outra mulher.

Nas famílias paralelas, a primeira união pode se dar tanto pelo casamento, quanto pela união estável, já as subseqüentes normalmente resultam da união estável. Todavia, há quem aponta a impossibilidade de que essa segunda união seja reconhecida como união estável, usam como fundamento o dever de lealdade disposto no capítulo do Código Civil que trata da união estável. Contudo, como bem destaca boa parte da doutrina, esse dever de lealdade previsto para a união estável, se difere do dever de fidelidade:

Nem se invoque, em tal tentativa, contrária à própria função da união estável, o artigo 1.724, que estabelece o dever de lealdade entre os companheiros.

¹⁵⁰ CONSELHO Nacional de Justiça. Pedido de providencias 0001459-08.2016.2.00.0000. Requerente Associação de Direito de Família e das Sucessões – ADFAS. Requerido: Terceiro Tabelião de Notas e Protesto de Letras e Títulos de São Vicente-SP e outros. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/5/art20160504-06.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2016.

(...) Trata-se de um compromisso com a concepção de união mantida pelos próprios envolvidos. Não implica, necessariamente, a exclusividade que a fidelidade conjugal exige.¹⁵¹

Desse modo, é perfeitamente possível a configuração de uma união estável simultânea, já que nessa modalidade de família, de acordo com a lei, não há o dever de fidelidade, exclusividade.

No judiciário, embora de forma não unânime, há julgados que reconheceram a existência dessa entidade familiar, concedendo direitos iguais aos seus membros, como exemplo, podemos citar a decisão que determinou a divisão da pensão por morte entre as companheiras,¹⁵² também pode ser citada a decisão que permitiu o arrolamento de bens e dissolução da união estável com partilha de bens a uma das companheiras,¹⁵³ entre outras.

O IBDFAM no seu enunciado 4 reconhece a possibilidade de se atribuir efeitos jurídicos a entidade familiar paralela.¹⁵⁴

De todas as modalidades de família, talvez essa seja a que precisa ser tratada com mais sensibilidade, tendo ela que ser analisada sob duas vertentes: (a) primeiro, analisar sob o prisma da primeira mulher; (b) analisar sob o prisma da segunda mulher.¹⁵⁵

À vista disso, discute-se se ao reconhecer a possibilidade da atribuição de efeitos jurídicos e a legitimação das famílias simultâneas, não haveria injustiça para com a primeira mulher, pois esta, em tese, está sendo enganada pelo marido/companheiro e ainda terá que dividir todos os bens, ou eventual pensão, com a “outra”, a “amante”; mas há também a possibilidade de haver injustiças para com a segunda mulher, pois há casos em que nesse segundo relacionamento, assim como no primeiro, há dependência econômica, ou contribuição recíproca para a construção

¹⁵¹ SCHREIBER, Anderson. **Famílias Simultâneas e Redes Familiares**, in Leituras complementares de direito civil – direito das famílias, organizado por Marcos Ehrhardt Júnior e Leonardo Barreto Moreira Alves. Salvador: Editora Juspodivm, 2010. P. 148/149.

¹⁵² BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 3. Previdenciário. Apelação Cível nº 0008105-68.2010.4.03.9999/SP. 2010.03.99.008105-1/SP. Segredo de Justiça. Relator: Desembargador Federal Sérgio Nascimento. São Paulo, 04 mar. 2016. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/pensao-morte-divida-morto-tiver-mantido1.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2016.

¹⁵³ DECISÃO de Niterói reconhece união estável putativa. IBDFAM, 15 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6023/Decis%C3%A3o+de+Niter%C3%B3i+reconhece+uni%C3%A3o+est%C3%A1vel+putativa>> Acesso em: 15 set. 2016.

¹⁵⁴ IBDFAM aprova enunciados. IBDFAM. 28 out. 2015. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5819/IBDFAM+aprova+Enunciados+++>>. Acesso em: 30 set 2016.

¹⁵⁵ *Esta sendo utilizado o termo “mulher”, pois normalmente quem mantém um relacionamento simultâneo são os homens. Mas pode haver exceções.

de todo patrimônio, junta-se muitas vezes a isso, promessas vazias de que um dia esse relacionamento será exclusivo. Isto posto, tanto o legislador, quanto o judiciário, precisam avaliar muito bem o caso concreto, precisam repelir todo o moralismo que impede o reconhecimento dessa forma de união, e se adaptarem a nova realidade social.

No Brasil temos o emblemático caso das famílias funkeiro Mr. Catra, o qual abertamente já relatou a mídia que possui três mulheres, além dos relacionamentos casuais.

Há que se frisar que, assim como nas outras modalidades de família, aqui se faz presente todas os traços característicos da família, ou seja, afeto, companheirismo, respeito, lealdade, relacionamento contínuo, intenção de formar uma família. Dessa forma, o Estado precisa agir com muita cautela, avaliar o caso concreto, e assim, conceder proteção aos membros dessa família, para que evite injustiças.

4.10 Família Unipessoal ou Single

Houve época em que o celibatarismo ou solteirismo era proibido, havia a necessidade de que as pessoas constituíssem famílias e procriassem, para que possibilitasse a evolução da sociedade. Contudo, assim como muitos preceitos firmados pela sociedade no passado se tornaram ultrapassados, a proibição do solteirismo também.

Há inúmeras pessoas que optam por viver sozinhas, elas não têm filhos, não possuem relacionamento íntimo de afeto com terceiros, não moram com qualquer parente, optaram por viverem sozinha, são conhecidas como família single ou unipessoal.¹⁵⁶

Apesar de ser totalmente diferente das demais formas de família, não podemos excluir as pessoas que optam por viver dessa forma, pois assim como nas outras entidades familiares, há aqui também o exercício da liberdade, autonomia de vontade, a busca do direito da felicidade, e, principalmente, o amor próprio, pois, melhor viver sozinho do que num relacionamento destrutivo.

¹⁵⁶ PEREIRA, 2006. loc. cit.

É certo que há ainda muita resistência em enquadrar uma única pessoa como família, mas cumprindo a finalidade deste trabalho fez-se necessária a menção sobre esta modalidade de família.

É certo, ainda, que nota-se que o principal fator para o enquadramento de uma única pessoa como família foi para que para essas pessoas também fossem atribuídas proteções inerentes a família, como exemplo considerar o imóvel que uma pessoa mora como bem de família, logo impenhorável.

Embora ainda muito controverso, é dever do Estado proteger aqueles que optam por viver sozinhos, sendo eles considerados ou não família, e fere o princípio da dignidade o tratamento diverso do atribuído às famílias somente pelo fato da pessoa ter optado por uma vida solitária.

4.11 Outras Modalidades de Família

A doutrinadora Maria Berenice Dias¹⁵⁷ traz ainda outras modalidades de família que vale a pena mencionar.

Há a família natural a qual consiste na família biológica formada pelos pais e seus descendentes. A família que se estende para além dos pais e seus filhos, alcançando parentes próximo, desde que eles tenham vínculos de afinidade, recebem o nome de extensa ou ampliada, consoante artigo 25 do ECA.

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê também a família substituta, a qual consiste nas famílias cadastradas à adoção, e diante da impossibilidade da criança ficar com a família biológica ou a família extensa, ela fica sob a guarda de uma família substituta, podendo, ao final, ser oficialmente adotada.¹⁵⁸

Por fim, a respeito da nova concepção de família, leciona Maria Berenice Dias:

No momento em que o formato hierárquico da família cedeu à sua democratização, em que as relações são muito mais de igualdade e de respeito mútuo, e o traço fundamental é a lealdade, não mais existem razões morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais que justifiquem a excessiva e indevida ingerência do Estado na vida das pessoas. A família identifica-se pela comunhão de vida, de amor e de afeto no plano da igualdade, da liberdade, da solidariedade e da responsabilidade recíproca.¹⁵⁹

¹⁵⁷ DIAS, 2015. loc. cit.

¹⁵⁸ DIAS, 2015. loc. cit.

¹⁵⁹ DIAS, 2015. loc. cit.

E é justamente em virtude dessa nova concepção de família, tendo como característica principal o afeto, que estreou uma nova denominação a família, chamada pela doutrina de família eudemonista.¹⁶⁰ A família eudemonista abarca todas as outras modalidades de família aqui citadas, nessa nova concepção, o indivíduo busca sua verdadeira felicidade, e para que ela se concretize, por motivos afetivos, institui uma família com outras pessoas.

Cuida-se, a busca da felicidade, de preceito que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhecendo-se não apenas as suas capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos, mas também que o Estado, então recém-criado, deveria atuar apenas na extensão em que essas capacidades próprias fossem respeitadas.¹⁶¹

E é exatamente nesse sentido, na busca da felicidade, concretizando o princípio da dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, solidariedade, entre outros, que a família hodierna está construindo seus pilares.

Por fim, verifica-se após o estudo das diversas modalidades de família, que com não somente a característica principal que determina a formação de uma família se alterou, como consequência secundária de todo o processo de evolução alterou-se também o papel desempenhado por cada membro da família. Há um tempo, como descrito na parte histórica desse trabalho, ao marido incumbia o dever de sustento do lar, à mulher era devido os cuidados da casa e dos filhos. Hodiernamente, já não há mais essa divisão de tarefas, razão pela qual não há impedimentos da adoção por casais homoafetivos, visto que tanto o homem, quanto a mulher, podem desempenhar funções semelhantes. O ponto central é, que com a evolução da família, não somente o afeto se agregou a sua composição, mas também a igualdade de gênero.

¹⁶⁰ *Expressão que, na sua origem grega, se liga ao adjetivo feliz e denomina a doutrina que admite ser a felicidade individual ou coletiva o fundamento da conduta humana moral, isto é, que são moralmente boas as condutas que levam à felicidade (Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, Novo dicionário da língua portuguesa, 592).

¹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito de Família. **Multiparentalidade**. Recurso Extraordinário nº 898.060 – SC. Recorrente: A.N. Recorrido: F.G. Relator: Ministro Luiz Fux. 21 set. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4803092>>. Acesso em: 24 set 2016. Ausente demais informações por ser segredo de justiça.

5 IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DO RECONHECIMENTO DA FAMÍLIA PLURAL

Caminhando para o fim deste trabalho, este último capítulo terá como objetivo demonstrar as implicações jurídicas dessa nova concepção de família, mediante o estudo de três institutos jurídicos.

Talvez a maior preocupação existente ao admitir proteção jurídica a todas as modalidades de família citadas, seja quais os impactos jurídicos que causará, quais as mudanças e adaptações legislativas serão necessárias para que todas as famílias tenham tratamento igualitário.

No Direito Penal temos, como exemplo, de dispositivos que, na busca de proteção isonômica a todos os arranjos familiares existentes, necessitariam de adequação, ou mais precisamente, de alteração legislativa, os dispositivos do Código Penal que mencionam apenas o cônjuge, como exemplo o artigo 181 o qual da início às disposições gerais dos crimes contra o patrimônio, isentando de pena se o crime for praticado contra o cônjuge; os casos que preveem como causa de aumento de pena se o crime for praticado contra o cônjuge; há também o delito de abandono material, que traz como sujeitos do delito apenas o cônjuge, nem se quer menciona o companheiro, para este delito há o projeto de lei nº 82/15 que busca alterar este delito para introduzir como vítima também o companheiro.¹⁶² Mas, há que se ressaltar que a lei 11.340, denominada Lei Maria da Penha, no inciso III, do artigo 5º prevê a sua incidência em qualquer relação íntima de afeto, estando ela, deste modo, adequada a nova realidade social no que diz respeito a família.

Mas não somente na área do Direito Penal, pode-se mencionar também outras áreas do Direito que necessitam adequação à nova realidade das famílias, como exemplo: no direito das coisas, o direito real de habitação também se estende ao companheiro?; no direito constitucional a questão da usucapião familiar, seria aplicável a todas as modalidades de família? Por força do princípio da isonomia o tratamento deve ser de forma igualitária, mas há questões, como essas citadas, que geram controvérsias, e muitas vezes se resolvem somente perante o judiciário.

¹⁶² PROPOSTA altera o Código Penal para punir companheiro por crime de abandono material. IBDFAM, 27 jan. 2016. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5882/Proposta+altera+o+Código+Penal+para+punir+companheiro+por+crime+de+abandono+material>>. Acesso em: 13 out 2016.

No presente trabalho, para melhor análise, serão estudados os reflexos da nova concepção de família sob o prisma de três institutos jurídicos. O primeiro instituto, já existente no ordenamento jurídico, possui vínculo direto com o Direito das Famílias; o segundo, também já existente no ordenamento jurídico, contudo, pertencente a outro ramo do Direito diverso do Direito das Famílias, que será analisado sob a ótica da diversas modalidades de família com intuito de demonstrar que essa nova concepção incide efeitos também nas demais áreas do Direito; e ao final, um novo instituto que recentemente foi reconhecido pela Corte Suprema do Brasil, que teve com embrião a família moderna.

Se faz necessário esclarecer que, o reconhecimento de todas as modalidades de família existentes tem como consequência efeitos jurídicos em todos os ramos no Direito existentes, e não apenas nos três que aqui serão considerados. Mas, com intuito somente de demonstrar que a falta de atribuição de proteção às modalidades de família, principalmente aquelas não previstas expressamente na lei, resulta em manifesta injustiça, assim como gera total insegurança jurídica, é que serão objetos deste trabalho apenas os três institutos abaixo.

Cabe prevenir que, não serão estudados todos os aspectos desses três institutos, o propósito que se cumpre aqui é o de apenas demonstrar as repercussões jurídicas motivadas pelo reconhecimento às novas modalidades de famílias.

5.1 Impenhorabilidade do Bem de Família

Neste tópico será estudado a aplicação da impenhorabilidade de família a todos os arranjos familiares estudados neste trabalho.

Para dar início serão feitos breves apontamentos a respeito da impenhorabilidade do bem de família. No entanto, cabe salientar que o propósito é não fugir da sistemática das modalidades de família, por esse motivo, não serão estudadas outras peculiaridades que o tema impenhorabilidade enseja, como exemplo, se é somente o bem que reside a família que é considerado impenhorável; quais os bens móveis que se estende essa proteção; quem pode e quem não pode opor a impenhorabilidade, entre outras discussões que possam ser levantadas.

É certo que há influência direta do reconhecimento jurídico de todas as formas de família em todos os demais ramos do Direito das Famílias. Mas, por questão didática, a impenhorabilidade do bem de família foi escolhida para ser objeto de

estudo, pois não somente pela sua grande importância, verifica-se menor complexidade no tema em comparação com outros, como exemplo direito de sucessão ou regime de bens, evitando dessa forma o prolongamento e imoderado do presente trabalho.

5.1.1. Aspectos gerais sobre a impenhorabilidade do bem de família

Um dos mecanismos judiciais coercitivos existentes no processo civil brasileiro para garantir a efetividade do cumprimento de uma obrigação onerosa é a penhora. O ato da penhora consiste no ato de apreensão de um bem do devedor, buscando o cumprimento de uma obrigação ou pagamento de dívida, dando efetividade a uma decisão judicial.

Todavia, nem todos os bens são suscetíveis de penhora, há exceções legais, em que os bens do devedor deixam de responder por suas dívidas. A impenhorabilidade consiste na proteção aplicada a determinado bem diante das dívidas de seu proprietário, ou seja, esse bem não responderá pelas dívidas adquiridas pelo seu proprietário. Neste tópico será estudada a impenhorabilidade do bem de família.

Para efetivar o macro princípio da dignidade da pessoa humana, se faz necessário a existência de inúmeros institutos jurídicos, a impenhorabilidade do bem de família consiste em um dos diversos institutos do Direito que busca garantir a efetividade desse princípio, protegendo os bens classificados como bem de família, que são aqueles considerados essenciais para que o sujeito tenha uma vida digna. Destarte, a impenhorabilidade do bem de família não se fundamenta somente nesse princípio, mas também, busca a proteção ao direito fundamental da propriedade e a garantia do patrimônio mínimo da família.

Ao atribuir a qualidade de bem de família a determinado bem, estará automaticamente, a princípio, reconhecendo que este bem não responderá pelas dívidas do seu proprietário, ele será impenhorável.

No ordenamento jurídico brasileiro temos o bem de família legal e o bem de família convencional ou voluntário.

O bem de família legal, disciplinado na lei 8.009/90, consiste nos bens que a lei atribui a qualidade de bem de família. Estão dispostos no artigo 1º da lei 8.009/90:

Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

Consoante artigo 1º, o imóvel onde reside a família, assim como os bens dispostos no parágrafo único, são impenhoráveis, mas há duas peculiaridades. A primeira peculiaridade é que a impenhorabilidade não se aplica a todas as dívidas, os artigos 2º e 3º da lei 8.009/90 trazem algumas exceções. A segunda é a de que os bens listados no artigo 1º somente serão considerados impenhoráveis se estiverem quitados.

O bem de família voluntário ou convencional esta previsto no Código Civil, do artigo 1.711 a 1.722. O Código Civil permite que o cônjuge ou entidade familiar destine, por meio de escritura pública ou testamento, um dos seus imóveis residenciais, seja urbano ou rural, para receber a qualidade de bem de família, mas, para que seja possível, o bem não poderá ultrapassar um terço do patrimônio líquido, e terá que ser destinado a domicílio familiar. Também, nos mesmos moldes, permite que um terceiro institua bem de família, por meio de testamento ou doação.

Para conferir eficácia erga omnes, ao instituir determinado bem como bem de família, deverá ser feito o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Temos que nos atentar que, quanto ao bem de família voluntário, como bem ressalta Maria Berenice Dias, que ao atribuir a condição de bem de família a determinado bem, não produzirá efeitos retroativos, esses bens se tornam impenhoráveis somente para as dívidas futuras, é dessa forma, pois busca evitar fraude.¹⁶³

O objeto principal que tem a atribuição de bem de família é o imóvel, a princípio, destinado a moradia da família. Os móveis que compõe a residência da família, são bens de família acessórios, desde que essenciais para subsistências. A lei não traz a quais bens móveis também se estende a característica de bem de família, ou seja, não dispõe o que se considera como bem essencial para a

¹⁶³ DIAS, 2015. loc. cit.

subsistência da família, mas o Código de Processo Civil, em seu artigo 833 dispõe sobre bens considerados impenhoráveis, contudo, ainda assim não soluciona essa questão. A jurisprudência não é unânime ao dispor sobre esse tema, para dizer se o bem é ou não essencial, recomendam analisar o contexto social subjetivo da família cujo o bem pertence, é preciso analisar o caso concreto.

Nesse sentido, decisões jurisprudenciais:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. PENHORA. MÓVEIS QUE GUARNECEM A CASA EM DUPLICIDADE. BEM DE FAMÍLIA NÃO CONFIGURADO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I - A aferição da essencialidade do bem, para que seja considerado impenhorável, exigiria o reexame do conjunto fático exposto nos autos, o que é defeso ao Superior Tribunal de Justiça, nos termos da Súmula 07/STJ.

II - Os bens encontrados em duplicidade na residência são penhoráveis de acordo com a jurisprudência do STJ. Agravo Regimental improvido. (g.n.)¹⁶⁴

RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. BENS DE FAMÍLIA. MÁQUINA DE LAVAR LOUÇA, MICROONDAS, FREEZER, MICROCOMPUTADOR E IMPRESSORA. LEI N. 8.009/90. IMPENHORABILIDADE. PRECEDENTES. [...] **In casu, foram penhorados uma máquina de lavar louça, um forno de microondas, um freezer, um microcomputador com acessórios e uma impressora. Os mencionados bens, consoante jurisprudência consolidada desta Corte Superior de Justiça, são impenhoráveis, uma vez que, apesar de não serem indispensáveis à moradia, são usualmente mantidos em um lar, não sendo considerados objetos de luxo ou adornos suntuosos. Precedentes. Recurso especial provido. (g.n.)¹⁶⁵**

Feito esses breves apontamentos sobre a impenhorabilidade do bem de família, o próximo passo é tratar do ponto mais relevante para este trabalho: quais os sujeitos que podem opor a impenhorabilidade diante de uma execução; se esse instituto se aplica a todos os arranjos familiares.

¹⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Impenhorabilidade. Bem de família. Ar-condicionado. Agravo regimental nº 821.452 – PR. Agravante: Sônia Regina Ferreira de Souza. Agravado: Sociedade Bemaventurada Imelda. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, 18 nov. 2008. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2351754/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-821452-pr-2006-0223440-6/inteiro-teor-12223121>>. Acesso em: 10 out. 2016.

¹⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Impenhorabilidade. Bem de família. Recurso Especial nº 691.729 – SC. Recorrente: Augusto Sued de Novais. Recorrido: Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Franciulli Netto. Brasília. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_691729_SC_14.12.2004.pdf?Signature=VyfXB0J83CtXTqT%2Fn6ttDzC%2BVAc%3D&Expires=1477356578&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=728951fc3e689feefb6e5915cf0b0a47>. Acesso em: 10 out 2016.

5.1.2 Aplicação

Ao determinar quais serão os sujeitos que poderão opor a impenhorabilidade de seu imóvel residencial, a lei 8.009/90, que dispõe sobre o bem de família legal, utiliza a expressão “casal” ou entidade familiar

. Levando em conta que a expressão entidade familiar engloba todas as uniões de pessoas, com intuito de formar uma família, que tem como alicerce o afeto, solidariedade, respeito, lealdade, junte-se a isso o que foi levantado no capítulo anterior, sobre a não taxatividade do artigo 226 da Carta Magna, pode-se concluir que, quanto ao bem de família legal, a lei se aplica a todos as modalidades de família existentes na sociedade brasileira.

Todavia, essa matéria não é tão pacífica. A respeito das modalidades de família previstas expressamente na Constituição Federal a questão da impenhorabilidade não é divergente. Contudo, ao envolver bens de devedores que pertencem as demais modalidades de família surge a controversa, pois não é pacífico a interpretação ampliativa da terminologia entidade familiar.

Porém, não reconhecer como bem de família o imóvel que reside as pessoas que fazem parte de modalidade de família que não possui previsão expressa, é uma afronta ao princípio da igualdade, além disso, a lei busca garantir a proteção ao direito de moradia, garantir a todos a proteção daquilo que é essencial para subsistência. Dessa forma, não há justificativa coerente que negue a aplicação dessa proteção aos demais arranjos familiares.

Nesse sentido, Maria Berenice Dias:

O conceito de entidade familiar abriga estruturas de convívio das mais diversas, é conceito amplíssimo, que alberga tanto a união estável, constituída pelo homem e pela mulher e sua prole, quanto aquelas outras manifestações de afetividade recíproca e de ajuda mútua, como a união do homem e da mulher com os filhos das uniões anteriores de cada um, a união do pai com seus filhos, do pai com os filhos de sua companheira, os avós com os netos, a mãe solteira com seu filho. O sentido e o alcance da norma vêm se modificando, em grande parte por obra da jurisprudência, que percebeu a mudança de finalidade da lei ao deparar com casos que refletiam grandes injustiças, como o de pessoas viúvas, separadas e mesmo solteiras que perdiam sua única moradia porque, tecnicamente, não poderiam ser equiparadas à família.¹⁶⁶

¹⁶⁶ DIAS, 2015. loc. cit.

O problema se agravava nas hipóteses em que o devedor se enquadrava na hipótese de família single, ou seja, solteiro, sem filhos, aquele que vive sozinho em sua residência, ou também, podemos citar, na hipótese da família anaparental, o sujeito que vive com seus irmãos, o imóvel destinado a moradia seria ou não impenhorável? A jurisprudência já vinha agindo de forma positiva, atribuindo a impenhorabilidade do imóvel nessas hipóteses citada, como exemplo um antigo julgado do STJ:

Execução. Embargos de terceiro. Lei 8.009/90. impenhorabilidade. Moradia da família. Irmãos solteiros. Os irmãos solteiros que residem no imóvel comum constituem uma entidade familiar e por isso o apartamento onde moram goza da proteção de impenhorabilidade, prevista na Lei 8.009/90, não podendo ser penhorado na execução de dívida assumida por um deles. Recurso conhecido e provido. (STJ, REsp 159.851/SP, 4.ª T., Rei. Min. Ruy Rosado de Aguiar, J. 19/03/1998).¹⁶⁷

Para contornar essa adversidade e evitar injustiças, o STJ editou a súmula 364, a qual possui a seguinte redação: “o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”. Com a edição dessa súmula, de certa forma, resolveu o problema quanto a aplicação da impenhorabilidade, pois, o devedor de um modo ou de outro se enquadraria em uma das hipóteses em que o imóvel onde reside é considerado bem de família, e logo, impenhorável.

Mas, há ainda um problema que não foi resolvido, que ocorre quando envolve famílias simultâneas. Diante do caso em que o devedor possui simultaneamente duas famílias, e o imóvel que reside cada uma delas pertence a ele, os dois imóveis serão considerados bem de família legal, logo, serão impenhoráveis?

O artigo 5º da lei 8.009/90 determina que será considerado impenhorável um único imóvel destinado a moradia da família ou entidade familiar, em razão dessa determinação de permitir a impenhorabilidade somente a um único imóvel que surge essa discussão. Contudo, há que se adequar à lei a nova realidade social, num caso como esses, permitir a penhora do imóvel onde reside uma das famílias seria caso de flagrante injustiça e desrespeito ao princípio da igualdade e ao direito fundamental da moradia.

¹⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Impenhorabilidade. Bem de família. Irmãos solteiros.** Recurso Especial 159851 – SP. Segredo de Justiça. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Brasília. 22 jun 1998. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/505872/recurso-especial-resp-159851-sp-1997-0092092-5>>. Acesso em 08 out 2016.

Em 2014, a 3ª Turma do STJ, estendeu os efeitos da impenhorabilidade do bem de família a um segundo imóvel pertencente ao devedor, pois, naquele caso, o devedor possui um imóvel no qual morava com a sua família, e outro imóvel que havia cedido para suas filhas, frutos de um relacionamento extraconjugal, morar junto com a mãe delas, entendendo que a interpretação da lei deve se adequar a realidade social, e também que a principal finalidade da lei que regulamenta o bem de família legal é também resguarda o direito à moradia, com fundamento na dignidade da pessoa humana.¹⁶⁸

Nesse sentido, é possível concluir que se valendo dessa interpretação do STJ diante desse caso, que se amolda muito a família simultânea, pode-se dizer que os dois imóveis pertencentes ao devedor, onde residem suas famílias, também serão considerados como bem de família, portanto, impenhoráveis.

O ponto central que gera esse embaraço jurídico esta na interpretação que é dada ao artigo 226 da Constituição Federal, mais especificamente no significado de entidade familiar, pois, principalmente os mais conservadores, entendem como entidade familiar somente aquelas previstas expressamente na Constituição Federal, ou seja, a família monoparental e a união estável.

Para evitar injustiças o legislador poderia alterar a lei, ou até mesmo a Constituição Federal, incluindo de forma expressa todas as modalidades de família, o que hodiernamente se torna meio difícil ocorrer, especialmente em razão da forte influência religioso que há no poder legislativo brasileiro, onde há a “bancada religiosa”. Ou como medida alternativa, que é a solução mais acessível no momento, é o judiciário, diante de casos como exemplo da família simultânea, interpretar a expressão “entidade familiar”, conforme a sociedade atual, como já vem fazendo brilhantemente, e assim como fizeram ao criar a súmula 364 do STJ, já citada anteriormente.

¹⁶⁸ STJ amplia o conceito de entidade familiar para proteção do bem de família. **Migalhas**, 27 jan. 2016 Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI179364,91041-STJ+amplia+conceito+de+entidade+familiar+para+protecao+de+bem+de>. Acesso em: 08 out 2016.

V 5.2 Licença-Maternidade e Licença-Paternidade

Assim como no tópico anterior, inicialmente serão levantados aspectos gerais sobre a licença a maternidade e paternidade, após serão estudados os reflexos que as novas modalidades de família reproduzem neste tema.

Antes, se faz necessário esclarecer que, dentre todos os institutos dentro do Direito do Trabalho, não desprestigiando nenhum dos demais institutos, este foi escolhido para ser estudado no presente trabalho principalmente em razão da sua importância, pois, envolve sobretudo o bem-estar da criança, garantindo por um tempo mais prolongado o primeiro contato com os pais. Mas não apenas por esse motivo, tal instituto recentemente sofreu alterações buscando adequar-se a nova realidade social, demonstrando a influência da atual concepção de família.

Vale a pena ressaltar que o objetivo neste tópico não é realizar um estudo aprofundando sobre este tema, mas sim, para não fugir do tema central deste trabalho, demonstrar como a nova concepção de família acarreta reflexos neste tema.

5.2.1 Aspectos gerais a respeito da licença-maternidade

A Constituição Federal, precisamente nos incisos XVIII e XIX do artigo 7º dispõe a respeito da licença-maternidade e a respeito da licença-paternidade, respectivamente. Há previsão desses institutos também na Consolidação das Leis Trabalhistas nos artigos 391 a 400.

A duração da licença-maternidade é de 120 dias prorrogável por mais 60, consoante previsão constitucional. Já a licença-paternidade o prazo utilizado é o disposto no artigo 10 da ADCT, visto que o inciso XIX do artigo 7º da Constituição Federal se trata de uma norma de eficácia contida e ainda não foi promulgada lei que regulamente a licença paternidade, dessa forma, a sua duração é de 05 (cinco) dias.

Em ambos os casos, desde que a empresa faça parte do Programa Empresa Cidadão, a durabilidade da licença poderá ser prorrogada, na licença-maternidade há a possibilidade de prorrogação por mais 60 (sessenta dias), já a licença-paternidade há a possibilidade de prorrogação por mais 15 dias, consoante disposição da Lei nº 11.770/08. Nos dois casos se faz necessário o requerimento da prorrogação, devendo requerer até o final do primeiro mês após o parto, no caso da empregada, e no prazo de dois dias úteis após o parto, no caso do empregado.

Com alteração advinda da Lei nº 12.873/13, não é somente a empregada que poderá gozar da licença-maternidade pelo período de 120 dias, poderão também usufruir desse benefício na hipótese da adoção, um dos cônjuges ou companheiros (as), o guardião da criança e também o pai (mãe) adotante solteiro.¹⁶⁹

Trata-se de hipótese de interrupção de trabalho, pois durante esse período de afastamento o empregado (a) continua recendo normalmente seu salário, assim como, para todos os efeitos, o tempo afastado é contado como tempo de serviço, ex. décimo terceiro salário, FTGS, período aquisitivo de férias, entre outros.

A lei garante ainda o direito ao recebimento do salário maternidade, tendo direito a receber pelo mesmo período de 120 (cento e vinte) dias. Nos casos de adoção, somente um dos pais poderá receber, e é garantido também ao pai ou mãe na hipótese em que a genitora vem a falecer.

A licença-maternidade é devida não somente por questões biológicas, isto é, para garantir a recuperação da mulher que acabou de gerar uma criança, assim como garantir a amamentação por um período considerado adequado, possui também como finalidade assegurar o convívio da criança com seus pais nos primeiros meses em que é inserida no seio familiar, pode-se chegar a essa conclusão em razão da garantia a licença também aos pais e mães adotivos.

Esta amparada pelos princípios da paternidade responsável e o melhor interesse da criança.

Buscando a proteção da empregada que usufrui desse afastamento, a lei garante a estabilidade no emprego desde a gravidez até o quinto mês após o parto, dessa forma, o empregador não poderá demiti-la sem justa causa durante esse período.

Não se pode confundir o lapso temporal da licença a maternidade com a estabilidade da gestante, a primeira tem início 28 dias antes do parto, e perdura por 120 dias, podendo ser prorrogada por mais 60 dias, e consiste no direito de afastamento do trabalho durante esse período, já a última se inicia com a gestação¹⁷⁰ e

¹⁶⁹ SCHIFINO, Bruna Scarabelot Viegas. **O instituto da licença-maternidade e as alterações oriundas da Lei nº 12.8723/2013**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-instituto-da-licenca-maternidade-e-as-alteracoes-oriundas-da-lei-no-128732013,54564.html>>. Acesso em: 17 out 2016.

¹⁷⁰ Súmula nº 244 do TST
GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

se perdura até o quinto mês após o parto, e consiste na proteção dada a empregada evitando que durante esse período ela seja demitida por justa causa.

5.2.2 Reflexos jurídicos consequentes da nova concepção de família

Com fulcro no estudo realizado no segundo capítulo deste trabalho, verifica-se que uma das consequências da Revolução Industrial foi a inserção da mulher ao mercado de trabalho, gerando a quebra do estigma de que à mulher era cabível a organização do lar e educação dos filhos. Assim como a mulher passou a colaborar com o sustento do lar, o homem também passou a ter um papel mais participativo na criação dos filhos.

Além da divisão do serviço doméstico e do papel de cuidar dos filhos, outra consequência da inserção da mulher ao mercado de trabalho foi a necessidade da criação de mecanismos de proteção à mulher no trabalho um deles foi o que esta sendo objeto de estudo nesse tópico: a licença-maternidade.

A atual regulamentação da licença-maternidade e paternidade não esta em conformidade com a atual concepção de família. Para melhor análise, será estudada sob dois prismas: (a) o primeiro ante ao reconhecimento de diversas modalidades de família; (b) e o segundo, a respeito da nova estruturação da família, onde, não vigora mais o patriarcalismo, que tem como efeito que as funções de seus membros não mais se diferenciam, há igualdade entre o casal, ambos, normalmente, colaboram com o sustento da família, assim ambos possuem dever do casal auxiliar na educação dos filhos, concedendo, principalmente, a eles o afeto.

Analisando o primeiro prisma, inicialmente, com base ao que foi exposto no tópico acima, conclui-se que com vinda da Lei nº 12.873/13 houve um grande avanço, demonstrando a intenção do legislador de adequar-se à nova realidade social. Com a aprovação dessa lei, solucionou-se diversas controvérsias que existiam sobre esse tema como a possibilidade da concessão da licença a maternidade a um dos

I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT).

II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

membros da família homoafetiva quando ocorre a adoção conjunta, assim como o direito à licença-maternidade na hipótese em que uma pessoa solteira adota uma criança.

Como reflexo dessa nova lei, no início de 2014, nos primeiros meses de sua vigência, um casal homoafetivo, na cidade de Recife, após ser tornarem pai por meio da fertilização *in vitro*, mediante “barriga solidaria”, foi concedido a licença a paternidade pelo período de 120 dias a um dos membros do casal, a decisão ocorreu via administrativa, e segundo notícias divulgadas, se deu utilizando por analogia as regras da adoção, não sendo necessário, como sempre ocorria, acionar a judiciário para a concessão desse benefício.¹⁷¹

Portanto, sob o primeiro prisma verifica-se que a Lei nº 12.873/13 solucionou as principais controvérsias, adequando em partes esse instituto a nova realidade social.

Partindo para análise do segundo prisma, buscando avaliar os reflexos da nova concepção de família no instituto estudado nesse tópico, não se baseando na sua estrutura, mas sim na função dirigida a cada membro, verifica-se que há maior discrepância das leis regulamentadoras vigentes com a sociedade.

Como já citado, fatores como a inserção da mulher ao mercado de trabalho, o direito à liberdade para formar uma família, direito a igualdade, implicaram na alteração da função que antes era desempenhada pelo casal. Tal afirmativa se corrobora diante do reconhecimento legal das uniões homoafetivas, que deixa claro que não há mais, numa família, função típica do homem ou função típica da mulher, ambos têm iguais direitos, deveres e obrigações, vigora a igualdade de gênero.

Nesse sentido, limitando-se a relação direta com o tema deste tópico, há que se pontuar que o dever de cuidado dos filhos ao casal que se incube, devendo a lei atuar como forma de garantir isso, não deixando somente nos ombros de um pai ou mãe o dever de cuidar dos filhos.

Dessa forma, o legislador ao permitir que no caso de adoção somente um dos pais goze do período de licença-maternidade, ou na hipótese dos pais biológicos, a disparidade dos prazos de licença garantidos ao pai e a mãe, esta

¹⁷¹ CASAL homoafetivo em Recife consegue licença a maternidade de seis meses. **Site O Globo**. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/casal-homoafetivo-em-recife-consegue-licenca-maternidade-de-6-meses-12745414>>. Acesso em: 16 out 2016.

violando o direito/dever de ambos os pais colaborarem, igualmente, nos cuidados necessários ao filho na sua inserção no lar.

A Constituição Federal no §7º, artigo 226, determina que além do princípio da dignidade da pessoa humana, o planejamento familiar se funda na paternidade responsável, ou seja, na formação da família, ao terem filhos, a responsabilidade de criação, cuidado, afeto, incumbe aos pais, não devendo ficar a cargo somente de um deles.

À vista disso, não mais se justifica a concessão do prazo maior da licença-maternidade somente a mulher, ou no caso de adoção, somente a um dos pais. A legislação vigente deveria conceder de forma isonômica a licença-maternidade, dessa forma, deveria também receber uma nova denominação, não ser mais dividida entre licença-maternidade e licença-paternidade, mas sim receber a nomenclatura de licença-familiar.

Independentemente da formação da família, seja homo ou heteroafetiva, os pais desempenham papel importantíssimo no desenvolvimento dos filhos desde a sua inserção no seio familiar, por esse motivo, seria de grande relevância se aos pais fosse garantido o direito de estarem presentes de forma mais constante ao menos durante o primeiro ano do filho no seio familiar.

Para os pais, há flagrante violação ao direito a igualdade em razão da grande diferença da licença-paternidade em comparação com a licença-maternidade. Mesmo ausente as condições biológicas que também justificam a concessão de um prazo mais elástico a licença maternidade, aos pais também é devido a função de colaborar na educação dos filhos, assim como eles também tem direito de participarem mais ativamente principalmente no primeiro ano em que o filho é inserido no seio familiar.

Já na hipótese de união homoafetiva entre duas mulheres, ou até mesmo na família poliafetiva em que há duas mulheres, o transtorno se torna maior, pois ambas são mães, apenas uma terá o direito a licença-maternidade, a outra não poderá gozar da licença-paternidade, pois como dito ela é mãe. Em 2014, em decisão acertada, a juíza da 13ª Vara do Trabalho de Brasília concedeu dupla licença-

maternidade a duas mães que formavam uma família homoafetiva.¹⁷² Tal solução encontrada parece a mais adequada para a família hodierna.

Valendo-se do direito comparado, na Suécia os casais recebem 480 dias de licença a partir do nascimento da criança, tendo o direito de receber 80% do salário, que será pago pelo Estado quem opta por usufruir os primeiros 390 dias. E, segundo reportagem do Globo Repórter, o casal pode escolher a época de tirar a licença até a criança completar 04 anos. Tal medida levou a Suécia tornar-se um dos países onde o índice de desigualdade de gênero cada vez se torna menor.¹⁷³

Como demonstrado, apesar da evolução que a Lei nº 12.873/13 trouxe a este instituto, há muito ainda que se fazer para que se adeque a nova realidade social.

Como solução seria viável, inicialmente, a mudança de nomenclatura, passando a se chamar licença-familiar, após, a concessão da licença para ambos os pais, que poderiam, como exemplo, alternar o período que cada um usufruirá do benefício, dessa forma, dividiria a responsabilidade na criação dos filhos, que normalmente recai sobre a mãe, e também traria benefícios ao próprio filho, que teria direito a conviver continuamente um período maior com seus pais ao menos no início da sua inserção ao seio familiar.

Há alguns projetos de lei e propostas de também propostas de emendas, como exemplos a PEC 41/2015 que aumenta prazo de licença maternidade para 180 dias e licença-paternidade para 30 dias; PEC 24/2013 que propõe o aumento para 180 dias à licença-maternidade, e 15 dias licença-paternidade, apesar de não ser a solução aqui apresentada, já mostra um bom começo para atingir o ideal. Há também o PL nº 652/2015, de autoria da senadora Vanessa Grazziotin visa ampliar o prazo de licença-paternidade para 120 dias, se aprovado será um grande avanço para a família brasileira, restando apenas a busca da solução para a concessão dupla nos casos de famílias homoafetivas.

¹⁷² NA VÉSPERA do dia das mães, companheira de mulher que gerou trigêmeos consegue licença maternidade. **JusBrasil página do TRT-10ª Região**. 09 mai. 2014 Disponível em: <<http://trt-10.jusbrasil.com.br/noticias/118683070/na-vespera-do-dia-das-maes-companheira-de-mulher-que-gerou-trigemeos-consegue-licenca-maternidade>>. Acesso em 16 out 2016.

¹⁷³ RANGENCROFT, Andrea. Suécia obriga pais a tirar pelo menos 3 meses de licença-paternidade. G1 globo 08 jan 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/01/suecia-obriga-pais-a-tirar-pelo-menos-3-meses-de-licenca-paternidade.html>>. Acesso em: 18 out 2016.

5.3 Filiação Socioafetiva e Multiparentalidade

A partir do momento em que o afeto se tornou o núcleo formador da família, possibilitou-se não somente o reconhecimento de diversas modalidades de família, mas também o reconhecimento da filiação socioafetiva.

A filiação socioafetiva consiste no cenário em que, pessoa diversa dos pais biológico, cria laços de afeto, sentimento de paternidade ou maternidade, com a criança, adolescente, jovem ou até mesmo adulto, tratando-os como seu filho fosse. Ocorre, principalmente, nas famílias mosaicas, onde muitas vezes o pai ou a mãe socioafetiva acaba tomando para si a responsabilidade de criar, educar a criança, tendo mais afeto do que os pais biológicos.

Com a repersonalização da família, diante de um relacionamento infeliz, não há mais obrigatoriedade do casal, mesmo tendo filhos, dar continuidade ao relacionamento, tendo ampla liberdade de, ao conhecer a pessoa certa, constituir nova família. Nesse novo relacionamento o filho fruto da união anterior, conseqüentemente, terá convívio frequente com seu padrasto/madrasta, principalmente se quem constitui novo relacionamento foi a pessoa que tem a sua guarda, pode ocorrer de que nasça entre os dois um sentimento paternal/maternal, e ainda, como ocorre frequentemente, o padrasto/madrasta vim a exercer as funções que são atribuídas ao pai/mãe, fazendo nascer então a paternidade ou maternidade socioafetiva.

Numa primeira aproximação do tema, se faz necessário elucidar o seguinte ponto, que é bem delineado por Rodrigo Cunha Pereira ao expor que antes de tudo “a família é uma estruturação psíquica, onde cada um de seus membros ocupa um lugar, uma função”,¹⁷⁴ não sendo necessário, para isso, o vínculo biológico, nessa sistemática que se justifica a existência da filiação socioafetiva, pois, a partir do momento que um homem, passa ocupar o lugar de pai/mãe na vida de uma criança, mesmo ausente o vínculo biológico, ele será considerado como pai/mãe, uma vez que, ser pai, o mesmo vale para ser mãe, não é apenas colocar no mundo, é necessário muita dedicação, responsabilidade, afeto, simplificando, valendo-se do dialeto popular “pai é quem cria”.

¹⁷⁴ PEREIRA, 2003. loc. cit.

À vista disso, os órgãos jurisdicionais passaram a ser acionados para que permitissem o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva, autorizando, principalmente, a inclusão do nome do pai/mãe socioafetiva na certidão de nascimento da criança. Diante dessa nova situação, o judiciário com uma atuação brilhante, levando em conta a nova concepção de família, assim como o melhor interesse da criança, inovou o sistema jurídico brasileiro, passando a reconhecer a existência da multiparentalidade.

Nos casos em que era solicitado o reconhecimento da paternidade¹⁷⁵ socioafetiva, a indagação que surgia era ao reconhece-la, estaria excluindo a paternidade biológica, ou se as duas poderiam coexistir, nesse caso originando a multiparentalidade. Em diversos casos, o judiciário ao avaliar o caso concreto, passou a permitir a coexistência da paternidade biológica e socioafetiva, há vários exemplos que podem ser citados com base na jurisprudência: temos o caso em que um juiz do Rio Grande do Sul reconheceu a possibilidade da inclusão do nome da madrasta no registro de nascimento de duas crianças, declarando a maternidade socioafetiva, sem prejuízo da maternidade biológica;¹⁷⁶ a decisão do juiz de Goiás que autorizou a alteração do registro da criança para constar o nome dos tios, assim como a adoção da criança por eles, contudo, sem retirar da certidão de nascimento o nome da mãe biológica;¹⁷⁷ assim como também um juiz de São Paulo que reconheceu a dupla paternidade, autorizando que constasse no registro de nascimento de um pré-adolescente o nome do seu pai biológico e do pai socioafetivo.¹⁷⁸

Tendo em vista toda essa revolução que vem ocorrendo no Direito das Famílias, já alertava o doutrinador Gustavo Tepedino:

Entretanto, há de se cuidar, com zelo de ourives, para que não se banalizem os sentimentos e o afeto, submetidos à percepção valorativa de cada

¹⁷⁵ *Será utilizada o termo paternidade apenas para facilitar a compreensão, não se excluirá a hipótese de maternidade socioafetiva.

¹⁷⁶ IRMÃOS do RS conseguem o direito de ter duas mães na certidão de nascimento. *Migalhas*, 13 ago. 2013. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI184309,71043-Irmaos+do+RS+conseguem+o+direito+de+ter+duas+maes+na+certidao+de>>. Acesso em: 10 out 2016.

¹⁷⁷ REGISTRO multiparental: criança terá nome da mãe biológica e dos tios na certidão. **IBDFAM**, 13 jul. 2016. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6054/Registro+multiparental%3A+crianca+ter%C3%A1+nome+da+m%C3%A3e+biol%C3%B3gica+e+dos+tios+na+certid%C3%A3o>>. Acesso em: 10 out 2016.

¹⁷⁸ PRÉ-ADOLESCENTE terá dupla paternidade em registro civil. *Migalhas*, 03 jul. 2016. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI241650,51045-Preadolescente+tera+dupla+paternidade+em+registro+civil>>. Acesso em: 10 out 2016.

magistrado ou, pior, às pretensões egoístas e patrimonialistas de protagonistas de conflitos de interesses. E o melhor antídoto para tais riscos mostra-se o balizamento do merecimento de tutela das relações afetivas pelos valores normativos constitucionais (democracia, igualdade, solidariedade, dignidade) que permeiam o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código Civil e toda a legislação infraconstitucional.¹⁷⁹

Ante ao reconhecimento da possibilidade da configuração da paternidade socioafetiva, apesar do grande avanço, surgiu a discussão se ao reconhece-la estaria excluindo a paternidade biológica, isto é, se seria possível ou não a coexistência das duas formas de paternidade, e diante da resposta negativa, qual prevaleceria. Abriu espaço para que os pais biológicos, na intenção de se eximir das responsabilidades para com seus filhos, alegassem a prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento a paternidade biológica.

Com efeito, o judiciário novamente passou a ser acionado para que resolvesse esse novo imbróglio, a ponto de o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 898.060 ou repercussão geral 622,¹⁸⁰ em que o pai biológico com a pretensão de que fosse reformado o acórdão que decidiu pela inclusão de seu nome no registro de nascimento de sua filha biológica e fosse retirado o nome do pai socioafetivo, suscitando que a paternidade socioafetiva prevaleceria a paternidade biológica, decidiu sobre essa divergência.

Posto sua relevância, antes de revelar a decisão final e a tese fixada, será abordado alguns pontos relevantes do julgamento deste recurso.

No decorrer do julgamento, alguns pontos relevantes merecem ser destacados. Ricardo Calderón, diretor nacional do IBDFAM, atuou como *amicus curiae*, e ao se manifestar, recomendou que não determinassem a prevalência de uma paternidade sobre a outra, ou seja, não hierarquizassem. Já o Procurador Geral da República, destacou que, o Direito das Famílias hodierno passou a ser de inclusão, não exclusão. O Ministro Edson Fachin, alheio a recomendação do representante do IBDFAM, defendeu que só é possível a configuração da multiparentalidade nos casos em que a criança possui vínculo afetivo não apenas com o pai socioafetivo, mas

¹⁷⁹ TEPEDINO, Gustavo. **A família entre a autonomia existencial e tutela de vulnerabilidades**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-21/direito-civil-atual-familia-entre-autonomia-existencial-tutela-vulnerabilidades>>. Acesso em: 09 out 2016.

¹⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito de Família. Multiparentalidade. Recurso Extraordinário nº 898.060 – SC. Recorrente: A.N. Recorrido: F.G. Relator: Ministro Luiz Fux. 21 set. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4803092>>. Acesso em: 24 set 2016. Ausente demais informações por ser segredo de justiça.

também com o pai biológico, e não havendo vínculo afetivo com o pai biológico, deverá prevalecer a paternidade socioafetiva, nesse sentido, propôs a fixação da seguinte tese:

“Diante da existência de vínculo socioafetivo com um pai, e vínculo somente biológico com o outro genitor, ambos devidamente comprovados, somente o vínculo socioafetivo se impõe juridicamente gerando o vínculo parental e os direitos dele decorrente, assegurado o direito personalíssimo a revelação da ascendência genética.”¹⁸¹

Já o Ministro Dias Toffoli, contrário sensu, defendeu que a paternidade biológica prevalece sobre a paternidade socioafetiva, contudo, quando a paternidade biológica, por alguma razão, só é descoberta após já existir a paternidade socioafetiva, as duas devem coexistir, nessa lógica, propôs a fixação da seguinte tese:

“O reconhecimento posterior do parentesco biológico não invalida necessariamente o registro do parentesco socioafetivo, admitindo-se nessa situação o duplo registro com todas as consequências jurídicas daí decorrentes, inclusive para fins sucessórios”.¹⁸²

O Ministro Relator, Luiz Fux, em seu primoroso voto, em síntese, empregou como principal fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito a busca da felicidade. Salientou a necessidade do Direito se adequar ao comportamento da sociedade moderna, adequar-se à nova concepção de família existente, criticando a intenção de legisladores e governantes submeter a todos “aos seus próprios projetos em nome de coletivos, tradições ou projetos de qualquer sorte”. Destacou ainda, que a omissão do legislador não pode impedir o reconhecimento de todos os modelos familiares, devendo o judiciário buscar prover “a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos”. E então, propôs a fixação da seguinte tese: “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o

¹⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito de Família. Multiparentalidade. Recurso Extraordinário nº 898.060 – SC. Recorrente: A.N. Recorrido: F.G. Relator: Ministro Luiz Fux. 21 set. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4803092>>. Acesso em: 24 set. 2016. Ausente demais informações por ser segredo de justiça.

¹⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito de Família. Multiparentalidade. Recurso Extraordinário nº 898.060 – SC. Recorrente: A.N. Recorrido: F.G. Relator: Ministro Luiz Fux. 21 set. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4803092>>. Acesso em: 24 set 2016. Ausente demais informações por ser segredo de justiça.

reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios."¹⁸³

No final, prevaleceu a tese proposta pelo Ministro Relator, tendo como consequência o reconhecimento de uma vez só, segundo Anderson Schreiber, (a) a existência do instituto da paternidade socioafetiva mesmo sem o registro; (b) a não hierarquia entre a paternidade socioafetiva e a paternidade biológica; e (c) reconheceu a existência de um novo instituto no ordenamento jurídico brasileiro: a multiparentalidade.¹⁸⁴ Em linha de semelhante de pensamento se manifestou Ricardo Calderón, acrescentando ainda, como consequência dessa decisão inovadora, o reconhecimento jurídico da afetividade.¹⁸⁵

Assim como na ADI 4277 e ADPF 132, já citadas neste trabalho, o STF, nesta decisão, considerada uma grande evolução para o direito das famílias, mais uma vez atuou buscando adequar o sistema jurídico brasileiro a nova realidade, buscando fazer com que o Direito cumpra efetivamente seu papel, não promovendo injustiças em razão da falta de regulamentação específica à família hodierna.

Nos dizeres de Rodrigo da Cunha Pereira:

E é assim que vamos evoluindo e incluindo novas parentalidades no ordenamento jurídico brasileiro, até pouco tempo atrás inimagináveis. Esta evolução e revolução começou quando as pessoas começaram a se casar por amor. E, como o amor às vezes acaba, para recomeçar em outros lugares, com outras pessoas, de outras formas, surgem novas possibilidades afetivas, seja para a conjugalidade ou parentalidade que podem nascer de novas conjugalidades ou não. Mas tudo isto só é possível porque na esteira da evolução do pensamento jurídico o afeto tornou-se um valor jurídico, e na sequência ganhou o status de princípio jurídico. Enfim, o amor continua provocando revoluções.¹⁸⁶

¹⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito de Família. Multiparentalidade. Recurso Extraordinário nº 898.060 – SC. Recorrente: A.N. Recorrido: F.G. Relator: Ministro Luiz Fux. 21 set. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4803092>>. Acesso em: 24 set 2016. Ausente demais informações por ser segredo de justiça.

¹⁸⁴ SCHREIBER, Anderson. **STF, Repercussão Geral 622: multiparentalidade e seus efeitos**. Disponível em: <<http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/388310176/stf-repercussao-geral-622-multiparentalidade-e-seus-efeitos>>. Acesso em: 12 out 2016.

¹⁸⁵ CALDERÓN, Ricardo. **Reflexos da decisão do STF de acolher a socioafetividade e multiparentalidade**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-set-25/processo-familiar-reflexos-decisao-stf-acolher-socioafetividade-multiparentalidade#_ftnref9>. Acesso em: 12 out 2016.

¹⁸⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família de Nazaré é um dos principais exemplos de parentalidade socioafetiva**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-20/processo-familiar-familia-nazare-umdos-principais-exemplos-parentalidade-socioafetiva>>. Acesso em: 12 out 2016.

Resta agora aguardar e ver de qual forma o tanto o judiciário quanto o legislativo atuarão diante desse novo instituto, que assim como o reconhecimento das diversas modalidades de família, terá reflexos em diversos ramos do Direito.

5.4 Proposta para Adequação à Nova Realidade Social

Como demonstrado a família hodierna diferencia-se muito daquela por muito tempo foi considerada como única forma de família. O constituinte de 1988 buscando a adequação à nova realidade social, trouxe no artigo 226 um rol exemplificativo, possibilitando o reconhecimento jurídico de entidades familiares diversas daquelas que lá foram elencadas.

Todavia, o que se verifica, principalmente pelo legislativo, é a interpretação restritiva da Constituição Federal no que tange ao direito das famílias, distorcem a intenção do constituinte, excluindo, ao invés de concretizar a verdadeira intenção que é a da inclusão. Interpretam o texto constitucional conforme o que entendem que deveria ser adequado, deixando de lado toda a realidade fática, como bem esclarece o Mestre Jefferson Fernandes Negri:

As normas destinadas à família devem ser interpretadas em constante interação com a realidade. O intérprete tem que partir da pré-estrutura (tradição), compreender a evolução ocorrida até o cenário atual e, adotando entendimento de vanguarda, solucionar o caso concreto despidido da literalidade do texto linguístico, que é ponto de partida e não linha de chegada do processo hermenêutico. Se assim o fizer, tornará a Constituição cada vez mais efetiva, diminuindo o abismo que ora se estabeleceu entre a interpretação da norma do art. 226 da Constituição e o cenário fático.¹⁸⁷

Constata-se que toda a injustiça gerada em razão da não tutela de diversas modalidades de família existentes, da luta que os membros dessas famílias precisam enfrentar para que lhes sejam atribuídos direitos inerentes à família, ocorre principalmente em razão da interpretação errônea que se é feita no artigo 226 da Carta Magna.

Dessa forma, como solução de todo esse imbróglio existente seria a previsão expressa de todas as modalidades de família, deixando bem claro qual a base, a essência para formação de uma família, é não impossibilitando o reconhecimento de novas modalidades de família que ainda possam vir a existir.

¹⁸⁷ NEGRI, 2006. loc. cit.

É certo que, o legislador precisa de desvelo ao tratar sobre esse tema, precisa atentar-se para não engessar as entidades familiares, assim como, tutela-las respeitando a particularidade existente em cada arranjo familiar existente, possibilitando a eficácia dos princípios da dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, e os demais princípios norteadores do direito das famílias.

6 CONCLUSÃO

Após todo o estudo a respeito do tema do presente trabalho, constatou-se que a evolução da família está intimamente ligada ao amadurecimento da sociedade.

No estado primitivo, as instituições de grupos, que posteriormente foram chamados de família tinham como finalidade a continuidade dos povos, a única previsão era a do direito materno.

Num estágio mais avançado do estado primitivo, teve início a noção do aspecto econômico, a partir de então, além da procriação, a família também passou a ter finalidade econômica, e como nessa época o homem era quem tinha mais propriedades, foi instituída a família patriarcal. Após esse período, foram inúmeras as modificações no tratamento da família.

Com o direito canônico a família se tornou sacralizada e só poderia ser constituída através do casamento. Pós o direito canônico, foi se reconhecendo mais a constituição da família tendo como base o afeto. Quebrando o paradigma imposto pela Igreja de que a família só era instituída por meio do casamento, foi reconhecido o concubinato como forma de instituir a família, demonstrando ainda mais a prevalência do amor.

Da metade ao fim do século XX ocorreram as mais relevantes evoluções no instituto da família: apesar de haver ainda influências da religião, o casamento passou a ser dissolúvel; a mulher passou a ter papel mais ativo; a constitucionalização do Direito das Famílias; passou a vigorar os princípios da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana; a família se tornou a base da sociedade; o reconhecimento de outros institutos familiares, entre outras novidades. Por fim, no século XXI, como exposto no último tópico do primeiro capítulo dessa obra, verificou-se verdadeira revolução no instituto da família, predominando sobre todos os aspectos o afeto como marco principal da família.

No Brasil a Constituição Federal de 1988 foi o marco principal que permitiu o reconhecimento do afeto como núcleo formador da família, possibilitando a atribuição de efeitos jurídicos a todas as modalidades de família existentes. Tendo ela instituído princípios norteadores desse ramo do Direito, que fortalecem a nova concepção de família, àquela onde não mais vigora o individualismo, mas sim a plena felicidade de cada indivíduo que a compõe. Assim como, no seu artigo 226

reconhecido tacitamente a existência de outras modalidades de família diversas da matrimonial.

Essa nova concepção de família, passou a valorizar o indivíduo membro da família, a família se faz pelos seus membros, não é mais tratada apenas como mais um instituto do direito, no qual de tudo tinha que se fazer para a sua continuidade. Tendo, principalmente, os princípios aqui estudados, colaborados com essa nova visão.

Atualmente verifica-se que já ocorreu grande evolução do Direito ante as novas entidades familiares, principalmente em razão do magnífico trabalho desempenhado pelo judiciário, que vem interpretando corretamente a Carta Magna, evitando que ocorra injustiças para com as famílias que não estão previstas expressamente no ordenamento jurídico brasileiro. Algumas delas inclusive já possuem, por decisão judicial, previsão expressa da sua existência, como é o caso da família homoafetiva.

Já o legislativo tem deixado muito a desejar no que tange a esse aspecto. Mesmo com a previsão tácita das diversas modalidades de família, há institutos que protegem expressamente apenas um grupo de família, deixando de lado os demais, ferindo então o princípio da igualdade. Caberia ao legislativo resolver esse problema, que, oscila muito sobre esse tema. Fato que se comprova diante da aprovação da lei 12.872/13 que estendeu ampliou o cabimento da licença-maternidade, conforme demonstrado no último capítulo, mas a contrário sensu se tem o Projeto de Lei 6.583/2013 que traz para o ordenamento jurídico brasileiro o Estatuto de família, onde prevê um conceito absolutamente arcaico para a família hodierna.

A recapitulação de todos esses pontos, se faz necessária para demonstrar que a família não é estática, estará sempre trazendo novos aspectos condizentes com o amadurecimento da sociedade. No momento, esta constatada que sociedade esta superando todos os tabus impostos principalmente pela religião e fazendo prevalecer, de uma vez por todas, o afeto.

Em razão disso, um novo obstáculo surge aos legisladores: se liberarem das amarras impostas pela religião e fazer prevalecer os princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade, atribuindo, expressamente, proteção a todas as novas modalidades de família existentes, garantindo a todas, tratamento igualitário, levando em conta suas especificidades. Para isso, basta, de uma vez por todas, reconhecer que o afeto prevalece sobre qualquer outro aspecto. Como demonstração

dessa necessidade de tutela à todas as formas de família se constatou ao analisar sob três aspectos diferentes os reflexos que ela incide na sociedade, e como a ausência de tutela além de ferir princípios como a dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, causa preocupante insegurança jurídica.

A previsão expressa das modalidades de família existentes no artigo 226 da Constituição Federal, ou em qualquer lei infraconstitucional, a fixação da base formadora de uma família, assim como a aprovação do Estatuto das Famílias (PL 470/13) acarretaria uma vitória a sociedade, evitaria parte da insegurança e injustiças que a falta de tutela provoca.

Todas as modalidades de família elencadas existem na sociedade brasileira, são diferenciadas uma das outras em suas estruturas, somente no aspecto externo, mas a essência de cada uma delas são comuns, todas têm por base a solidariedade entre seus membros, a continuidade, intenção de ser família, carinho, respeito, e o núcleo: o afeto.

Assim como seres humanos, que possuem diversas cores, crenças, tamanhos, entre outros detalhes, mas internamente, são apenas ossos e órgãos, assim também é com a família, cada arranjo familiar hodierno diferencia-se um do outro somente no seu aspecto externo, alguns formam-se entre dois homens, outros somente entre duas mulheres, ou ainda entre um homem e uma mulher, sem excluir também aqueles onde há três pessoas, ou aqueles onde existem os filhos; há também os que se formam entre irmãos, tios, tias; ou ainda somente a mãe e a criança; ou aqueles preferem apenas a própria companhia; mas todos, sem excluir os que não foram citados, por dentro, possuem a mesma essência: o afeto. Nesse sentido, merecem tratamento nos ditames dos princípios norteadores do Direito das Famílias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBARRAN, José Francisco. **União estável entre três pessoas é oficializada em cartório de Tupã**, SP. JusBrasil. Disponível em: <

<http://jalbarran.jusbrasil.com.br/noticias/118054464/uniao-estavel-entre-tres-pessoas-e-oficializada-em-cartorio-de-tupa-sp> >. Acesso em: 03 set. 2016.

AMÂNCIO, Thiago. **'Casais' de 3 ou mais parceiros obtêm união com papel passado no Brasil**. Folha Uol, 24 jan. 2016. Disponível em: <

<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/01/1732932-casais-de-3-ou-mais-parceiros-obtem-uniao-com-papel-passado-no-brasil.shtml> >. Acesso em: 03 set. 2016.

ANTUNES, Carmem Lúcia Rocha. **O princípio da dignidade humana e a exclusão social**. In: Anais do XXVI Conferência Nacional dos Advogados – Justiça: realidade e utopia. Brasília: OAB, Conselho Federal. V.I, 2000.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª edição. São Paulo: Malheiros editores, 2004.

BITTAR, Carlos Alberto. **Novos Rumos do Direito de Família**. in O Direito de Família e a Constituição de 1988 coordenado por Carlos Alberto Bittar. São Paulo: Saraiva, 1989.

BRASIL. Ato institucional (1969). **Emenda Institucional nº 1**. Brasília, 1969.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília: Congresso Nacional, 1990.

_____. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Congresso Nacional, 1916.

_____. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1891.

_____. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1934.

_____. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1967.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

_____. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1937.

_____. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Congresso Nacional do Brasil, 1946.

_____. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brazil**. Rio de Janeiro: Conselho de Estado, 1824.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Adoção Póstuma, Família Anaparental. Segredo de Justiça**. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. 19 jun. 2012. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22271895/recurso-especial-resp-1217415-rs-2010-0184476-0-stj>>. Acesso em: 13 set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE**. Recurso especial nº 1.159.242 – SP. Recorrente: Antônio Carlos Jamas dos Santos. Recorrido: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Brasília. 24 abr 2012. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200901937019>>. Acesso em: 24 mar 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Impenhorabilidade. Bem de família. Irmãos solteiros**. Recurso Especial 159851 – SP. Segredo de Justiça. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Brasília. 22 jun 1998. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/505872/recurso-especial-resp-159851-sp-1997-0092092-5>>. Acesso em 08 out 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Impenhorabilidade. Bem de família. Ar-condicionado**. Agravo regimental nº 821.452 – PR. Agravante: Sônia Regina Ferreira de Souza. Agravado: Sociedade Bemaventurada Imelda. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, 18 nov. 2008. Disponível em:<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2351754/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-821452-pr-2006-0223440-6/inteiro-teor-12223121>>. Acesso em: 10 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Impenhorabilidade. Bem de família**. Recurso Especial nº 691.729 – SC. Recorrente: Augusto Sued de Novais. Recorrido: Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Franciulli Netto. Brasília. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_691729_SC_14.12.2004.pdf?Signature=VyfXB0J83CtXTqT%2Fn6ttzdC%2BVAc%3D&Expires=1477356578&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=728951fc3e689feefb6e5915cf0b0a47>. Acesso em: 10 out 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.183.378 - RS (2010/0036663-8). Recorrente: K R O. Recorrido: L.P. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. 25 out. 2011. Brasília – DF. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Civel_Geral/Registros_Publicos/Jurisprudencia_registros/STJ-%20REsp%201183378-casamento%20homoafetivo.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **STJ admite que filho abandonado troque o sobrenome do pai pelo sobrenome do avô**. Segredo de Justiça. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Maio/2015. Disponível em:

<http://stj.jusbrasil.com.br/noticias/174618952/filho-abandonado-podera-trocar-sobrenome-do-pai-pelo-da-avo-que-o-criou> . Acesso em: 10 mar 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Direito de Família. **Multiparentalidade**. Recurso Extraordinário nº 898.060 – SC. Recorrente: A.N. Recorrido: F.G. Relator: Ministro Luiz Fux. 21 set. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4803092>>. Acesso em: 24 set 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Direito de Família. Sucessão. União Estável**. Recurso Extraordinário nº 878.694 – MG. Recorrente: M F V. Recorrido: R C P E outros (as). 31 ago 2016. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/sucessao-companheiro-voto-barroso.pdf> >. Acesso em: 03 set 2016. Ausente demais informações por ser segredo de justiça.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. Região, 2. **Bem de família, caracterização**. Processo nº 00015838720125020076 SP 00015838720125020076 A28. Agravante: Plínio Dantas de Moraes. Agravados: Marcelo Kalfelz Martins; Vidax Teleserviços S/A (MF); Marcos Vinicius do Carmo. Relator (a): Invani Contini Bramante. 19 ago. 2014. Disponível em: <<http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/145934830/agravo-de-peticao-em-rito-sumarissimo-ap-15838720125020076-sp-00015838720125020076-a28>>. Acesso em: 10 set. 2016.

_____. Tribunal Regional Federal. Região, 3. **Previdenciário**. Apelação Cível nº 0008105-68.2010.4.03.9999/SP 2010.03.99.008105-1/SP. Segredo de Justiça. Relator: Desembargador Federal Sérgio Nascimento. São Paulo, 04 mar. 2016. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/pensao-morte-divida-morto-tiver-mantido1.pdf> >. Acesso em: 15 set. 2016.

_____. Tribunal Regional Federal. Região, 3. **Previdenciário. Habilitação de herdeiro para o recebimento do benefício previdenciário**. Agravo de instrumento nº 0028979-25.2015.4.03.0000/SP. Agravante: Instituto Nacional do Seguro Social. Agravado: Onofre Coelho. Relatora: Desembargadora Federal Marisa Santos. São Paulo, 28 de janeiro de 2016. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/diario/Consulta/VisualizarDocumentosProcesso?numerosProcesso=201503000289797&data=2016-01-28> >. Acesso em: 22 ago. 2016.

_____. Tribunal Regional de Uniformização do Juizados Especiais Federais. Região 4. **Direito de Família. Divisão da pensão entre as mulheres da relação conjugal e da relação extraconjugal**. Relator: Juiz Federal Marcelo Malucelli. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-20/mulher-amante-dividir-pensao-relacao-extraconjugal>>. Acesso em: 10 mar 2016.

CALDERÓN, Ricardo. **Reflexos da decisão do STF de acolher a socioafetividade e multiparentalidade**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-set-25/processo-familiar-reflexos-decisao-stf-acolher-socioafetividade-multiparentalidade#_ftnref9>. Acesso em: 12 out 2016.

CÂMARA aprova Estatuto da Família formada a partir da união de homem e mulher. **Câmara leg**, 08 out. 2015 Disponível em: <24 de setembro de 2015 o conceito de família previsto no Estatuto da Família foi aprovado >. Acesso em: 21 abr. 2016.

CAMPOS, Diogo Leite. **A nova família** in Direitos de família e do menor de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

CANEVACCI, Massimo. **Dialética da família**. 2 ed. São Paulo: Brasiliense, 1982.

CASAL homoafetivo em Recife consegue licença a maternidade de seis meses. **Site O Globo**. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/casal-homoafetivo-em-recife-consegue-licenca-maternidade-de-6-meses-12745414>>. Acesso em: 16 out 2016.

CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2015 – Presidente Prudente, 2015.

CONSELHO Nacional de Justiça. Pedido de providencias 0001459-08.2016.2.00.0000. Requerente Associação de Direito de Família e das Sucessões – ADFAS. Requerido: Terceiro Tabelaio de Notas e Protesto de Letras e Títulos de São Vicente-SP e outros. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/5/art20160504-06.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2016.

COULANGES, Fustel. **A cidade antiga**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

DECISÃO de Niterói reconhece união estável putativa. IBDFAM, 15 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6023/Decis%C3%A3o+de+Niter%C3%B3i+reconhece+uni%C3%A3o+est%C3%A1vel+putativa>> Acesso em: 15 set. 2016.

DIAS, Maria Berenice. LARRATÉA, Roberta Vieira. **A constitucionalização das uniões homoafetivas**, in Direito de Família no Novo Milênio, organizador por Silmara Juny de Abreu Chinellato/José Fernando Simão/Jorge Shiguemitsu Fujita/Maria Cristina Zucchi. São Paulo: editora Atlas S.A, 2010.

_____, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____, Maria Berenice. **União homossexual: aspectos sociais e jurídicos**, in A Família na Travessia do Milênio – Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família coordenado por Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2000.

DICIONÁRIO Houaiss reescreve o verbete "família". **G1 Globo**, 09 mai. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2016/05/dicionario-houaiss-reescreve-o-verbete-familia.html>> Acesso em: 13 ago 2016.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Nº 20140020162973CCR(0016417-71.2014.8.07.0000. Suscitante: Juízo do 1º Juizado Especial Cível e Criminal de Sobradinho DF. Suscitado: Juízo da Vara do Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher de Sobradinho – DF. Relator: Des. Jesuino Rissato. 29 set. 2014. Distrito Federal – DF. Disponível em: <
<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br;distrito.federal:tribunal.justica.distrito.federal.territorios;camara.criminal:acordao:2014-09-29;822972>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Tradução de José Silveira Paes. São Paulo: Global, 1984.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias: de acordo com a lei nº 11.340/06; lei Maria da Penha e com a lei nº 11.441/07; lei da separação, divórcio e inventário extrajudiciais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Princípios Constitucionais do Direito de Família – guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08, família, criança, adolescente e idoso**. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **Direito de Família Contemporâneo**. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, 2010.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

IBDFAM aprova enunciados. IBDFAM. 28 out. 2015. Disponível em: <
<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5819/IBDFAM+aprova+Enunciados+++>>. Acesso em: 30 set 2016.

Irmãos do RS conseguem o direito de ter duas mães na certidão de nascimento. Migalhas, 13 ago. 2013. Disponível em: <
<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI184309,71043-Irmaos+do+RS+conseguem+o+direito+de+ter+duas+maes+na+certidao+de>>. Acesso em: 10 out 2016.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2005.

JULGAMENTO do STF tem sete votos a favor pela inconstitucionalidade do artigo 1.790, que prevê diferenças entre cônjuge e companheiro quanto à herança. **IBDFAM**, 31 ago 2016. Disponível em: <
<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6095/Julgamento+do+STF+tem+sete+votos+a+favor+pela+inconstitucionalidade+do+artigo+1.790,+que+prev%C3%AA+diferen%C3%A7as+entre+c%C3%B4njuge+e+companheiro+quanto+%C3%A0+heran%C3%A7a>>. Acesso em: 12 set. 2016.

JUSTIÇA de SP autoriza registro de dupla maternidade. **Migalhas**, 13 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI235626,31047-Justica+de+SP+autoriza+registro+de+dupla+maternidade>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito de família: Origem e Evolução do Casamento**. Curitiba: Juruá, 1991.

LÔBO, Paulo. **Direito civil – famílias**. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **A repersonalização das relações de família**. in O Direito de Família e a Constituição de 1988 coordenado por Carlos Alberto Bittar. São Paulo: Saraiva, 1989.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito de família**. 1 ed. v. 3. Campinas: Bookseller, 2001.

MENINA terá no registro civil nome de mãe e pai de criação. **Migalhas**, 2 mai. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI238486,91041-Menina+tera+no+registro+civil+nome+de+mae+e+pai+de+criacao>> . Acesso em: 22 ago. 2016.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito de Família**. 1ª edição. Campinas/SP: Bookseller, 2001.

NA VÉSPERA do dia das mães, companheira de mulher que gerou trigêmeos consegue licença maternidade. **JusBrasil página do TRT-10ª Região**. 09 mai. 2014 Disponível em: <<http://trt-10.jusbrasil.com.br/noticias/118683070/na-vespera-do-dia-das-maes-companheira-de-mulher-que-gerou-trigemeos-consegue-licenca-maternidade>>. Acesso em 16 out 2016.

NEGRI, Jefferson Fernandes. **A nova concepção de família: (re) construção hermenêutica da norma do artigo 226 da Constituição Federal à luz da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais**. Dissertação (Mestrado em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos [Direito]). Instituição Toledo de ensino de Bauru, 2006.

PARAÍBA. Tribunal de Justiça. Ap. 200.2010.003876-5/001. Apelantes: Dionísio Mendes de Oliveira Júnior e Suzi Piologro da Hora Mendes de Oliveira. Apelados: os mesmos. Relator: Des. Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho. 28 de junho de 2012. João Pessoa – PB Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/ac-2002010003876-001-gf1-madrasta1.pdf>>. Acesso em 13 mar 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família – uma abordagem psicanalítica**. 3ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____, Rodrigo da Cunha. **Família de Nazaré é um dos principais exemplos de parentalidade socioafetiva**. Disponível em:< <http://www.conjur.com.br/2015-dez-20/processo-familiar-familia-nazare-umdos-principais-exemplos-parentalidade-socioafetiva>>. Acesso em: 12 out 2016.

_____, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: DelRey, 2006.

PINTO, Teresa Celina Arruda Alvim. **Um novo conceito de família – reflexos doutrinários e análises da jurisprudência** in Direitos de família e do menor de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

PRÉ-ADOLESCENTE terá dupla paternidade em registro civil. **Migalhas**, 03 jul. 2016. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI241650,51045-Preadolescente+tera+dupla+paternidade+em+registro+civil>>. Acesso em: 10 out 2016.

PROPOSTA altera o Código Penal para punir companheiro por crime de abandono material. IBDFAM, 27 jan. 2016. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5882/Proposta+altera+o+Código+Penal+para+punir+companheiro+por+crime+de+abandono+material>>. Acesso em: 13 out 2016.

RANGENCROFT, Andrea. Suécia obriga pais a tirar pelo menos 3 meses de licença-paternidade. G1 globo 08 jan 2016.

REGISTRO multiparental: criança terá nome da mãe biológica e dos tios na certidão. IBDFAM 13 jul. 2016. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6054/Registro+multiparental%3A+criança+terá+no+me+da+mãe+biológica+e+dos+tios+na+certidão>>. Acesso em: 10 out 2016.

RÊGO, Rômulo Rodrigues. Decisão inédita em São Paulo reconhece multiparentalidade sem necessidade de configurar socioafetividade. JUSBRASIL. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6017/Decis%C3%A3o+in%C3%A9dita+em+S%C3%A3o+Paulo+reconhece+multiparentalidade+sem+necessidade+de+configurar+socioafetividade>> Acesso em: 15 ago. 2016.

SCHIFINO, Bruna Scarabelot Viegas. **O instituto da licença-maternidade e as alterações oriundas da Lei nº 12.8723/2013**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-instituto-da-licenca-maternidade-e-as-alteracoes-oriundas-da-lei-no-128732013,54564.html>>. Acesso em: 17 out 2016.

SCHREIBER, Anderson. **Famílias Simultâneas e Redes Familiares**, in Leituras complementares de direito civil – direito das famílias, organizado por Marcos Ehrhardt Júnior e Leonardo Barreto Moreira Alves. Salvador: Editora Juspodivm, 2010.

SCHREIBER, Anderson. **STF, Repercussão Geral 622: multiparentalidade e seus efeitos**. Disponível em: < <http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/388310176/stf-repercussao-geral-622-multiparentalidade-e-seus-efeitos> >. Acesso em: 12 out 2016.

STJ amplia o conceito de entidade familiar para proteção do bem de família. **Migalhas**, 27 jan. 2016 Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI179364,91041->

STJ+amplia+conceito+de+entidade+familiar+para+protecao+de+bem+de. Acesso em: 08 out 2016.

SUPREMO reconhece união homoafetiva. **Site STF**, 05 mai. 2011. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em: 21 jul. 2016.

TEPEDINO, Gustavo. **A família entre a autonomia existencial e tutela de vulnerabilidades**. Disponível em:< <http://www.conjur.com.br/2016-mar-21/direito-civil-atual-familia-entre-autonomia-existencial-tutela-vulnerabilidades>>. Acesso em: 09 out 2016.

UNIÃO Poliafetiva: cartório realiza o segundo registro entre três pessoas. **Tribuna Bahia**, 08 abr. 2016. Disponível em: < <http://www.tribunadabahia.com.br/2016/04/08/uniao-poliafetiva-cartorio-realiza-segundo-registro-entre-tres-pessoas> >. Acesso em: 03 set. 2016.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. São Paulo: Gen, Método, 2008,

VILLELA, João Baptista. **Família hoje**, in A nova família: problemas e perspectivas, org. Vicente Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.