

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO CONCEITO DE ENTIDADE FAMILIAR
PROPOSTO PELO ESTATUTO DA FAMÍLIA (PL-6583/13) EM FACE DAS
FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS**

JOICE OLIVEIRA PIERRE DA SILVA

**RIO DE JANEIRO
2016/ 2º SEMESTRE**

JOICE OLIVEIRA PIERRE DA SILVA

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO CONCEITO DE ENTIDADE FAMILIAR
PROPOSTO PELO ESTATUTO DA FAMÍLIA (PL-6583/13) EM FACE DAS
FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do **Prof. Dr. Guilherme Magalhães Martins.**

RIO DE JANEIRO
2016/ 2º SEMESTRE

JOICE OLIVEIRA PIERRE DA SILVA

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO CONCEITO DE ENTIDADE FAMILIAR
PROPOSTO PELO ESTATUTO DA FAMÍLIA (PL-6583/13) EM FACE DAS
FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do **Prof. Dr. Guilherme Magalhães Martins**.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Guilherme Magalhães Martins.

Membro da Banca

Membro da Banca

**RIO DE JANEIRO
2016/ 2º SEMESTRE**

JOICE OLIVEIRA PIERRE DA SILVA

S586i Silva, Joice Oliveira Pierre da
A inconstitucionalidade do Conceito de Entidade Familiar
Proposto pelo Estatuto da Família (PL-6583/13) em Face das
Famílias Homoafetivas / Joice Oliveira Pierre da Silva. --
Rio de Janeiro, 2016.
83 f.

Orientador: Guilherme Magalhães Martins.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2016.

1. Direito Constitucional. 2. Princípios Constitucionais. 3.
Homoafetividade. 4. Estatuto da Família. 5. União Estável.
I. Martins, G. M., orient. II. Título.

CDD 342.162841

AGRADECIMENTOS

Pensar nesses 5 anos de esforço e dedicação, bem como na conclusão deste trabalho, me faz lembrar daqueles que estiveram ao meu lado, me ajudando a tornar este sonho de me formar em Direito realidade. Por isso, presto aqui os meus singelos agradecimentos: agradeço a Deus, antes de qualquer nome, pela oportunidade e pela capacitação diária.

Agradeço aos meus amados pais, Elisângela e Luis Marcelo, que sempre confiaram no meu potencial e me ensinaram a batalhar pelos meus sonhos. Agradeço à minha graciosa família, em especial aos meus avós, Dionea e Luiz (in memorian), pelo carinho e suporte contínuo.

Agradeço ao meu lindo namorado, Julio, pela compreensão e por ter tornado esses últimos momentos de graduação tão doces. Por fim, agradeço aos amigos e mestres pela maravilhosa troca de experiências, com especial agradecimento ao meu orientador Guilherme Martins.

E o advogado há de ser crente.
Crer no Direito e procurar sua afirmação.
Crer na Justiça e procurar sua realização.
Crer na moral e praticá-la.

Ruy Azambuja

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo analisar a compatibilidade do conceito de entidade familiar proposto pelo Estatuto da Família (PL-6.583/2013) - em trâmite no Congresso Nacional – com a Constituição Federal e com a recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal que concedeu às uniões estáveis homoafetivas o status de núcleo familiar. A partir da análise do posicionamento do Poder Judiciário, depreende-se a sua preocupação em proteger as minorias, valendo-se da hermenêutica, dada a omissão deixada pelo Poder Legislativo. Este, por sua vez, preocupado em legislar somente para as majorias, na defesa do referido projeto, visa (des)qualificar as uniões estáveis homoafetivas como sociedades de fato, evidenciando uma superada visão fundamentalista e utilitarista da família. Neste trabalho monográfico, foi adotado o método dedutivo, com o fito de elucidar as ideias apresentadas, partindo de premissas gerais para adequá-las aos casos concretos. Foi utilizado, ainda, o método histórico de pesquisa para demonstrar a evolução do Direito das Famílias através das Constituições brasileiras e a pesquisa teórica em legislação, jurisprudência, artigos científicos e obras doutrinárias. Ao final do estudo, constata-se que o Estatuto da Família apresenta um conceito de entidade familiar que viola princípios basilares do Estado, assim como também viola decisão de caráter vinculante da Suprema Corte e, portanto, se aprovado, será flagrantemente inconstitucional.

Palavras-chave: Constituição. Princípios Constitucionais. Família. União Estável. Homoafetividade. Estatuto da Família. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The purpose of this research is to analyze the compatibility of the concept of the family entity proposed by the Family Statute (Brazilian Law Project-6.583/2013) - currently being processed in the Brazilian National Congress - with the Federal Constitution and the recent decision handed down by the Federal Supreme Court that granted to the stable homoaffective unions the status of family nucleus. From the analysis of the position of the Judiciary, it is evident its concern to protect the minorities, using the hermeneutics, given the omission left by the Legislative. This, in turn, is concerned with legislating only for majorities, in defense of this Law Project, aims to (dis) qualify stable homoaffective unions as *de facto* societies, evidencing a surpassed fundamentalist and utilitarian view regarding the family. In this monographic work, the deductive method was adopted, with the purpose of elucidating the ideas presented, starting from general premises to adapt them to the concrete cases. The historical method of research was also used to demonstrate the evolution of Family Law through Brazilian Constitutions and theoretical research in legislation, jurisprudence, scientific articles and doctrinal works. At the end of the study, it is noted that the Brazilian Family Statute presents a concept of family entity that violates the basic principles of the State, as well as violates the binding decision of the Supreme Court and, therefore, if approved, will be flagrantly unconstitutional.

Keywords: Constitution. Constitutional Principles. Family. Stable Union. Homoaffectivity. Brazilian Family Statute. Brazilian Supreme Court.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. FAMÍLIA E CONSTITUIÇÃO	11
2.1. Uma breve reflexão sobre a Família Romana.....	12
2.2. A Constituição de 1824 e a Família no Brasil Império.....	14
2.3. A Constituição de 1891 e a Família na República Velha	16
2.4. A Constituição de 1934 e a Família na Era Vargas	19
2.5. A Constituição de 1937 e a Família no Estado Novo	20
2.6. A Constituição de 1946 e a Família no Processo de Redemocratização do Brasil.....	21
2.7. A Constituição de 1967, a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, e a Família no Regime Militar	22
2.8. A Constituição de 1988.....	24
2.8.1. A Família no Estado Democrático de Direito	24
2.8.2. Noções Principiológicas.....	27
2.8.3. Os Princípios Constitucionais norteadores do Direito das Famílias.....	29
2.8.3.1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	29
2.8.3.2. Princípio da Liberdade ou da Não Intervenção.....	32
2.8.3.3. Princípio da Igualdade e Respeito à Diferença	34
2.8.3.4. Princípio da Solidariedade.....	36
2.8.3.5. Princípio do Pluralismo das Entidades Familiares	39
2.8.3.6. Princípio da Proteção Integral das Crianças, Adolescentes e Idosos.....	41
2.8.3.7. Princípio da Vedação ao Retrocesso	43
2.8.3.8. Seria a Afetividade um Princípio?	45
3. O ESTATUTO DA FAMÍLIA E O CONCEITO DISCRIMINATÓRIO DE ENTIDADE FAMILIAR – UM PROJETO DE LEI INCONSTITUCIONAL?	50
3.1. Novo Conceito de Família: as Uniões Homoafetivas	50
3.2. O Reconhecimento Jurídico das Uniões Estáveis Homoafetivas pelo Supremo Tribunal Federal – Análise da ADPF nº 132 e da ADI nº 4277.....	53
3.3. O Casamento Homoafetivo - Resp 1.183.348 do Superior Tribunal de Justiça e Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça.....	61
3.4 O Estatuto da Família e a discussão jurídica acerca de sua constitucionalidade – Um retrocesso às Famílias Homoafetivas?	66
CONCLUSÃO.....	75
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	77

1. INTRODUÇÃO

O tema proposto pelo presente projeto de monografia, além de ser um tema problematizado em razão de sua polêmica e dividida aceitação, é um tema de grande relevância para o Direito brasileiro, em especial no que diz respeito à disciplina de Direito das Famílias.

O Projeto de Lei nº 6.583/2013, objeto deste estudo, foi criado no ano de 2013 pelo Deputado Anderson Ferreira, pertencente ao PR-PE, e visa dispor sobre o Estatuto da Família, bem como dar outras providências, como garantir políticas públicas à entidade familiar.

Neste sentido, tendo em vista a forte ideologia religiosa de seu idealizador, uma vez que integra a Bancada Evangélica do Congresso Nacional, vimos uma evidente parcialidade na definição do conceito da instituição familiar, que fere flagrantemente a laicidade do Estado.

Como é sabido, a Constituição Federal de 1988, em seu texto, ampliou a classificação das entidades familiares, alargando o rol daqueles grupos que poderiam ser considerados "família", em virtude das relevantes modificações surgidas no âmbito social e familiar.

Com isto, diferentemente do conceito tradicional de família originada pelo matrimônio entre um homem e uma mulher, visando à reprodução, passou-se a aceitar outros gêneros familiares, como a derivada de união estável e a monoparental (apenas um dos pais se responsabiliza pela criação dos filhos).

Além disso, com o passar dos anos, outros modelos familiares vieram se desenvolvendo e ganhando espaço na sociedade. A exemplo, tem-se as uniões homoafetivas - formadas por pares do mesmo sexo - que ao longo dos anos conquistaram reconhecimento jurídico e significativos direitos pela via jurisprudencial, dada a omissão de regulamentação legislativa.

Entretanto, o aludido Projeto de Lei, de cunho estritamente religioso e discriminatório, promete excluir e marginalizar essas relações familiares homoafetivas, privando-lhes de direitos vitais garantidos por uma Democracia.

O escopo desta monografia é justamente demonstrar o atual quadro de discordância existente entre os poderes, de modo que, de um lado, verifica-se um Poder Judiciário vanguardista, que interpreta a Constituição de forma a proteger as minorias, e de outro, verifica-se um Poder Legislativo - representado por seus tradicionais congressistas – que visam, por meio do instrumento legal, excluí-las da sociedade.

No capítulo 1 deste trabalho será apresentada uma visão histórico-jurídica da família a fim de demonstrar, por meio das Constituições brasileiras, como se deu a evolução de seu tratamento ao longo da história e da aquisição de seus direitos, fazendo uma breve exposição acerca das influências oriundas do Direito Romano. O enfoque do capítulo será nas expressivas transformações promovidas pela Constituição Federal de 1988, especialmente no que tange aos seus princípios e ao novo conceito de família.

Por fim, no capítulo 2, direcionando a discussão para o tema da pesquisa, será feita uma abordagem acerca das uniões estáveis homoafetivas, com a análise das recentes decisões jurisprudenciais que lhe concederam direitos, para, em seguida, examinar a constitucionalidade do conceito de entidade familiar proposto pelo Estatuto da Família (PL 6.583/2013), em face da decisão vinculante do Supremo Tribunal Federal que lhe conferiram o status de núcleo familiar.

2. FAMÍLIA E CONSTITUIÇÃO

A família no Brasil transcorreu diversas fases até conseguir obter o conjunto de direitos e a posição de relevância que possui hoje no ordenamento jurídico. Esse avanço pode ser acompanhado mediante análise do contexto histórico, social e político do país, desde o surgimento da referida instituição, até o momento atual. Nesse sentido, apresenta-se a Constituição como melhor instrumento de reflexão dessas transformações.

Em outras palavras, é o que afirma Luís Roberto Barroso¹ ao discorrer acerca do constitucionalismo moderno:

O constitucionalismo moderno, fruto das revoluções liberais, deu à ideia de Constituição sentido, forma e conteúdo específicos. É certo, contudo, que tanto a noção como o termo "Constituição" já integravam a ciência política e o Direito de longa data, associados à configuração do poder em diferentes fases da evolução da humanidade, da Antiguidade clássica ao Estado moderno. Nessa acepção mais ampla e menos técnica, é possível afirmar que todas as sociedades políticas ao longo dos séculos tiveram uma Constituição, correspondente à forma de organização e funcionamento de suas instituições essenciais. Assim, a Constituição *histórica* ou *institucional* designa o modo de organização do poder político do Estado, sendo antes um dado da realidade que uma criação racional.

A Constituição Federal de 1988, fundamentada no epicentro axiológico da Dignidade de Pessoa Humana, trouxe as maiores inovações ao Direito das Famílias², trazendo a esse ramo do Direito a valorização que sempre mereceu.

¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 98.

² Consoante leciona a doutrina contemporânea, será adotada a expressão Direito das Famílias. Devem ser enfatizados os ensinamentos de Maria Berenice Dias, importante jurista especializada no ramo: “[...] a expressão direito das famílias é a que melhor a tende à necessidade de enlaçar, no seu âmbito de proteção, as famílias, todas elas, sem discriminação, tenha a formação que tiver. (DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 34).

Entretanto, sabe-se que nem sempre foi assim. O Brasil, ao longo de sua história, sofreu intensas alterações com relação à atuação do Estado, ao comportamento da sociedade e de seus respectivos valores, passando por uma verdadeira evolução constitucional, reproduzida, também, nas relações familiares.

2.1. Uma breve reflexão sobre a Família Romana

A família é o primeiro local onde o indivíduo se relaciona socialmente, compartilhando alegrias, tristezas, igualdades e diferenças. O Estado, por sua vez, nasce como ente responsável por organizar as relações sociais existentes na sociedade, e assim o faz por meio do Direito.

Para compreender a evolução da família no direito brasileiro, deve-se primeiramente aceitar que a família, como base da sociedade, antecedeu o Estado e o próprio Direito. Conforme leciona Moraes³:

Não foi, portanto, nem o Estado nem o Direito que criaram a família, pois foi esta que criou o Estado e o Direito, como sugere a famosa frase de Rui Barbosa: ‘A pátria é a família amplificada’. Como a primeira base da organização social, a família deve ser tutelada pelo ordenamento jurídico vigente.

Com efeito, faz-se imprescindível destacar as influências que a família brasileira sofreu do Direito Romano vigente na antiga Roma e que, de certa forma, justificam o histórico do Direito das Famílias que se tem hoje. Consoante definição de Orlando Gomes, a família romana pode ser assimilada como o “conjunto de pessoas sujeitas ao poder do *paterfamilias*, ora grupo de parentes unidos pelo vínculo de cognição, ora o patrimônio, ora a herança”⁴.

³ MORAES, Magali Aparecida Vieira de. *A Evolução do Conceito de Família no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/28568/a-evolucao-do-conceito-de-familia-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 02/12/2016.

⁴ GOMES, Orlando. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 33.

Nota-se que a família apenas era enxergada sob a égide da figura do *paterfamilias*, protagonista do grupo familiar e único detentor de poder. Ademais, intitulado como chefe político, sacerdote e juiz, tinha o relacionamento com os demais integrantes da família marcado pelo abuso excessivo de autoridade, de modo que inexistia a presença do afeto. Possuía o controle sobre a vida e a morte de seus filhos e a mulher vivia em obediência às suas ordens e era desprovida de direitos. É como descreve, de forma mais detalhada, Pereira⁵:

O *pater*, era ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comanda, oficiava o culto dos deuses domésticos (*penates*) e distribuía justiça. Exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*), podia impor-lhes pena corporal, vendê-los, tirar-lhes a vida. A mulher vivia *in loco filiae*, totalmente subordinada à autoridade marital (*in manu maritari*), nunca adquirindo autonomia, pois que passava da condição de filha à de esposa, sem alteração na sua capacidade; não tinha direitos próprios, era atingida por *capitis deminutio perpétua* que se justificava *propter sexus infirmitatem et ingnoratiam rerum forensium*. Podia ser repudiada por ato unilateral do marido.

Em caso de morte do *pater*, o poder e a guarda da família, obrigatoriamente, eram passados para o filho primogênito ou para o integrante agregado à família de sexo masculino, mas jamais à esposa e suas filhas, o que demonstra a inferiorização do papel da mulher na sociedade.

Com relação aos bens, havia um único patrimônio para a família, que era gerenciado pelo *pater*. Entretanto, com o transcorrer dos anos, principalmente em razão da expansão militar e da nova mentalidade cristã difundida pelo Imperador Constantino no século IV, as regras foram flexibilizadas, o poder do homem foi minimizado e patrimônios individuais foram surgindo, a exemplo dos pecúlios, a saber:

Inicialmente, havia um patrimônio só que pertencia à família, embora administrado pelo *pater*. Numa fase mais evoluída do Direito Romano, surgiram patrimônios individuais, como os pecúlios, administrados por pessoas que estavam sob a autoridade do *pater*.⁶

⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. V. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 31.

⁶ WALD, Arnoldo. *O novo direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 10.

Nesse diapasão, também disserta Pereira⁷:

Mas, com o tempo, arrefeceram estas regras severas: conheceu-se o casamento *sine manu*; as necessidades militares estimularam a criação de um patrimônio independente para os filhos, constituídos pelos bens adquiridos como soldado (*peculium castrense*), pelos que granjeavam no exercício de atividades intelectuais, artísticas ou funcionais (*peculium quase*) e pelos que lhe vinham por formas diversas desses (*peculium adventicium*).

Visivelmente percebe-se que o patriarcalismo, que por tanto tempo reinou no âmbito do Direito das Famílias, tem sua sustentação no Direito Romano. A partir daí fica fácil assimilar a razão pela qual o pátrio poder foi tão incontroverso e valorizado durante a época que esteve em vigo e a resistência em transformá-lo no atual poder familiar.

2.2. A Constituição de 1824 e a Família no Brasil Império

A primeira Constituição do Brasil, após o processo de independência, foi a de 1824, também denominada Constituição do Império do Brasil. Foi imposta à sociedade (outorgada) pelo Imperador D. Pedro I, sem que houvesse qualquer participação popular.

Em seu artigo 5º, a aludida Carta Constitucional evidenciava a união que prevalecia entre a religião católica e o império: “A Religião Católica Apostólica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior de Templo”⁸, de modo que o único casamento válido era o realizado pelas autoridades religiosas católicas.

Outrossim, a família imperial era a única família apresentada no texto constitucional, sendo regulamentada do artigo 105 ao 115. Nesses dispositivos, eram estabelecidos quem eram os herdeiros do império, como deveriam ser tratados, qual o juramento que o príncipe imperial

⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. Cit.*, p. 31.

⁸ BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824*. Brasília: Casa Civil, s.d. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 17/10/2016.

deveria prestar (era compelido a manter a religião católica como a oficial do império), a designação de dotação ao imperador (sucessor do império) e à sua esposa, a prestação de alimentos aos príncipes e princesas, o pagamento de ordenados aos mestres dos príncipes, o pagamento do dote das princesas em razão do casamento e a sucessão dos Palácios e Terrenos Nacionais, a saber:

Art. 105. O Herdeiro presumptivo do Imperio terá o Titulo de "Principe Imperial" e o seu Primogenito o de "Principe do Grão Pará" todos os mais terão o de "Principes". O tratamento do Herdeiro presumptivo será o de "Alteza Imperial" e o mesmo será o do Principe do Grão Pará: os outros Principes terão o Tratamento de Alteza. Art. 106.0 Herdeiro presumptivo, em completando quatorze annos de idade, prestará nas mãos do Presidente do Senado, reunidas as duas Camaras, o seguinte Juramento - Juro manter a Religião Catholica Apostolica Romana, observar a Constituição Política da Nação Brasileira, e ser obediente ás Leis, e ao Imperador. Art. 107. A Assembléa Geral, logo que o Imperador succeder no Imperio, lhe assignará, e á Imperatriz Sua Augusta Esposa uma Dotação correspondente ao decoro de Sua Alta Dignidade. Art. 108. A Dotação assignada ao presente Imperador, e á Sua Augusta Esposa deverá ser augmentada, visto que as circumstancias actuaes não permitem, que se fixe desde já uma somma adequada ao decoro de Suas Augustas Pessoas, e Dignidade da Nação. Art. 109. A Assembléa assignará tambem alimentos ao Principe Imperial, e aos demais Principes, desde que nascerem. Os alimentos dados aos Principes cessarão sómente, quando elles sahirem para fóra do Imperio. Art. 110. Os Mestres dos Principes serão da escolha, e nomeação do Imperador, e a Assembléa lhes designará os Ordenados, que deverão ser pagos pelo Thesouro Nacional. Art. 111. Na primeira Sessão de cada Legislatura, a Camara dos Deputados exigirá dos Mestres uma conta do estado do adiantamento dos seus Augustos Discipulos. Art. 112. Quando as Princezas houverem de casar, a Assembléa lhes assignará o seu Dote, e com a entrega delle cessarão os alimentos. Art. 113. Aos Principes, que se casarem, e forem residir fóra do Imperio, se entregará por uma vez sómente uma quantia determinada pela Assembléa, com o que cessarão os alimentos, que percebiam. Art. 114. A Dotação, Alimentos, e Dotes, de que fallam os Artigos antecedentes, serão pagos pelo Thesouro Publico, entregues a um Mordomo, nomeado pelo Imperador, com quem se poderão tratar as Acções activas e passivas, concernentes aos interesses da Casa Imperial. Art. 115. Os Palacios, e Terrenos Nacionaes, possuidos actualmente pelo Senhor D. Pedro I, ficarão sempre pertencendo a Seus Successores; e a Nação cuidará nas acquisições, e construcções, que julgar convenientes para a decencia, e recreio do Imperador, e sua Familia.⁹

Ou seja, o império não estava preocupado em regulamentar em sua Constituição direitos para as famílias, que, por sua vez, também tinham suas necessidades e careciam de proteção.

⁹ *Ibidem.*

2.3. A Constituição de 1891 e a Família na República Velha

Com a proclamação da República em 1889, o Brasil ganhou em 1891 a primeira Constituição da República, que visava, dentre outras medidas, promover a ruptura entre a igreja católica e o Estado, em virtude do crescimento do poder do clero. Com isso, o casamento deixou de ser monopólio das autoridades religiosas e passou a ser de responsabilidade do Estado, que criou cartórios para o seu registro. Determinava, portanto, o parágrafo 4º, do artigo 74, da referida Carta: “a República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita”¹⁰.

Importante destacar que o casamento civil foi oficialmente instituído pelo Decreto nº 181 de 1890, o qual regulou suas formalidades preliminares, os impedimentos e o processo de oposição, a celebração, o casamento de brasileiros e estrangeiros, as provas, os efeitos, as causas de nulidade e anulabilidade, o divórcio, a dissolução do casamento e a posse dos filhos.

Mesmo após a regulação do casamento civil por meio do Decreto nº 181 de 1890, em razão do princípio da tolerância, foi permitido que antes ou após a sua realização, os contraentes celebrassem conforme suas correspondentes religiões.

Art. 108. Esta lei começará a ter execução desde o dia 24 de maio de 1890, e desta data por diante só serão considerados válidos os casamentos celebrados no Brasil, si o forem de accordo com as suas disposições. **Paragrapho unico. Fica, em todo caso, salvo aos contrahentes observar, antes ou depois do casamento civil, as formalidades e ceremonias prescriptas para celebração do matrimonio pela religião deles. (Grifo nosso).**

No entanto, a igreja católica, de muita influência na época, a fim de demonstrar resistência ao Decreto nº 181 de 1890, continuou a realizar matrimônios religiosos, sem orientar sobre a necessidade de formalização do casamento civil. Como solução, foi editado o Decreto nº 521 de

¹⁰ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891*. Brasília: Casa Civil, s.d. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 17/10/2016.

1890, para estipular que o casamento civil deveria preceder as cerimônias religiosas, sob pena de prisão e multa para aqueles que o desrespeitasse:

Prohibe cerimoniaes religiosas matrimoniaes antes de celebrado o casamento civil, e estatue a sancção penal, processo e julgamento applicaveis aos infractores. O Marechal Manoel Deodoro da Fonseca, Chefe do Governo Provisorio da Republica dos Estados Unidos do Brazil, constituído pelo Exercito e Armada, em nome da Nação, tendo ouvido o Ministro e Secretario do Estado dos Negocios da Justiça e considerando: Que ao principio de tolerancia consagrado no decreto n. 181 de 24 de janeiro ultimo, que permite indifferentemente a celebração de quaesquer cerimoniaes religiosas antes ou depois do acto civil, tem correspondido uma parte do clero catholico com actos de accentuada opposição e resistencia á execução do mesmo decreto, celebrando o casamento religioso e aconselhando a não observancia da prescripção civil; Que, por este modo, não só se pretende annullar a acção do poder secular, pelo desrespeito aos seus decretos e resoluções, como ainda se põe em risco os mais importantes direitos da familia, como são aquelles que resultam do casamento; Que o casamento, em virtude das relações de direito que estabelece, é celebrado sob a protecção da Republica; Decreta: Art. 1º O casamento civil, unico válido nos termos do art. 108 do decreto n. 181 de 24 de janeiro ultimo, precederá sempre ás cerimoniaes religiosas de qualquer culto, com que desejem solemnisal-o os nubentes. Art. 2º O ministro de qualquer confissão, que celebrar as cerimoniaes religiosas do casamento antes do acto civil, será punido com seis mezes de prisão e multa correspondente á metade do tempo. Paragrapho unico. No caso de reincidencia será applicado o duplo das mesmas penas.¹¹

Após essa medida, o casamento religioso perdeu a sua relevância, tornando-se protagonista o casamento civil, instituído pelo Estado. Dessa forma, cessava-se, definitivamente, as relações com a igreja católica.

O Código Civil de 1916 foi o responsável por regular o casamento de natureza civil.¹² Com projeto iniciado em 1899, por Clóvis Beviláqua, a referida lei infraconstitucional surgiu em um contexto ideológico liberal, pautado no afastamento do regime absolutista, isto é, do Estado que centralizava o poder nas mãos do rei.

¹¹ BRASIL. *Decreto nº 521, de 26 de junho de 1890*. Brasília: Casa Civil, s.d. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-521-26-junho-1890-504276-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 18/10/2016.

¹² O Código Civil de 1916 atribui um livro exclusivo para a regulamentação do Direito da Família, que iniciava-se no artigo 180, desdobrando-se até o artigo 484.

Por isso, defendia-se a não intervenção do Estado na vida privada, com o enaltecimento à propriedade e à liberdade individual, o que se refletia, também, nas relações familiares. Nesse sentido, expõe Mauro Fiterman¹³:

A família liberal codificada nasce com a perspectiva de conquista justamente do que lhe era suprimido pelo absolutismo, ou seja, a conquista do patrimônio, diga-se propriedade e liberdade. Essa família consignava na pessoa do filho uma finalidade básica do casal, um verdadeiro descendente com a pecha de herdeiro, mas que ao mesmo tempo era formador de mão de obra em busca de produção.

Nos ensinamentos de Rosana Amaro G. Fachin¹⁴:

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

Ainda, para a jurista Maria Berenice Dias¹⁵:

O antigo Código Civil, que datava de 1916, regulava a família do início do século passado, constituída unicamente pelo matrimônio. Em sua versão original, trazia estreita e discriminatória visão da família, limitando-a a o casamento. Impedia sua dissolução, fazia distinções entre seus membros e trazia qualificações discriminatórias às pessoas unidas sem casamento e aos filhos havidos dessas relações. As referências feitas aos vínculos extramatrimoniais e aos filhos ilegítimos eram punitivas e serviam exclusivamente para excluir direitos, na vã tentativa da preservação do casamento.

Nas palavras de Mauro Fiterman¹⁶, são traduzidas as consequências da família liberal regida pelo Código Civil de 1916:

Consequências diretas dessas características da família liberal são a impossibilidade de reconhecimento de outra entidade familiar que não o casamento, o afastamento da

¹³ FITERMAN, Mauro. *Direito de Família contemporâneo – Temas Controversos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 33-34.

¹⁴ FACHIN, Rosana Amaro G. *Em Busca da Família do Novo Milênio*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 8.

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. *Op. Cit.*, p. 36.

¹⁶ FITERMAN, Mauro. *Op. Cit.*, p. 35.

possibilidade de reconhecimento de filhos que não sejam fruto da relação matrimonial e, pelo aspecto da função do indivíduo, o desprezo aos idosos como pessoas humanas, ao menos se analisada a necessidade de proteção e o princípio da igualdade formal característico do Estado Liberal.

Em última análise, pode-se constatar que o Estado necessitou romper com a tradição católica (e assim o fez por meio da instituição do casamento civil como regra na Constituição Federal de 1891) por receio de perder o seu poder e, posteriormente, a família liberal necessitou romper com o mesmo Estado (e assim o fez ao reduzir sua intervenção na vida privada por meio do Código Civil de 1916), que tornou-se absolutista.

2.4. A Constituição de 1934 e a Família na Era Vargas

A Constituição Federal de 1934 foi a segunda constituição republicana que o Brasil teve. Promulgada na Era Vargas, simbolizou a sucessão do Estado Liberal para o Estado Intervencionista

Diferentemente dos modelos constitucionais anteriores, a Constituição Federal de 1934 trouxe capítulo específico para tratar sobre a entidade familiar. Com regulamentação prevista do artigo 144 ao 147, a Lei Maior estabelecia proteção especial do Estado à família – proteção que seria reproduzida em todas as próximas constituições. Senão, vejamos:

Art 144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Parágrafo único - A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento, havendo sempre recurso *ex officio*, com efeito suspensivo. Art 145 - A lei regulará a apresentação pelos nubentes de prova de sanidade física e mental, tendo em atenção as condições regionais do País. Art 146 - O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil. O registro será gratuito e obrigatório. A lei estabelecerá penalidades para a transgressão dos preceitos legais atinentes à celebração do casamento. Parágrafo único - Será também gratuita a habilitação para o casamento, inclusive os documentos necessários, quando o requisitarem os Juizes Criminais ou de menores, nos casos de sua competência, em favor de pessoas

necessitadas. Art 147 - 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 legítimos¹⁷.

Além disso, a Carta Constitucional em epígrafe também inovou ao garantir proteção especial às famílias que possuíam prole numerosa, posto que era característica preponderante da população da época e objetivava-se promover o desenvolvimento do país por meio do aumento da natalidade:

Art 138 - Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas: [...] d) socorrer as famílias de prole numerosa¹⁸.

Contudo, a maior inovação trazida pela Constituição de 1934 foi a implementação do casamento religioso com efeitos civis, conforme explica adequadamente Maria Helena Diniz¹⁹:

Considerando desaconselháveis as duplas núpcias, a Constituição de 34, em seu art. 146, possibilitou que se atribuísse ao casamento religioso efeitos civis desde que observadas as prescrições legais. A Lei n.379/37, que regulamentava a matéria, foi mais tarde parcialmente modificada pelo Decreto-lei n. 3.200/41, arts. 4º e 5º.

Tal mudança representou uma conciliação entre o Estado e a Igreja Católica, dada a falta de legitimidade social do casamento civil e a realidade de uma sociedade majoritariamente católica.

2.5. A Constituição de 1937 e a Família no Estado Novo

A Constituição de 1937, também denominada de Constituição “Polaca”, foi outorgada por Getúlio Vargas para criar o Estado Novo, regime político ditatorial em oposição ao Socialismo totalitário iminente.

¹⁷ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934*. Brasília: Casa Civil, s.d. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 22/10/2016.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 5: direito de família*. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 51-53.

Em que pese o contexto histórico, social e político autocrático, tendo em vista que a Constituição de 1937 foi implementada pelo mesmo governo que implementou a Constituição de 1934, poucas foram as alterações legislativas com relação ao tema família:

Art 124 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos. Art 125 - A educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais. O Estado não será estranho a esse dever, colaborando, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular. Art 126 - Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais. Art 127 - A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades. O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las do conforto e dos cuidados indispensáveis à preservação física e moral. Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação da sua prole²⁰.

Depreende-se da leitura dos dispositivos acima que o Estado continuou garantindo proteção às famílias; que o casamento conservou-se indissolúvel; que os filhos naturais permaneceram com o direito de serem reconhecidos como os filhos legítimos; que as famílias de prole numerosa passaram a ser compensadas; que a educação dos filhos tornou-se dever e direito dos pais, com a colaboração do Estado; que a infância e a juventude ganharam proteção Estatal; e que os pais miseráveis poderiam recorrer ao Estado, pleiteando assistência.

2.6. A Constituição de 1946 e a Família no Processo de Redemocratização do Brasil

A Constituição Federal de 1946, ou Constituição Democrática, exprimiu a retomada da democracia ao país, após a 2ª Guerra Mundial e o período ditatorial do Estado Novo.

²⁰ BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937*. Brasília: Casa Civil, s.d. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 22/10/2016.

Promulgada em 18 de setembro de 1946, a referida Carta não trouxe muitas contribuições ao Direito das Famílias, visto ter sido elaborada sob a influência da Carta de 1934. “A carta Magna de 1946 toma como paradigma o modelo delineado em nossa primeira Constituição da República, conjugada com a orientação da Constituição de 1934”²¹.

O assunto família, apresentado em Capítulo próprio, era abordado do artigo 163 ao 154:

Art 163 - A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado. § 1º - O casamento será civil, e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público. § 2º - O casamento religioso, celebrado sem as formalidades deste artigo, terá efeitos civis, se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente. Art 164 - É obrigatória, em todo o território nacional, a assistência à maternidade, à infância e à adolescência. A lei instituirá o amparo de famílias de prole numerosa. Art 165 - A vocação para suceder em bens de estrangeiro existentes no Brasil será regulada pela lei brasileira e em, benefício do cônjuge ou de filhos brasileiros, sempre que lhes não seja mais favorável a lei nacional do de *cujus*²².

A partir desse texto constitucional, passaram-se a ser garantidas a assistência à maternidade, à infância e à adolescência e a sucessão dos bens deixados pelo de *cujus* estrangeiro no Brasil.

2.7. A Constituição de 1967, a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, e a Família no Regime Militar

A Constituição Federal de 1967 foi elaborada para legitimar o regime militar instaurado pelo Golpe de 31 de março de 1964. Possuía um caráter extremamente autoritário, indo de encontro à imagem democrática a qual detinha o movimento quando de seu surgimento.

²¹ CRETELLA JR., José. *Elementos de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 52.

²² BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946*. Brasília: Casa Civil, s.d. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 24/10/2016. Art. 163-5.

Ressalte-se que, na Carta de 1967, não houve grandes inovações legislativas no âmbito do direito das famílias, preservando a regulamentação dada pelas Constituições antecessoras no que tange à proteção do Estado, à concessão de efeitos civis ao casamento religioso e à assistência à maternidade, infância e adolescência. Todavia, mereceu destaque o caput do artigo 167²³, que em sua redação trouxe o conceito de família, sendo aquela constituída pelo casamento.

Assim, acrescenta Luís Roberto Barroso²⁴:

Na vigência da Constituição de 1967, considerava-se que apenas através do casamento era possível ocorrer formação da família. Nenhuma outra forma de união era contemplada pelo texto, que dispunha: "A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos" (art. 167). Apesar da literalidade do dispositivo, a jurisprudência passou a reconhecer efeitos jurídicos às uniões livres, à medida que avançavam as concepções culturais e sociais.

No entanto, relevante mencionar que a Carta de 1967 não teve uma duração muito longa, pois sobreveio a necessidade de se ter um mecanismo mais firme para salvaguardar a manutenção e a solidez do movimento ditatorial vivenciado no Brasil. Com base nessa ideia, criou-se novo texto constitucional através da Emenda nº 1 de 17 de outubro de 1969, conhecida por muitos doutrinadores como a Constituição de 1969. Ainda nas lições de Barroso²⁵:

No Brasil, a Constituição de 1967, aprovada em um esforço de institucionalização do regime militar - e que, como consequência, padecia de insanável vício de origem -, foi atropelada pela Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, outorgada pelos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar.

Com a Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969, a disposição que fazia referência à família, passou do artigo 167 para o artigo 175. Ademais, o casamento deixou de ter a característica da indissolubilidade, em virtude da constituição do divórcio, o que representou a

²³ Constituição de 1967, artigo 167, caput: "*A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos*".

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, p. 171.

²⁵ *Ibidem*, p. 187.

dessacralização do matrimônio.

Art. 175. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Podêres Públicos. § 1º O casamento é indissolúvel. § 1º - O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos; § 2º O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e prescrições da lei, o ato fôr inscrito no registro público, a requerimento do celebrante ou de qualquer interessado. § 3º O casamento religioso celebrado sem as formalidades do parágrafo anterior terá efeitos civis, se, a requerimento do casal, fôr inscrito no registro público, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente. § 4º Lei especial disporá sôbre a assistência à maternidade, à infância e à adolescência e sôbre a educação de excepcionais²⁶.

Diniz²⁷, em seus ensinamentos, explica a evolução jurídica no campo da família oriunda da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro 1969:

A Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967, com a redação da Emenda Constitucional n.1/69 no art. 175, §§ 2º e 3º, manteve o casamento religioso com efeitos civis, e pela Emenda Constitucional n. 9/77 quebrou a indissolubilidade do matrimônio (art. 175, § 1º) prevendo sua dissolução nos casos previstos em lei.

Em síntese, observa-se que o vínculo do Estado com a religião católica foi mantido pela normativa constitucional, que conservou o casamento religioso com efeitos civis, e que o casamento deixou de ser um vínculo permanente em razão da consagração do instituto do divórcio pela aludida Emenda Constitucional.

2.8. A Constituição de 1988

2.8.1. A Família no Estado Democrático de Direito

Após a superação do regime militar, o Brasil recuperou sua democracia, passando a integrar,

²⁶ BRASIL. *Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969*. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10610377/artigo-175-emenda-constitucional-n-1-de-17-de-outubro-de-1969>>. Acesso em: 24/10/2016.

²⁷ DINIZ, Maria Helena. *Op. Cit.* p. 53.

novamente, a comunidade internacional de direitos humanos. Dessa forma, a Constituição de 1988, também denominada Constituição Cidadã, incorporou para o seu texto os princípios da Declaração Universal dos Direitos Humanos²⁸, determinando no caput do artigo 226 que: “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”²⁹.

Dessa forma, justifica Guilherme Calmon Nogueira da Gama³⁰:

É certo que inúmeros problemas vêm afetando seriamente a segurança familiar [...], mas não há de se perder de vista que sempre a família será célula básica da sociedade, cabendo aos Estados-Nações, promoverem medidas concretas e efetivas no sentido de assegurar a real proteção da família como entidade e organismo fundamental para a própria sobrevivência da espécie humana.

Convém salientar que, muitas das normatizações relacionadas à família, presentes nas Constituições anteriores, também foram reproduzidas na Lei Maior de 1988. Além da atribuição do Estado de proteger a família, a criança, o adolescente e o jovem, permaneceram presentes os institutos do casamento civil, do casamento religioso com efeitos civis e do divórcio.

Mas, é indubitável que as contribuições jurídicas trazidas pela Carta de 1988, superaram as de qualquer outra Constituição brasileira. Com ela, foi possível inaugurar a constitucionalização do direito das famílias, criando um direito contemporâneo, atualizado, pautado em princípios constitucionais e coerente com os fatos sociais, até então desprezados.

A Carta Magna, símbolo de um Estado Democrático de Direito que se empenhava para efetivar a materialização dos direitos fundamentais, eliminou o preconceito existente nas relações

²⁸ A Declaração Universal dos Direitos Humanos, importante carta internacional que regulamenta os direitos essenciais e inalienáveis dos indivíduos, estabelece em seu artigo XIV, item 3: “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.” ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948*. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 25/10/2016.

²⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Casa Civil, s.d. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25/10/2016.

³⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O Companheirismo: uma Espécie de Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 46.

familiares, alterando substancialmente o conceito de família. A igualdade passou a prevalecer no interior das estruturas familiares, visto que o homem deixou de ser o único responsável pela condução da família, passando a dividir esse ônus com a mulher, e os filhos, passaram a ser simplesmente filhos, sem qualquer diferenciação em razão de sua origem. Outrossim, o pátrio poder cedeu espaço ao poder familiar, de modo que, com a paternidade responsável, ambos os pais se tornaram responsáveis pela educação e desenvolvimento da personalidade de seus filhos.

A família já não era unicamente constituída pelo casamento. Entidades familiares não derivadas do casamento, até então marginalizadas pelo ordenamento jurídico e, conseqüentemente, desprotegidas pelo Estado, tiveram o seu reconhecimento. Desse modo, foram reconhecidas as famílias monoparentais, formadas por um dos pais e seus filhos, e as constituídas por união estável, formadas por uma relação de companheirismo.

Como bem expôs Maria Berenice Dias³¹:

A Constituição Federal de 1988, como diz Zeno Veloso, num único dispositivo, espancou séculos de hipocrisia e preconceito. Instaurou a igualdade entre o homem e a mulher e esgarçou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros. Estendeu proteção à família constituída pelo casamento, bem como à união estável entre o homem e a mulher e à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, que recebeu o nome família monoparental.

Com a introdução dos princípios constitucionais na direção do direito das famílias e com a não limitação a um modelo exclusivo de família como pilar da sociedade, família constituída pelo casamento, possibilitou-se, ainda, uma ampliação e uma atualização do conceito constitucional de família. A doutrina e a jurisprudência passaram então a defender a existência de uma tipicidade aberta.

³¹ DIAS, Maria Berenice. *Op. Cit.*, p. 36.

Nessa acepção, os doutrinadores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald³² fazem um breve comparativo entre a Carta de 1988 e as demais Cartas constitucionais:

Ora, procedendo a uma comparação entre o teor da Norma Constitucional de 1988 – que abraça, nitidamente, uma tipicidade aberta – e o texto das Constituições brasileiras anteriores (arts. 124 da Constituição de 1937, 163 da Constituição de 1946, 167 da Lei Maior de 1967 e 175 do Texto Constitucional de 1969), nota-se uma transformação radical, pois durante muito tempo a família legitimamente protegida somente poderia ser constituída através da instituição do casamento.

Em suma, não restam dúvidas quanto às transformações radicais proporcionadas pela Constituição Federal, a qual ampliou os direitos e os deveres das famílias, garantindo-lhes uma participação mais efetiva na sociedade, bem como maior proteção jurídica do Estado.

2.8.2. Noções Principiológicas

Devido às consideráveis transformações sociais que incidiram sobre as famílias e com o surgimento da Constituição Federal de 1988, o Direito das Famílias passa a ser compreendido sob a ótica dos princípios que, por sua vez, em virtude do artigo 5º, §1º, da referida Lei Suprema³³ passam a ser resguardados de força jurídica, recebendo a tarefa de garantir à Carta Magna a sua plena efetividade.

Como uma das formas de expressão do Direito, os princípios, juntamente com as regras, compõem as normas que estão presentes no ordenamento jurídico. Contudo, apesar de possuírem

³² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil, volume 6: Famílias*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 58.

³³ A Constituição de 1988, em seu artigo 5º, § 1º, prevê que: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

o mesmo status, divergem significativamente com relação ao conteúdo, estrutura normativa e aplicação. Essa diferenciação é muito bem apontada pelo ministro Luís Roberto Barroso³⁴:

Na sequência histórica, sobreveio a ascensão dos princípios, cuja carga axiológica e dimensão ética conquistaram, finalmente, eficácia jurídica e aplicabilidade direta e imediata. Princípios e regras passam a desfrutar do mesmo status de norma jurídica, sem embargo de serem distintos no conteúdo, na estrutura normativa e na aplicação. Regras são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional da subsunção: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. A aplicação de uma regra se opera na modalidade tudo ou nada: ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. Na hipótese do conflito entre duas regras, só uma será válida e irá prevalecer'. Princípios, por sua vez, expressam valores a serem preservados ou fins públicos a serem realizados. Designam, portanto, "estados ideais", sem especificar a conduta a ser seguida. A atividade do intérprete aqui será mais complexa, pois a ele caberá definir a ação a tomar.

Depreende-se do exposto que princípios são “estados ideais” que expressam valores a serem conservados e objetivos a serem realizados, mas sem especificar a conduta a ser seguida, como no caso das regras.

Logo, por terem uma natureza mais genérica e por sua aplicabilidade ser dada em uma sociedade democrática, é inevitável a ocorrência de tensões dialéticas entre eles. Para Barroso³⁵, a forma mais satisfatória de solucionar tais tensões é através da ponderação feita pelo próprio intérprete.

E mais: em uma ordem democrática, princípios frequentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá se dar mediante *ponderação*: o intérprete irá aferir o peso de cada um, à vista das circunstâncias, fazendo concessões recíprocas. Sua aplicação, portanto, não será no esquema *tudo ou nada*, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato).

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo do Rio de Janeiro*, 235: 1-36, Jan./Mar. 2004. p. 3-4.

³⁵ *Ibidem*, loc. cit.

Nesse contexto, imprescindível destacar o entendimento formulado pelo renomado filósofo alemão Robert Alexy³⁶, em sua obra intitulada *Teoria dos Direitos Fundamentais*, acerca de como deve ser solucionada a colisão entre os princípios jurídicos:

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem - o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado in válido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios - visto que só princípios válidos podem colidir - ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.

No Direito de Famílias, em razão da complexidade e relevância dos institutos jurídicos tratados, não é raro encontrar situações em que princípios se colidem, a exemplo do julgamento pela Suprema Corte da ADPF n° 132 e da ADI n° 4277, cuja ponderação se deu entre os princípios da igualdade e da legalidade. Como base do ordenamento jurídico, os princípios constitucionais tornam-se os novos reguladores das relações jurídicas familiares, tendo como principal papel orientar o Estado, a sociedade e as próprias famílias a terem um comportamento compatível com os valores e objetivos jurídicos constitucionais.

2.8.3. Os Princípios Constitucionais norteadores do Direito das Famílias

2.8.3.1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Desempenhando o papel de verdadeiro alicerce do Estado Democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana ocupa posicionamento privilegiado na Constituição

³⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. 4° tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015, pp. 94-95.

Federal. Situado no caput do artigo 1º³⁷, ele carrega consigo a soma de todos os valores constitucionais presentes na sociedade.

Em que pese não haver hierarquia entre os princípios constitucionais do ordenamento jurídico, compreende-se o princípio da dignidade da pessoa humana como princípio superior, de onde são difundidos todos os demais princípios. Ademais, pode ser compreendido, também, como motivador da realização material dos direitos fundamentais³⁸.

Para Maria Celina Bodin de Moraes³⁹, a partir da vigência da Constituição de 1988, o sistema de Direito Civil deixou de ser conduzido pelo Código Civil para ser conduzido pelas normas constitucionais. Com efeito, a tutela, antes direcionada ao indivíduo, deslocou-se para a proteção da dignidade da pessoa humana, tornando-a agora fundamento da República Federativa do Brasil:

A transposição das normas diretivas do sistema de direito civil do texto do Código Civil para o da Constituição da República acarretou consequências jurídicas decisivas que se delineiam a partir da alteração da tutela, que era oferecida pelo Código ao “indivíduo”, para a proteção, garantida pela Constituição, à dignidade da pessoa humana, elevada à condição de fundamento da República Federativa do Brasil.

Nesse contexto, avalia Gustavo Tepedino⁴⁰ a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República:

Com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do § 2.º do art. 5.º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos,

³⁷ Constituição de 1988, artigo 1º, inciso III: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana”.

³⁸ Segundo Ingo Sarlet: “os direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 109.)

³⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Renovar, 2006, p. 15.

⁴⁰ TEPEDINO, Gustavo. *A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. XXV.

desde que decorrentes dos princípios adotados pelo Texto Maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento.

Corroborando com esse entendimento, recorda-nos Edilson Pereira Nobre Júnior a reflexão de Karl Larenz⁴¹, que:

Instado a pronunciar-se sobre o personalismo ético da pessoa no Direito Privado, reconhece na dignidade pessoal a prerrogativa de todo ser humano em ser respeitado como pessoa, de não ser prejudicado em sua existência (a vida, o corpo e a saúde) e de fruir de um âmbito existencial próprio.

À luz da dignidade da pessoa humana, o indivíduo tem a garantia de que terá o adequado desenvolvimento de sua personalidade, sem a intervenção abusiva de outros indivíduos (plano horizontal) e do Estado (plano vertical). Este, por sua vez, deverá prestar toda a assistência que tiver a seu alcance para possibilitar este pleno desenvolvimento.

Neste ponto, mister destacar que a valorização da dignidade humana possibilitou o surgimento de uma atmosfera mais humanizada, voltada, especialmente, para os grupos mais fragilizados e vulneráveis. Dessa maneira, esclarece Maria Celina Bodin de Moraes⁴²:

Neste ambiente, de um renovado humanismo, a vulnerabilidade humana será tutelada, prioritariamente, onde quer que ela se manifeste. De modo que terão precedência os direitos e as prerrogativas de determinados grupos considerados, de uma maneira ou de outra, frágeis e que estão a exigir, por conseguinte, a especial proteção da lei. Nestes casos estão as crianças, os adolescentes, os idosos, os portadores de deficiências físicas e mentais, os não-proprietários, os consumidores, os contratantes em situação de inferioridade, as vítimas de acidentes anônimos e de atentados a direitos da personalidade, os membros da família, os membros de minorias, dentre outros.

⁴¹ JÚNIOR, Edilson Pereira Nobre. O Direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 37 n. 145 jan./mar. 2000.* Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/568/r145-19.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 20/11/2016.

⁴² MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. Cit.*, p. 15.

Com relação ao direito das famílias não é diferente. As relações familiares, fundamentadas no princípio da dignidade da pessoa humana, precisam ser protegidas. Logo, não dá para se pensar, sob a ótica desse princípio, em tratamento desigual no que tange à filiação e à forma de constituição familiar, por exemplo. É o que ensina Maria Berenice Dias⁴³:

O direito das famílias está umbilicalmente ligado aos direitos humanos, que têm por base o princípio da dignidade da pessoa humana, versão axiológica da natureza humana. O princípio da dignidade humana significa, em última análise, igual dignidade para todas as entidades familiares. Assim, é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família, com o que se consegue visualizar a dimensão do espectro desse princípio, que tem contornos cada vez mais amplos.

Assim, com a devida observação ao princípio da dignidade da pessoa humana, as entidades familiares poderão se multiplicar, criando relacionamentos de mais qualidade, solidificados, essencialmente, no afeto.

2.8.3.2. Princípio da Liberdade ou da Não Intervenção

O princípio da liberdade está intimamente ligado ao princípio da igualdade, na medida em que ambos precederam os demais direitos humanos com relação à observância da dignidade da pessoa humana e que não existe a menor possibilidade de se compreender a liberdade num contexto de desigualdade.

No Estado Democrático de Direito, o princípio da liberdade é de suma importância para proporcionar autonomia aos indivíduos para fazerem suas próprias escolhas. Ao contrário do Estado Liberal, o Estado em referência possui uma ação positiva, devendo atuar como provedor de direitos, entretanto essa ação também possui um limitador dado pela ordem jurídica, sob o risco de causar violação à liberdade individual.

⁴³ DIAS, Maria Berenice. *Op. Cit.*, p. 48.

Especificamente no direito das famílias, o princípio da liberdade manifesta-se no livre arbítrio para se constituir e dissolver as relações familiares, escolher companheiro ou cônjuge, optar por gênero e sexualidade, regular regime de bens, dentre outras facetas. Como bem elucida Maria Berenice Dias⁴⁴:

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

Nessa esteira, o Conselho Nacional de Justiça, respeitando o princípio constitucional da liberdade, emitiu em 2014 o Enunciado de Saúde Pública nº 41, em defesa das mulheres que desejam realizar o procedimento da reprodução assistida, a saber:

ENUNCIADO N.º 41 O estabelecimento da idade máxima de 50 anos, para que mulheres possam submeter-se ao tratamento e à gestação por reprodução assistida, afronta o direito constitucional à liberdade de planejamento familiar⁴⁵.

Ressalte-se, por fim, que a criança, o adolescente e o jovem também têm assegurado o direito à liberdade na Constituição Federal⁴⁶ e nas leis infraconstitucionais que lhes foram destinadas, quais sejam Estatuto da Criança e Adolescente⁴⁷ e Estatuto da Juventude⁴⁸.

⁴⁴ DIAS, Maria Berenice. *Op. Cit.*, p. 48.

⁴⁵ O Enunciado nº 41 do CNJ foi aprovado em 15 de maio de 2014, na I Jornada de Direito da Saúde, realizada em São Paulo. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Enunciado nº 41*. Enunciados. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENRIA_15_5_14_r.pdf>. Acesso em: 28/10/2016)

⁴⁶ Constituição de 1988, artigo 227, caput: “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”.

⁴⁷ Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, artigo 15, caput: “A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis”. (BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Lex: Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 28/10/2016).

⁴⁸ Estatuto da Juventude de 2013, artigo 26, caput: “O jovem tem direito à comunicação e à livre expressão, à produção de conteúdo, individual e colaborativo, e ao acesso às tecnologias de informação e comunicação”. (BRASIL. *Lei nº*

2.8.3.3. Princípio da Igualdade e Respeito à Diferença

A lei, como representação ordenada dos fatos sociais, deve conferir tratamento igual a todos os indivíduos, visando ao cumprimento do mandamento estabelecido pelo princípio da igualdade. Assim, a Carta Magna, ao expressar a igualdade em seu texto, definiu no caput do artigo 5º que: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”⁴⁹.

No entanto, pensar em igualdade sem considerar o contexto histórico e social no qual surgiu o Brasil é um grave erro. Por isso, a doutrina vem defendendo a ideia de uma igualdade material, fundamentada em direitos e obrigações, equilibrada conforme as desigualdades, e não na ideia de uma igualdade puramente formal, aplicada a todos de forma homogeneizada.

Observa-se tal entendimento na lição de Silvana Maria Carbonera⁵⁰:

Pautado na tutela da dignidade da pessoa humana, cujos efeitos espraiam-se em todo o texto constitucional, foi consagrada a igualdade perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, nos termos do artigo 5º, caput e inciso I, da Constituição Federal de 1988. Quando a análise da igualdade diz respeito especificamente àquela inscrita no inciso I do referido artigo, a garantia de tratamento igualitário pela lei abrange a todas as relações e onde estejam presentes um homem e uma mulher. Ademais, a extensão da garantia da igualdade ultrapassa a esfera formal. “Não é a igualdade perante a lei, mas a igualdade em direitos e obrigações”. Desta forma, “qualquer tratamento desigual entre eles, a propósito de situações pertinentes a ambos os sexos, constituirá uma infringência constitucional”.

12.852, de 05 de agosto de 2013. Lex: Estatuto da Juventude. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12852.htm>. Acesso em: 28/10/2016).

⁴⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Casa Civil, s.d. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29/10/2016.

⁵⁰ CARBONERA, Silvana Maria. *Guarda de Filhos na Família Constitucionalizada*. Porto Alegre: Fabris, 2000, p. 185.

No âmbito do direito das famílias, a Constituição Federal promoveu grandes mudanças ao extinguir a desigualdade de gênero, colocando a mulher em posição de igualdade com o homem, antes único responsável pela chefia da sociedade conjugal⁵¹. Hoje, todos possuem os mesmos direitos e obrigações com relação à manutenção da família e, sobretudo, com relação à responsabilidade pelo cuidado dos filhos.

Além disso, aboliu a distinção entre filhos oriundos de famílias legítimas e ilegítimas, seja por vínculo afetivo ou biológico, afastando, por conseguinte, todo tipo de discriminação ou diferença. A partir desta alteração no tratamento da filiação, todos os filhos passaram a ter os mesmos direitos e passaram, também, a ocupar um papel de maior relevância na comunidade familiar⁵².

Ainda no tocante à família, há de se destacar a igualdade entre os arranjos familiares, de modo que não se vislumbra mais a família matrimonializada como o único modelo de família correto. Essa evolução pode ser demonstrada através do Enunciado nº 3 do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), que vedou expressamente o trato diferenciado entre o cônjuge, que constitui um casamento, e o companheiro, que constitui uma união estável.

Enunciado 03 - Em face do princípio da igualdade das entidades familiares, é inconstitucional o tratamento discriminatório conferido ao cônjuge e ao companheiro⁵³.

Direcionado pela Constituição Federal, o Código Civil também se esmerou em regulamentar as transformações trazidas para o direito das famílias à luz do princípio da igualdade, como bem

⁵¹ O artigo 5º da Constituição Federal, em seu inciso I, estabelece que: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”.

⁵² Desse modo, explica Mauro Fiterman: “Os filhos havidos por força de relações matrimoniais ou não, com base em laços biológicos e por força de relações de afeto, são considerados como iguais segundo a noção contemporânea da família, e assim devem ser tratados por todos os concretizadores em razão da vinculação ao Estado Social”. (FITERMAN, Mauro. *Op. Cit.*, p. 43).

⁵³ IBDFAM. **IBDFAM aprova Enunciados.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5819/IBDFAM+aprova+Enunciados+++>>. Acesso em: 29/10/2016.

sintetiza Maria Berenice Dias⁵⁴:

Atendendo à ordem constitucional, o **Código Civil** consagra o princípio da igualdade no âmbito do direito das famílias, que não deve ser pautado pela pura e simples igualdade entre iguais, mas pela **solidariedade** entre seus membros. A organização e a própria direção da família repousam no princípio da igualdade de **direitos e deveres dos cônjuges** (CC 1.511), tanto que compete a ambos a direção da sociedade conjugal em **mútua colaboração** (CC 1.567). São atribuídos **deveres recíprocos** igualitariamente tanto ao marido quanto à mulher (CC 1.566). Em nome da igualdade é permitido a qualquer dos nubentes adotar o **sobrenome** do outro (CC 1.565 §1º). São paritários os direitos e os deveres do pai e da mãe no respeitante à **pessoa** (CC 1.631) e aos **bens dos filhos** (CC 1.690). Não havendo acordo, não prevalece a vontade de nenhum deles. Devem socorrer-se do juiz em caso de desacordos. Com relação à **guarda dos filhos**, nenhum dos genitores tem preferência (CC 1.583 e 1.584). A guarda compartilhada é a regra, sem a necessidade de consenso dos pais, dividindo-se o tempo de convívio de forma equilibrada entre os genitores (grifou-se).

Com isso, em síntese apertada, percebe-se a renovação que o princípio da igualdade trouxe para o nosso ordenamento jurídico, em especial para o Direito das Famílias.

2.8.3.4. Princípio da Solidariedade

A solidariedade social está inserida na Constituição Federal como um dos objetivos fundamentais da República⁵⁵, podendo ser encontrada, também, em seu preâmbulo⁵⁶ como reflexo valorativo da sociedade.

Segundo Maria Celina Bodin de Moraes⁵⁷, o princípio da solidariedade é um princípio inovador no ordenamento jurídico, que não deve ser compreendido como mero princípio político.

⁵⁴ DIAS, Maria Berenice. *Op. Cit.*, p. 51.

⁵⁵ Constituição de 1988, artigo 3º, inciso I: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

⁵⁶ Segundo Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco: “No preâmbulo da Constituição são inseridas informações relevantes sobre a origem da Constituição e os valores que guiaram a feitura do Texto 1. É da tradição brasileira que os diplomas constitucionais sejam antecedidos de um preâmbulo, em linha com o que acontece também em vários outros países”. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 77)

⁵⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. Cit.*, p. 15.

Por isso, em suas palavras, deve ser:

Levado em conta não só no momento da elaboração da legislação ordinária e na execução das políticas públicas, mas também nos momentos de interpretação-aplicação do Direito, por seus operadores e demais destinatários, isto é, pelos membros todos da sociedade.

Ainda conforme o entendimento da renomada doutrinadora, a solidariedade pode ser compreendida como um fato social. Neste caso, observam-se os indivíduos como partes de um todo, em verdadeira tradução da coexistência, que compartilham de uma mesma história:

O princípio de solidariedade é, pois, também, um fato social, na medida em que não se pode conceber o homem sozinho – como o mito de Robinson Crusóe na ilha deserta quis fazer crer – e somente se pode pensar o indivíduo como inserido na sociedade, isto é, como parte de um tecido social mais ou menos coeso em que a interdependência é a regra e, portanto, a abertura em direção ao outro, uma necessidade. Ser solidário, assim é partilhar, ao menos, uma mesma época, e, neste sentido, uma mesma história. Desta solidariedade de fato, objetiva, já se disse que ela é o que permite distinguir “uma sociedade de uma multidão”⁵⁸.

Por outro lado, a solidariedade compreendida como valor, requer que todos tenham discernimento acerca dos interesses pertencentes à coletividade e preocupação para com o próximo, como uma obrigação moral entendida sob a forma da reciprocidade:

Se a solidariedade objetiva decorre da necessidade imprescindível da coexistência, a solidariedade como valor deriva da consciência racional dos interesses em comum, interesses esses que implicam, para cada membro, a obrigação moral de não fazer aos outros o que não se deseja que lhe seja feito. Esta regra, ressalte, não possui qualquer conteúdo material, enunciando apenas uma forma, a forma da reciprocidade, indicativa de que a cada um que, seja o que for que possa querer, deve fazê-lo pondo-se de algum modo no lugar de qualquer outro⁵⁹.

⁵⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Solidariedade. In: Manoel Messias PEIXINHO, Isabella Franco GUERRA e Firly Nascimento FILHO (orgs.) *Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001, pp. 170-171.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 171.

Por ser essencialmente relacionado à afetividade, e materializado pela mútua assistência⁶⁰, o princípio da solidariedade aplica-se indispensavelmente no âmbito das relações familiares. No brilhante dizer de Flávio Tartuce⁶¹:

A solidariedade social é reconhecida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil pelo art. 3.º, inc. I, da Constituição Federal de 1988, no sentido de buscar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Por razões óbvias, esse princípio acaba repercutindo nas relações familiares, já que a solidariedade deve existir nesses relacionamentos pessoais. Isso justifica, entre outros, o pagamento dos alimentos no caso de sua necessidade, nos termos do art. 1.694 do atual Código Civil. A título de exemplo, o Superior Tribunal de Justiça aplicou o princípio em questão considerando o dever de prestar alimentos mesmo nos casos de união estável constituída antes de entrar em vigor a Lei n. 8.971/94, o que veio a tutelar os direitos da companheira. Reconheceu-se, nesse sentido, que a norma que prevê os alimentos aos companheiros é de ordem pública, o que justificaria a sua retroatividade.

Assim, pode-se compreender a solidariedade como princípio provedor da união afetiva e da responsabilidade social entre os participantes da comunidade familiar. Isto é, cada integrante, na condição de colaborador, deve auxiliar na concretização de direitos e na prestação de assistência moral e material do outro. Em razão da solidariedade, deriva-se, por exemplo, a obrigação ao pagamento de verbas alimentares e a parentalidade afetiva.

Sob essa lógica principiológica, é possível constatar que o Estado, ao criar obrigações aos membros da família para ficar em posição secundária na efetivação dos direitos constitucionais dos cidadãos, valendo-se do princípio da solidariedade, acaba, conseqüentemente, distanciando-se de sua natureza democrática de direito. Nesse sentido, destaca-se a crítica feita por Maria Berenice Dias⁶²:

A lei se aproveita da solidariedade que existe no âmbito das relações familiares. Ao gerar

⁶⁰ Conforme entendimento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal: “[...] a mútua assistência é forma específica de materialização da solidariedade social (e familiar) abraçada como princípio da República pelo art. 3º da Lex Fundamentallis”. (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Op. Cit.*, p. 250).

⁶¹ SILVA, Flávio Murilo Tartuce. *Novos princípios do Direito de Família brasileiro*. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1036&revista_caderno=14>. Acesso em: 30/10/2016.

⁶² DIAS, Maria Berenice. *Op. Cit.*, pp. 51-52.

deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, safa-se o Estado do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão. Basta atentar que, em se tratando de crianças e adolescentes, é atribuído primeiro à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação (CF 227). Impor aos pais o dever de assistência aos filhos decorre do princípio da solidariedade (CF 229). O mesmo ocorre com o dever de amparo às **pessoas idosas** dispõe do mesmo conteúdo solidário (CF 230) (grifou-se).

Em resumo, verifica-se que a consagração do princípio da solidariedade como princípio constitucional relevante para a direito das famílias, ensejou uma série de transformações positivas ao referido ramo do direito, principalmente no que tange à valorização do vínculo afetivo e social. Entretanto, ainda se vislumbra a necessidade deste ser absorvido integralmente pelos institutos jurídicos que ainda se encontram marcados pelo individualismo⁶³.

2.8.3.5. Princípio do Pluralismo das Entidades Familiares

A Constituição Federal de 1988, rompendo com todos os paradigmas que permeavam as

⁶³ Consoante opinião crítica de Paulo Lôbo: “O Código Civil de 2002, apesar da apregoada mudança de paradigma, do individualismo para a solidariedade social, manteve forte presença dos interesses patrimoniais sobre os pessoais, em variados institutos do Livro IV, no Título I destinado ao ‘direito pessoal’. Assim, as causas suspensivas do casamento, referidas no art. 1.523, são quase todas voltadas aos interesses patrimoniais (principalmente, em relação à partilha de bens). Da forma como permanece no Código, a autorização do pai, tutor ou curador para que se casem os que lhe estão sujeitos não se volta à tutela da pessoa, mas ao patrimônio dos que desejam casar; a razão de a viúva estar impedida de casar antes de dez meses depois da gravidez não é a proteção da pessoa humana do nascituro, ou a da certeza da paternidade, mas a proteção de seus eventuais direitos sucessórios; o tutor, o curador, o juiz, o escrivão estão impedidos de casar com as pessoas sujeitas a sua autoridade, porque aqueles, segundo a presunção da lei, seriam movidos por interesses econômicos. No capítulo destinado à dissolução da sociedade conjugal e do casamento ressaltam os interesses patrimoniais, sublimados nos processos judiciais, agravados com o fortalecimento do papel da culpa na separação judicial, na contramão da evolução do direito de família. Contrariando a orientação jurisprudencial dominante, o art. 1.575 enuncia que a sentença de separação importa partilha dos bens. A confusa redação dos preceitos relativos à filiação (principalmente a imprescritibilidade prevista no art. 1.601) estimula que a impugnação ou o reconhecimento judicial da paternidade tenham como móvel interesse econômico (principalmente herança), ainda que ao custo da negação da história de vida construída na convivência familiar. Quando cuida dos regimes de bens entre os cônjuges, o Código (art. 1.641) impõe, com natureza de sanção, o regime de separação de bens aos que contraírem casamento com inobservância das causas suspensivas e ao maior de 60 anos, regra esta de discutível constitucionalidade, pois agressiva da dignidade da pessoa humana, cuja afetividade é desconsiderada em favor de interesses de futuros herdeiros. As normas destinadas à tutela e à curatela estão muito mais voltadas ao patrimônio do que às pessoas dos tutelados e curatelados. Na curatela do prodígio, a proteção patrimonial chega ao clímax, pois a prodigalidade é negada e a avareza premiada”. (LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 9).

Constituições brasileiras anteriores, inovou com relação ao conceito de família ao aderir ao pluralismo das entidades familiares. Como sabido, antes da Constituição Cidadã, somente o modelo tradicional de família, formado pelo casamento, era digno de receber proteção jurídica do Estado, de modo que todas as demais famílias eram reguladas pelo Direito das Obrigações, sendo intituladas como meras sociedades de fato.

A partir dessa adesão, evidenciada pela menção expressa na Constituição, ao longo dos parágrafos do artigo 226⁶⁴, de mais duas entidades familiares, além da família matrimonializada, quais sejam a família derivada da união estável e a família monoparental, bem como pela extinção da exaltação no caput do referido artigo a apenas um modelo específico de família como base da sociedade, houve o reconhecimento das famílias afetivas. E assim nascia um direito de famílias mais inclusivo e igualitário.

Ressalte-se que o princípio do pluralismo das entidades familiares, como princípio que busca a concretização da igualdade material e da dignidade da pessoa humana, não se limita apenas à compreensão desses três modelos de família, tendo em vista que a sociedade, em sua realidade, contempla diversas outras formações familiares, tais como a família homoafetiva, a poliafetiva, a pluriparental, dentre outras. Assim, deve-se fazer uma interpretação extensiva do artigo 226 da Carta Magna, visando à inclusão desses novos arranjos familiares no Texto Constitucional, com o objetivo de que também sejam alcançadas pela tutela do Estado.

Completando esse entendimento, Maria Berenice Dias entende conceitualiza que “o princípio do pluralismo das entidades familiares é encarado como o reconhecimento pelo Estado da existência de várias possibilidades de **arranjos familiares** (grifou-se)”⁶⁵.

⁶⁴ Constituição de 1988, artigo 226, parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendente.

⁶⁵ DIAS, Maria Berenice. *Op. Cit.*, pp. 51-52.

Ademais, com base na representação, cada vez mais fidedigna, do ordenamento jurídico quanto às transformações que envolvem os fatos sociais, já é possível, segundo Conrado Paulino da Rosa, “seguindo a tendência do pluralismo das entidades familiares, pensar em novas formas de afetividade ou, até mesmo, novas modalidades de família a partir dos modelos já construídos e admitidos”⁶⁶. É o caso da *ifamily*/família virtual, constituída em razão da necessidade daqueles que integram a família de se distanciarem de seu núcleo familiar para estudar ou trabalhar, mantendo os laços socioafetivos familiares, quase que exclusivamente, pelo meio virtual.

Logo, cabe ao Estado proporcionar o devido reconhecimento jurídico às novas espécies de entidades familiares que vão surgindo, sob pena de causar verdadeiro retrocesso no âmbito do direito das famílias.

2.8.3.6. Princípio da Proteção Integral das Crianças, Adolescentes e Idosos

As crianças, adolescentes e jovens, por se encontrarem em fase de desenvolvimento e em consequente estado de vulnerabilidade, carecem de contínua e integral proteção. Em função disso, a Constituição Federal, no caput de seu artigo 227, conferiu direitos fundamentais aos mesmos a fim de viabilizar esse processo, a saber:

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 opressão⁶⁷.

Dessa forma, a família, no cumprimento de sua função social, deve garantir às crianças, adolescentes e jovens a concretização de tais preceitos constitucionais, sob pena de responderem

⁶⁶ ROSA, Conrado Paulino da. *Ifamily: um novo conceito de família?* São Paulo: Saraiva, 2013, p. 101.

⁶⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Casa Civil, s.d. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 01/11/2016.

nas esferas civil e criminal e serem destituídos do poder familiar. Sob esse aspecto, vale salientar que, apesar da valorização ao convívio familiar, em caso de não observância ao atendimento dos interesses da criança ou do adolescente pela família biológica ou extensa, o deslocamento para a família substituta acaba sendo a melhor opção para o infante.

Ainda no que tange aos benefícios trazidas pela Constituição de 1988 que proporcionaram efetiva proteção às crianças e adolescentes, convém destacar a igualdade com relação aos filhos, que passaram a receber os mesmos direitos, independentemente de sua origem; a maior notoriedade da função dos filhos na comunidade familiar; a valorização do vínculo socioafetivo em detrimento do biológico; e a inspiração de diversas outras legislações infraconstitucionais, tais como o Código Civil (Lei 10.406/02) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90). Como exemplo, também verificam-se os Enunciados do IBDFAM acerca da matéria, que no respeito a tais diretrizes constitucionais, norteiam sempre a doutrina e a jurisprudência para o melhor interesse da criança e do adolescente.

Enunciado 05. Na adoção, o princípio do superior interesse da criança e do adolescente deve prevalecer sobre a família extensa.

Enunciado 6. Do reconhecimento jurídico da filiação socioafetiva decorrem todos os direitos e deveres inerentes à autoridade parental.

Enunciado 07. A posse de estado de filho pode constituir paternidade e maternidade.⁶⁸

Aos idosos, também foi conferida proteção especial pela Carta Magna, que em seu artigo 230 atribuiu à família, à sociedade e ao Estado a responsabilidade pela sua integração na comunidade e pela defesa de sua dignidade e bem-estar. Tal proteção se dá em respeito aos anos que os idosos já vivenciaram e em virtude da falta de vitalidade física, derivada do envelhecimento.

⁶⁸ IBDFAM. *IBDFAM aprova Enunciados*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5819/IBDFAM+aprova+Enunciados+++>. Acesso em: 01/11/2016.

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 vida⁶⁹.

No seio familiar, é imprescindível que os idosos recebam atenção e afeto em seu tratamento. Surge a partir daí a oportunidade de seus descendentes retribuírem todo o esforço feito por estes quando ainda eram novos. Trata-se da verdadeira tradução do princípio da solidariedade familiar. Diante disso, o IBDFAM, partindo dessa premissa, aprovou o Enunciado n° 10, reconhecendo a possibilidade do abandono afetivo em relação aos ascendentes idosos:

Enunciado 10. É cabível o reconhecimento do abandono afetivo em relação aos ascendentes idosos⁷⁰.

Por fim, convém salientar que a Constituição Federal de 1988 serviu de base para a criação do Estatuto do Idoso (Lei n° 10.741/03), lei que implementa os direitos para os maiores de 60 anos de idade e prevê sanções para aqueles que desrespeitam tais direitos.

2.8.3.7. Princípio da Vedação ao Retrocesso

Impedir o retrocesso social é uma importante diretriz consagrada pela Carta Magna, que visa garantir segurança jurídica perante as constantes situações de instabilidade política e econômica enfrentadas. Criado por José Joaquim Gomes Canotilho, esse princípio consiste em vedar que o legislador infraconstitucional suprima ou restrinja direitos e garantias ora já consagrados⁷¹.

Nesse mesmo sentido, Luis Roberto Barroso entende que se o ordenamento “instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser

⁶⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Casa Civil, s.d. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01/11/2016.

⁷⁰ IBDFAM. **IBDFAM aprova Enunciados**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5819/IBDFAM+aprova+Enunciados+++>>. Acesso em: 01/11/2016.

⁷¹ O autor enfatiza, principalmente, os direitos sociais. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra, Almedina, 1998, p. 321).

absolutamente suprimido”⁷².

Na seara do Direito das Famílias, houve a consagração de importantes eixos norteadores da proteção à família pela Constituição Federal, quais sejam: i) o tratamento isonômico entre homem e mulher na comunidade familiar; ii) o pluralismo das relações familiares, todas dignas de proteção; e iii) o tratamento isonômico entre os filhos.

Desse modo, qualquer norma posterior que venha a reduzir tais direitos subjetivos, garantidos constitucionalmente, estará violando flagrantemente o princípio da vedação ao retrocesso. De igual maneira, não poderá o Poder Judiciário, ao julgar um caso concreto ou a lei em tese, em caso de omissão legislativa, decidir de forma prejudicial às famílias, estabelecendo, por exemplo, diferenciações entre elas.

Ressalte-se que o princípio da vedação ao retrocesso não protege somente os direitos daqueles que já os adquiriram, com efeitos retroativos, mas também protege “contra medidas denominadas retrocessivas – supressões de direitos ou disposições constitucionais, ainda que com efeitos meramente prospectivos como é, claramente, o caso do Estatuto da Família”⁷³.

O Estatuto da Família (Projeto de Lei nº 6.583/2013), que está em análise no Congresso Nacional é a tradução do próprio retrocesso social. Pensar em sua aprovação, é extinguir o reconhecimento do pluralismo das entidades familiares, retirando o status de família de todas as relações familiares não contempladas pela Constituição Federal de forma expressa, a exemplo das uniões homoafetivas.

⁷² BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 158.

⁷³ GORGA, Maria Luiza. *Estatuto da Família é um retrocesso de viés tanto legal quanto social*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-08/maria-gorga-estatuto-familia-retrocesso-legal-social>>. Acesso em: 01/11/2016.

2.8.3.8. Seria a Afetividade um Princípio?

A valorização do afeto nas relações familiares sobreveio com a Constituição de 1988, na medida em que o conceito de família foi alargado para dar margem às novas modalidades de família que se faziam presentes na sociedade, constituídas, não pelo vínculo biológico ou pelo matrimônio, mas essencialmente pela afetividade. Consoante a esse entendimento, elucidam Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona⁷⁴ com relação à temática da valorização da afetividade na esfera das relações filiais:

Nesse mesmo diapasão, descortina-se, hoje, na vereda da afetividade, o importante reconhecimento das relações filiais desbiologizadas, mitigando-se, assim, com justiça, o entendimento, até então dogmático, da supremacia genética decorrente do laudo de exame de DNA, podendo, inclusive, gerar a consequente obrigação alimentar (conforme entendimento do Enunciado n. 341, da IV Jornada de Direito Civil).

Entretanto, em que pese ter recebido papel de destaque, ressalte-se que a afetividade não foi contemplada de forma expressa no texto constitucional, de modo que entende-se pela sua presença apenas de forma implícita, derivada dos princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Proteção Integral. No Código Civil, é mencionado, indiretamente no artigo 1.638, inciso II, considerou, mesmo que por via reflexa, o princípio da afetividade, ao dispor que: “perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que deixar filho em abandono”⁷⁵.

A relevância concedida à afetividade no Direito das Famílias é perceptível, uma vez que já vem sendo utilizada como fundamentando de diversos enunciados oriundos das Jornadas de Direito Civil, preponderantemente, mediante a qualificação de socioafetividade, seja em relação à paternidade ou ao parentesco:

IV Jornada de Direito Civil - Enunciado 339

⁷⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família. As Famílias em perspectiva constitucional*. Vol. 6. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 116.

⁷⁵ BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Lex: Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05/12/2016

A paternidade socioafetiva, calcada na vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho.

IV Jornada de Direito Civil - Enunciado 341

Para os fins do art. 1.696, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar.

IV Jornada de Direito Civil - Enunciado 333

O direito de visita pode ser estendido aos avós e a pessoas com as quais a criança ou o adolescente mantenha vínculo afetivo, atendendo ao seu melhor interesse.

V Jornada de Direito Civil - Enunciado 519

O reconhecimento judicial do vínculo de parentesco em virtude de socioafetividade deve ocorrer a partir da relação entre pai(s) e filho(s), com base na posse do estado de filho, para que produza efeitos pessoais e patrimoniais.⁷⁶

Necessário destacar, também, a edição do enunciado nº 8 do IBDFAM, o qual estabeleceu ser o abandono afetivo capaz de causar dano passível de reparação⁷⁷:

Enunciado 08. O abandono afetivo pode gerar direito à reparação pelo dano causado

A partir daí, surge então verdadeira discussão jurídica sobre eventual natureza principiológica da Afetividade. Seria a afetividade um princípio ou tão somente valor jurídico? Dessa forma, comenta Flávio Tartuce: “tornou-se comum, na doutrina contemporânea, afirmar que o afeto tem valor jurídico ou, mais do que isso, foi alçado à condição de verdadeiro princípio geral”⁷⁸.

Segundo Ricardo Calderón⁷⁹, é possível vislumbrar três principais correntes presentes no debate doutrinário acerca da classificação jurídica da afetividade:

⁷⁶ BRASIL. CJF. Conselho da Justiça Federal. Consulta de enunciados disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/>. Acesso em 05/12/2016.

⁷⁷ IBDFAM. **IBDFAM aprova Enunciados**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5819/IBDFAM+aprova+Enunciados+++>. Acesso em: 05/12/2016.

⁷⁸ TARTUCE, Flávio. **O Princípio da Afetividade no Direito de Família**. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>. Acesso em: 05/12/2016.

⁷⁹ CALDERON, Ricardo Lucas. **O Percorso Construtivo do Princípio da Afetividade no Direito de Família Brasileiro Contemporâneo: Contexto e Efeitos**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito (Mestrado) da Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2011. Disponível em: <http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/26808/dissertacao%20FINAL%2018-11-2011%20pdf.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 05/12/2016. p. 230.

A primeira sustenta expressamente a afetividade como princípio jurídico do direito de família, a segunda reconhece a importância do afeto para a família, mas o restringe à categoria de valor relevante (sem qualificá-lo como princípio); e a terceira repele explicitamente a perspectiva principiológica no trato da afetividade e argumenta, ainda, que o afeto não deve ser objeto do Direito.

Os patronos da primeira corrente, defendem que, verdadeiramente, a afetividade é princípio que coexiste no ordenamento jurídico de forma implícita, justificando, por conseguinte, o seu papel basilar na construção das famílias.⁸⁰ Como uma das representantes deste entendimento, leciona Maria Helena Diniz⁸¹: “princípio da afetividade, corolário do respeito da dignidade da pessoa humana, como norteador das relações familiares e da solidariedade familiar”.

Em contrapartida, os patronos da segunda corrente desconhecem a afetividade como princípio jurídico, mas reconhecem que o mesmo é merecedor de respeito pelo Direito por se tratar de valor considerável.⁸² Como uns dos detentores deste posicionamento, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald⁸³ expõem:

A família do novo milênio, ancorada na segurança constitucional, é *igualitária, democrática e plural* (não mais necessariamente casamentaria), protegido todo e qualquer modelo de vivência afetiva e compreendida como estrutura socioafetiva, forjada em laços da solidariedade (grifo do autor).

Já os patronos da terceira corrente, alegam, de forma explícita, que a afetividade não é considerada princípio pelo sistema jurídico, rechaçando vigorosamente o seu uso pelo Direito. Isso porque, para eles, o afeto nada mais é do que um sentimento, o qual na maioria das vezes, não predomina no centro da convivência familiar. Além disso, por sua subjetividade e indeterminação

⁸⁰ CALDERON, Ricardo Lucas. *Op. Cit.*, p. 230.

⁸¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 5: Direito de Família, p. 38.

⁸² CALDERON, Ricardo Lucas. *Op. Cit.*, p. 233.

⁸³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed., rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 10.

acerca de sua definição jurídica, fica inviável alçá-lo a tal categoria⁸⁴. Em defesa da referida corrente doutrinária, destaca-se a visão de Gustavo Tepedino⁸⁵: “nos escombros da desconstituição da família inexistem certamente amor e afeto – que, de resto, não se constituem em princípios jurídicos e, por isso mesmo, carecem de força coercitiva”.

Com relação à jurisprudência, pode-se dizer que ainda não há um entendimento pacífico no que diz respeito à consideração da afetividade como princípio do Direito das Famílias. Não obstante, observa-se em vastas decisões a sua utilização para fundamentar julgamentos de conflitos presentes no âmbito das relações familiares, a exemplo:

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. “ADOÇÃO À BRASILEIRA”. CONFRONTO ENTRE A VERDADE BIOLÓGICA E A SÓCIO-AFETIVA. TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PROCEDÊNCIA. DECISÃO REFORMADA. A ação negatória de paternidade é imprescritível, na esteira do entendimento consagrado na Súmula 149/STF, já que a demanda versa sobre o estado da pessoa, que é emanção do direito da personalidade. 2. No confronto entre a verdade biológica, atestada em exame de DNA, e a verdade sócio-afetiva, decorrente da denominada “adoção à brasileira” (isto é, da situação de um casal ter registrado, com outro nome, menor, como se deles filho fosse) e que perdura por quase quarenta anos, há de prevalecer a solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana. 3. A paternidade sócio-afetiva, estando baseada na tendência de personificação do direito civil, vê a família como instrumento de realização do ser humano; aniquilar a pessoa do apelante, apagando-lhe todo o histórico de vida e condição social, em razão de aspectos formais inerentes à irregular “adoção à brasileira”, não tutelaria a dignidade humana, nem faria justiça ao caso concreto, mas, ao contrário, por critérios meramente formais, proteger-se-iam as artimanhas, os ilícitos e as negligências utilizadas em benefício do próprio apelado.⁸⁶

RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO SANGÜÍNEA ENTRE AS PARTES. IRRELEVÂNCIA DIANTE DO VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO. - Merece reforma o acórdão que, ao julgar embargos de declaração, impõe multa com amparo no art. 538, par. único, CPC se o recurso não apresenta caráter modificativo e se foi interposto com expressa finalidade de prequestionar. Inteligência da Súmula 98, STJ. - O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo sócio-afetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação sócio-afetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de

⁸⁴ CALDERON, Ricardo Lucas. *Op. Cit.*, p. 235.

⁸⁵ TEPEDINO, Gustavo. Bases Teóricas Para o Novo Direito de Família. *Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, Padma, v. 23, jul./set. 2005*, p. iv.

⁸⁶ BRASIL. TJ/PR. *Apelação Cível 108.417-9*, 2ª Vara de Família, Curitiba. Apelante: G.S. / Apelado: A.F.S. / Relator: Desembargador Accácio Cambi, julgado em 12.12.2001.

nulidade do assento lançado em registro civil. - O STJ vem dando prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação sócio-afetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai sócio-afetivo. A contrario sensu, se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sangüíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica. Recurso conhecido e provido.⁸⁷

Além de pautar diversas decisões de Tribunais dos mais variados entes da Federação, bem como do Superior Tribunal de Justiça, a afetividade também foi utilizada na argumentação de decisões do Supremo Tribunal Federal, com destaque para a decisão referente à ADPF n° 132 e à ADI n° 4277, que conferiu legitimidade às uniões homoafetivas⁸⁸.

Para Ricardo Calderón, há uma forte inclinação da jurisprudência brasileira para reconhecer a afetividade como princípio:

Apesar de muitas decisões judiciais não citarem explicitamente seu reconhecimento como princípio, muitas delas deixam transparecer o caráter principiológico da afetividade, eis que sua incidência não é pontual e específica – como corrente no trato de regras, mas é possível notar sua utilização como verdadeiro mandamento de otimização, que pode ter maior ou menor amplitude de acordo com cada situação fática em apreço. O acolhimento da afetividade pela jurisprudência brasileira permite perceber sua aceitação como princípio implícito do direito de família, que se irradia nas diversas relações familiares, sempre que presente em determinada situação subjetiva.⁸⁹

De todo o exposto, conclui-se que a afetividade já é uma realidade constante no Direito das Famílias, para alguns descortinada sob a configuração jurídica de princípio, para outros de valor jurídico, que vem acarretando paradigmáticas mudanças. Assim, devem ser aprofundados os argumentos utilizados pela doutrina e pela jurisprudência no trato da afetividade, a fim de se chegar a um denominador comum sobre o seu efetivo conceito jurídico.

⁸⁷ BRASIL. STJ. *Recurso Especial 878.941/DF (2006/0086284-0)*, Rel. Min. Nancy Andrichi, julgamento em 21.08.2007.

⁸⁸ Assunto a ser tratado no próximo capítulo.

⁸⁹ CALDERON, Ricardo Lucas. *Op. Cit.*, p. 228.

3. O ESTATUTO DA FAMÍLIA E O CONCEITO DISCRIMINATÓRIO DE ENTIDADE FAMILIAR – UM PROJETO DE LEI INCONSTITUCIONAL?

3.1. Novo Conceito de Família: as Uniões Homoafetivas

No Brasil, o debate inicial acerca da homoafetividade surgiu na década de 90 e era pautado por intolerância, preconceito, desprezo e abominação, principalmente da parte de religiosos. Felizmente, com o passar dos anos, houve uma mudança gradativa da mentalidade da sociedade, de modo que aos poucos as uniões homoafetivas foram ganhando maior notoriedade.

Somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a instituição do Estado Democrático de Direito é que as uniões homoafetivas puderam ser, efetivamente, reconhecidas como núcleo familiar, haja a vista a consagração do princípio da pluralismo das entidades familiares e o conceito aberto de família estabelecido pelo texto constitucional. Nesse sentido, destaca Luís Roberto Barroso⁹⁰:

As uniões estáveis heterossexuais também percorreram caminhos feitos de idas e vindas, acolhimentos e rejeições. Com a Constituição de 1988, no entanto, obtiveram reconhecimento institucional pleno, passando a ser caracterizadas como verdadeiras entidades familiares.

É importante ressaltar que estudos realizados acerca da homossexualidade não chegaram a uma unicidade no que tange aos fatores que determinam a orientação sexual. Como resultado, alguns apontaram para fatores genéticos⁹¹ e outros para fatores sociais. De qualquer forma, pelo

⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Diferentes, mas iguais: O Reconhecimento Jurídico das Relações Homoafetivas no Brasil*. Rio de Janeiro, 10 de novembro de 2006. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-atuacao/direitos-sexuais-e-reprodutivos/pag-direitos-lgbt/copy_of_documentos-tecnicos-de-outros-orgaos/Parecer-Barroso-uniao-homossexuais> Acesso em: 03/12/2016, p. 5.

⁹¹ Em estudo realizado nos EUA, chegou-se aos seguintes resultados: entre gêmeos univitelinos, se um dos irmãos era homossexual, em 52% dos casos o outro também era; entre gêmeos bivitelinos, o percentual ficava em 22%; entre irmãos adotivos, se restringia a 11%. A pesquisa demonstra que a orientação sexual é influenciada pelo ambiente familiar, mas é influenciada também, e decisivamente, por fatores genéticos. A pesquisa é reportada por Maria Berenice Dias, *União homossexual: o preconceito e a justiça*, 2001, p. 43.

princípio constitucional da liberdade, todos têm o direito à liberdade de orientação sexual, pois não há consenso acerca das razões que determinam a orientação sexual dos indivíduos.

Há estudos “que certificam que a orientação sexual é decorrente de fatores genéticos. Segundo outros estudos, igualmente sérios, os fatores determinantes seriam sociais. Não é importante tomar partido nesse debate, salvo para deixar claro que a homossexualidade não é uma opção, mas um fato da vida”⁹².

A comunidade científica, na busca por respostas em relação à homoafetividade, equivocadamente lhe concedeu incorretas designações: a princípio, utilizavam a expressão “homossexualismo” (o prefixo “-ismo” era propositalmente inserido na palavra para remeter a uma patologia, já que era compreendido como distúrbio mental).

Apenas no ano de 1990, foi retirada da lista internacional de doenças pela Organização Mundial da Saúde⁹³. Posterior a isso, foi compreendida como “opção sexual”, como se fosse possível optar por quem se tem afeto e com quem se quer relacionar.

Em que pese a união homoafetiva ser dada entre pessoas do mesmo sexo, deve-se atentar ao fato de que não é o sexo que motiva o relacionamento homoafetivo, mas, sim, o afeto, a mútua assistência e a comunhão de vidas e projetos, características que, por sua vez, também estão presentes nas demais modalidades de família. Além do mais, a Carta Magna trouxe um conceito ampliado e moderno de família em seu artigo 226⁹⁴, possibilitando a compreensão, ainda que

⁹² BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, p. 7.

⁹³ GALASTRI, Luciana. *Não existe tratamento para o que não é doença*. Disponível em: <<http://revistagalileu.globo.com/Revista/Common/0,,EMI33936717770,00NAO+EXISTE+TRATAMENTO+PARA+O+QUE+NAO+E+DOENCA.html>>. Acesso em 03/12/2016.

⁹⁴ Constituição de 1988, artigo 226, parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendente.

implícita da família homoafetiva, por meio de seus princípios constitucionais. Neste ínterim, o Estado recebe o papel de proteger um novo grupo familiar que surge na sociedade brasileira, em respeito à dignidade da pessoa humana.

Assim leciona Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald⁹⁵:

Pois bem, o fundamento primário das uniões homoafetivas (tal qual as demais entidades familiares) é o afeto. Dividem-se alegrias, tristezas, sexualidade, afeto, solidariedade, amor..., enfim, projetos de vida. Por isso, não é crível, nem admissível, que lhes seja negada a caracterização como entidade familiar. E não são poucos os motivos que, emanando da Lei Maior, justificam tal assertiva. *Primus*, embora a *Lex Fundamentallis* não tenha, expressamente, contemplado a união homoafetiva como relação familiar, uma visão unitária e sistêmica do ordenamento jurídico conduz, seguramente, a essa conclusão. Máxime quando considerados os princípios basilares constitucionais da dignidade humana (CF, art. 1º, III), da igualdade substancial (CF, arts. 3º e 5º), da não discriminação, inclusive por opção sexual (CF, art. 5º), e do *pluralismo familiar* (CF, art. 226), consagrando diferentes modelos de entidade familiar. Não se pense, todavia, que a família homoafetiva se confundiria com a família casamentária – fundada no casamento, união formal entre pessoas de sexos diferentes – ou com a família convivencial – fundada na união estável, como laço informal entre pessoas de sexos diferentes. Trata-se de modelo familiar autônomo, como a comunidade entre irmãos (família anaparental), tios e sobrinhos e avós e netos. Todos eles merecedores de especial proteção do Estado. *Secundus*, importa realçar que a família contemporânea tem o seu ponto de referência no afeto, evidenciado como um verdadeiro *direito à liberdade de autodeterminação emocional*, que se encontra garantido constitucionalmente. *Tertius*, não proteger a entidade homossexual como um grupo familiar é negar a compreensão instrumentalizada da família, retirando proteção da pessoa humana e reprimando uma era já superada (definitivamente!) institucionalista, como se a proteção não fosse dedicada à pessoa, atentando contra a sua intransigível dignidade.

E em comentário crítico, afirma Maria Berenice Dias⁹⁶:

Não se pode falar em homossexualidade sem pensar em afeto. Enquanto a lei não acompanha a evolução da sociedade, a mudança de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém tem o direito de fechar os olhos, assumindo postura preconceituosa ou discriminatória, para não enxergar essa nova realidade. Os aplicadores do Direito não podem ser fonte de grandes injustiças. Descabe confundir questões jurídicas com questões morais e religiosas. É necessário mudar valores, abrir espaços para novas discussões, revolver princípios, dogmas e preconceitos.

⁹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Op. Cit.*, p. 64.

⁹⁶ DIAS, Maria Berenice. *Família Homoafetiva*. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_647\)28_familia_homoafetiva.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_647)28_familia_homoafetiva.pdf)>. Acesso em: 03/12/2016. p. 10.

A nova família homoafetiva já é uma realidade compreendida pela Constituição Federal e pacificada no entendimento da doutrina e jurisprudência. Em virtude da precariedade normativa e do silêncio do Poder Legislativo com relação a regulamentação desta entidade, caberia, portanto, aos aplicadores do direito atuarem em sua defesa e na eliminação do preconceito.

3.2. O Reconhecimento Jurídico das Uniões Estáveis Homoafetivas pelo Supremo Tribunal Federal – Análise da ADPF nº 132 e da ADI nº 4277

O ano de 2011 foi um ano memorável para a jurisprudência brasileira e para o Direito das Famílias, posto que, finalmente, a união homoafetiva foi reconhecida juridicamente como entidade familiar pelo Supremo Tribunal Federal; após as diversas dificuldades enfrentadas, principalmente no que tange à discriminação social. Entretanto, mister salientar que, tal reconhecimento, antes de atingir a esfera de controle constitucional concentrado, percorreu a esfera de controle difuso conquistando, gradativamente, direitos significativos perante os diversos Tribunais dos entes federados.

Essa evolução jurisprudencial é brilhantemente relatada por Maria Berenice Dias⁹⁷, a qual atribui pioneirismo à Justiça Gaúcha ao delimitar a competência dos juizados especializados família para apreciar as uniões homoafetivas e, conseqüentemente, facilitando a sua compreensão como entidade familiar. Senão, vejamos:

A mudança começou pela Justiça gaúcha, que, ao definir a competência dos juizados especializados da família para apreciar as uniões homoafetivas, acabou por inseri-las no âmbito do Direito das Famílias como entidades familiares. Tal modificação provocou o envio de todas as demandas que tramitavam nas varas cíveis para a jurisdição de família. Também os recursos migraram para as câmaras do Tribunal que detêm competência para apreciar essa matéria. Felizmente, no mesmo sentido, em julgamento inédito, manifestou-se o STJ. A primeira decisão da Justiça brasileira que deferiu herança ao parceiro do

⁹⁷ DIAS, Maria Berenice. *A Constitucionalização das Uniões Homoafetivas*. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_641\)43_a_constitucionalizacao_das_unioes_homoafetivas.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_641)43_a_constitucionalizacao_das_unioes_homoafetivas.pdf)> Acesso em: 03/12/2016. p. 9-10.

mesmo sexo também é da Justiça do Rio Grande do Sul. Fazer analogia com o Direito das Famílias, que se justifica pela afetividade, significa reconhecer a semelhança entre as relações familiares e as homossexuais. Um dos julgamentos de relevante significado foi o do companheiro sobrevivente que, na ausência de herdeiros sucessíveis, viu a herança na iminência de ser declarada vacante e recolhida ao município. Em sede de embargos infringentes, foram reconhecidos direitos sucessórios ao companheiro pelo voto de Minerva do Vice-Presidente do Tribunal. Desta decisão, o Ministério Público opôs recurso tanto ao Superior Tribunal de Justiça como ao Supremo Tribunal Federal, não tendo sido ainda alvo de julgamento. Como o Tribunal Superior Eleitoral já proclamou a inelegibilidade (CF, art. 14, § 7.º) nas uniões homossexuais, está reconhecido que a união entre duas pessoas do mesmo sexo é uma entidade familiar, tanto que sujeita à vedação que só existe no âmbito das relações familiares. Ora, se estão sendo impostos ônus aos vínculos homoafetivos, faz-se mister que sejam assegurados também todos os direitos e garantias a essas uniões no âmbito do Direito das Famílias e do Direito Sucessório. Em 2006, por decisão unânime, o TJ/RS26 reconheceu o direito à adoção a um casal formado por pessoas do mesmo sexo. Os filhos haviam sido adotados por uma das parceiras, vindo a outra a pleitear a adoção em juízo. Com certeza esta decisão selou de vez o reconhecimento de que a divergência de sexo é indiferente para a configuração de uma família. E mais. Outros julgados, no mesmo sentido, já vêm sendo adotados no restante do país, como em São Paulo, e, recentemente, no Paraná. E não só a adoção vem sendo admitida. Após o rompimento da relação homoafetiva, foi assegurado o direito de visitas à parceira, mesmo estando o filho registrado somente em nome da mãe biológica. Para evitar tais entraves, em 2008, foi autorizada, em Porto Alegre, a alteração do registro de nascimento da criança para inclusão do nome das duas mães, a biológica e a socioafetiva.

Ressalte-se que as mudanças supracitadas aconteceram até o ano de 2008 e já representavam um sinal de que o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas como entidade familiar estava próxima de ser efetivada. E, assim, deveras aconteceu no ano de 2011, quando os ministros da maior instância do Poder Judiciário julgaram, por maioria unânime, a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI - nº 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF – nº 132.

A ADPF nº 132 foi ajuizada em 27 de fevereiro de 2008 pelo ex-governador Sérgio Cabral, sob a alegação de que atos do Poder Público estavam discriminando os casais homoafetivos. Tais atos seriam as interpretações realizadas aos incisos II e V do artigo 19⁹⁸, bem como aos incisos I

⁹⁸ Art. 19 - Conceder-se-á licença: (...) II - por motivo de doença em pessoa da família, com vencimento e vantagens integrais nos primeiros 12 (doze) meses; e, com dois terços, por outros 12 (doze) meses, no máximo; (...) V - sem vencimento, para acompanhar o cônjuge eleito para o Congresso Nacional ou mandado servir em outras localidades se militar, servidor público ou com vínculo empregatício em empresa estadual ou particular. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/decest.nsf/13a8832c3ad51674832569d0006c75a4/cb7fc6f032ee6e5683256eb40054bd0e?OpenDocument>>. Acesso em: 16/11/2016.

a X do artigo 33⁹⁹, ambos do Decreto-Lei 220/1975, o qual dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro, que estariam violando os princípios fundamentais da igualdade, liberdade, segurança jurídica e dignidade humana – considerados preceitos fundamentais – desses casais e as inúmeras decisões judiciais denegatórias e reducionistas, dadas em primeira e segunda instância, aos seus direitos.

Nesse sentido, foi pleiteada a aplicação dos princípios constitucionais da igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana, segurança jurídica e razoabilidade, assim como do método analógico¹⁰⁰, em virtude da lacuna deixada pelo legislativo, para equiparar as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo às uniões estáveis entre pessoas de sexo distinto, conferindo o regime jurídico da união estável para ambas as relações.

De modo subsidiário, foi pleiteado o recebimento da ação como ADI, a fim de ser conferida interpretação conforme a Constituição¹⁰¹ ao artigo 1.723 do Código Civil¹⁰², estabelecendo ao mesmo nova leitura da lei infraconstitucional, o que foi prontamente acatado pelo ministro Gilmar Mendes, examinador originário, por entender ser esse o objeto precípua da ação.

⁹⁹ Art. 33 - O Poder Executivo disciplinará a previdência e a assistência ao funcionário e à sua família, compreendendo: I - salário-família; II - auxílio-doença; III - assistência médica, farmacêutica, dentária e hospitalar; IV - financiamento imobiliário; V - auxílio-moradia; VI - auxílio para a educação dos dependentes; VII - tratamento por acidente em serviço, doença profissional ou internação compulsória para tratamento psiquiátrico; VIII - auxílio-funeral, com base no vencimento, remuneração ou provento; IX - pensão em caso de morte por acidente em serviço ou doença profissional; X - plano de seguro compulsório para complementação de proventos e pensões. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/decest.nsf/13a8832c3ad51674832569d0006c75a4/cb7fc6f032ee6e5683256eb40054bd0e?OpenDocument>>. Acesso em: 16/11/2016.

¹⁰⁰ Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. (BRASIL. *Decreto-Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 22/11/2016).

¹⁰¹ No caso descrito, dar interpretação conforme a Constituição, consoante esclarece Luís Roberto Barroso, significa “conferir leitura da norma infraconstitucional da forma que melhor realize o sentido e o alcance dos valores e fins constitucionais a ela subjacentes”. (BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 403).

¹⁰² Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. (BRASIL. *Lei n. 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. *Lex*: Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22/11/2016).

A ADI nº 4277, ajuizada em 02 de julho de 2009 pela Procuradoria Geral da República, seguindo a mesma lógica da ADPF nº 132 e baseando-se nas mesmas fundamentações jurídicas principiológicas e analógicas desta, pleiteava conceder às uniões estáveis homoafetivas o status de família, desde que fossem identificados os mesmos requisitos caracterizadores das uniões estáveis convencionais¹⁰³, incluindo a obtenção dos mesmos direitos e obrigações.

Em razão da conexidade dos processos, a ADI nº 4277 foi distribuída por dependência ao mesmo Relator da ADPF nº 132, ministro Ayres Britto, que proferiu apenas um julgamento para ambas as causas a fim de se evitar, também, decisões conflitantes, haja vista a complexidade das matérias tratadas.

Como resultado, em 05 de maio de 2011, as duas ações tiveram o provimento de seus pedidos, de forma unânime, surgindo a partir daí uma decisão de efeitos *erga omnes* e vinculante¹⁰⁴. Ou seja, nenhuma decisão administrativa ou judicial poderia, a contar da data de publicação do acórdão, conferir trato diferenciado e discriminatório às uniões estáveis homoafetivas, posto que haviam recebido o reconhecimento jurídico de entidade familiar. Nas palavras de Gagliano e Filho¹⁰⁵:

Na histórica sessão do dia 5 de março de 2011, os ministros do STF reconheceram, definitivamente, a união homoafetiva como uma entidade familiar. O julgamento, relatado pelo ministro Ayres Britto, foi no sentido de dar ao art. 1.723 do referido Código interpretação conforme a Constituição Federal, e para dele excluir “qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do

¹⁰³ Conforme bem salienta Maria Berenice Dias: “A lei não define nem imprime à união estável contornos precisos, limitando-se a elencar suas características (CC 1.723): convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família”. (DIAS, Maria Berenice. *Op. Cit.*, p. 245).

¹⁰⁴ Nos ensinamentos de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco: “A Lei n. 9.868/99, por sua vez, em seu art. 28, parágrafo único, conferiu tratamento uniforme e coerente à matéria, prevendo que as declarações de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme à Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública federal, estadual e municipal.” Ver sua obra: Curso de Direito Constitucional. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1342.

¹⁰⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família. As Famílias em perspectiva constitucional*. Vol. 6. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 646.

mesmo sexo como ‘entidade familiar’, entendida esta como sinônimo perfeito de ‘família’.

A seguir, a ementa da paradigmática decisão:

Ementa: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade

civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

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

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

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

à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroaferiva. (STF - ADI: 4277 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341)

Importante destacar que os ministros da Suprema Corte, na elaboração de seus votos, também valeram-se da fundamentação principiológica constitucional, o que evidencia a função exercida pelos princípios constitucionais na proteção das minorias em vista da omissão legislativa e na orientação acerca da correta aplicação do direito.

No voto proferido pelo ministro Joaquim Barbosa, este destacou a importância dada pelo indivíduo ao reconhecimento de seu valor, fazendo menção ao desrespeito do Estado para com a afetividade predominante nas relações homossexuais. Em suas palavras, esclareceu que o direito ao reconhecimento é parte integrante do princípio da dignidade da pessoa humana, ou seja, só é possível atingir um desenvolvimento pleno da personalidade se tal direito for assegurado:

O reconhecimento dos direitos das pessoas que mantêm relações homoafetivas decorre, a meu sentir, do acolhimento no nosso sistema jurídico do postulado ou da idéia de reconhecimento, uma emanção do princípio da dignidade humana, tema sobre a qual vem se debruçando toda uma linhagem de ilustres autores nacionais e estrangeiros. Toda essa temática, aliás, vem do Multiculturalismo, do pensamento diferencialista, da noção de que todos, sem exceção, têm direito a uma igual consideração¹⁰⁶.

Ao tratar acerca do princípio da igualdade, a ministra Cármen Lúcia ressalta que a promoção da igualdade é objetivo fundamental da República, gravado no artigo 3º, inciso III, da Carta Maior. Logo não deve ser admitida qualquer forma de discriminação, visto ser flagrantemente incompatível com o comando constitucional:

Se a República põe, entre os seus objetivos, que o bem de todos haverá de ser promovido sem preconceito e de qualquer forma de discriminação, como se permitir, paralelamente,

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 132/RJ*. Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011 e publicado no DJe em 14/10/2011, p. 115.

seja tida como válida a inteligência de regra legal, que se pretenda aplicada segundo tais princípio, a conduzir ao preconceito e à discriminação? Realça-se, aqui, o princípio da igualdade, porque se tem o direito de ser tratado igualmente no que diz com a própria humanidade e o direito de ser respeitado como diferente em tudo é a individualidade de cada um. A escolha da vida em comum com quem quer que seja é uma eleição que concerne à própria condição humana, pois a afeição nutrida por alguém é o que pode haver de mais humano e de mais íntimo de cada um.¹⁰⁷

Para o ministro Ayres Britto, ao justificar seu voto por meio do princípio da liberdade, a Constituição Federal protege o direito à liberdade do indivíduo ao permitir que disponha acerca de sua própria sexualidade. No entendimento registrado em seu voto, o mesmo caracteriza esta liberdade específica como um bem de personalidade¹⁰⁸:

Por conseguinte, cuida-se de proteção constitucional que faz da livre disposição da sexualidade do indivíduo um autonomizado instituto jurídico. Um tipo de liberdade que é, em si e por si, um autêntico bem de personalidade. Um dado elementar da criatura humana em sua intrínseca dignidade de universo à parte.

Com relação à afetividade e à solidariedade, o ministro Luiz Fux declarou em seu voto serem o afeto e a assistência/suporte recíprocos fatores alicerçadores da família, os quais são estabelecidos pelo amor familiar, um dos três requisitos que, obrigatoriamente, devem incidir na construção da família abarcada pela proteção constitucional¹⁰⁹:

O que faz uma família é, sobretudo, o amor – não a mera afeição entre os indivíduos, mas o verdadeiro **amor familiar**, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do grupo. O que faz uma família é a **comunhão**, a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida comum. O que faz uma família é a **identidade**, a certeza de seus integrantes quanto à existência de um vínculo inquebrantável que os une e que os identifica uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade. Presentes esses três requisitos, tem-se uma família, incidindo, com isso, a respectiva proteção constitucional (grifou-se).

¹⁰⁷ *Ibidem*, *Loc. Cit.*

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 26.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 61.

E continuando em seu raciocínio, o ilustre ministro questiona qual seria então a diferença entre as uniões estáveis heteroafetivas e as homoafetivas, já que ambas as relações possuem em seu cerne amor familiar, comunhão e identidade. Como resposta, ele afirma com propriedade que:

Nada as distingue. Assim como companheiros heterossexuais, companheiros homossexuais ligam-se e apoiam-se emocional e financeiramente; vivem juntos as alegrias e dificuldades do dia-a-dia; projetam um futuro comum¹¹⁰.

3.3. O Casamento Homoafetivo - Resp 1.183.348 do Superior Tribunal de Justiça e Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça

Embora a célebre decisão proferida no julgamento da ADI nº 4277 e da ADPF nº 132 pelo STF tenha revolucionado a jurisprudência brasileira ao reconhecer as uniões estáveis homoafetivas como uma modalidade de família, havia ainda uma celeuma envolvendo a omissão legislativa com relação à acessibilidade de pessoas do mesmo sexo ao casamento, além da factibilidade da conversão das referidas uniões aludido instituto.

O Código Civil, que regulamenta o casamento, foi projetado antes da Constituição Federal e retratou o conservadorismo social da época ao consignar a diversidade dos sexos como pressuposto para a habilitação dos nubentes ao casório. É o que expõe Pablo Stolze¹¹¹:

O mesmo, todavia, não se dá amplamente com o casamento, eis que, consoante já anotamos no capítulo dedicado ao estudo dos seus pressupostos de existência, a diversidade de sexos é, por tradição, ainda firmemente exigida para a habilitação dos nubentes em nosso país, gerando, por enquanto, uma contradição no sistema, diante da dignidade constitucional conferida ao núcleo afetivo formado por pessoas do mesmo sexo.

No entanto, hoje o texto constitucional contempla os princípios da dignidade da pessoa humana e igualdade, de modo que não faz mais sentido prevalecer uma diferenciação em razão do

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 61-62.

¹¹¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Op. Cit.*, p. 639.

sexo nesta seara. E foi exatamente isso que concluiu o Superior Tribunal de Justiça, em outubro de 2011, ao prolatar decisão referente ao Recurso Especial - Resp 1.183.348, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, que por maioria, viabilizou o casamento civil entre duas mulheres que já conviviam em união estável:

DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA AQUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF. 1. Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, vigorante a fase histórica da constitucionalização do direito civil, não é possível ao STJ analisar as celeumas que lhe aportam "de costas" para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita. 2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n.132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. 3. Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado". Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados - deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade. 4. O pluralismo familiar engendrado pela Constituição -explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF - impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos. 5. O que importa agora, sob a égide da Carta de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a "especial proteção do Estado", e é tão somente em razão desse designio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família. 6. Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os "arranjos" familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma

família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto. 7. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à auto-afirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença. Conclusão diversa também não se mostra consentânea comum ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226). E é importante ressaltar, nesse ponto, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união. 8. Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar. 9. Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo "democraticamente" decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos. 10. Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis. 11. Recurso especial provido. (STJ - REsp: 1183378 RS 2010/0036663-8, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 25/10/2011, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/02/2012)

Nessa surpreendente decisão, o Colendo Superior Tribunal de Justiça entendeu pela não diferenciação entre os pares da união estável heterossexual e os da homoafetiva com relação à possibilidade jurídica de contraírem casamento, haja vista possuírem os mesmos requisitos de constituição e validade, quais sejam convivência contínua, pública e duradoura. Além disso, defendeu que a conversão da união estável homoafetiva em casamento também deve ser facilitada. Destarte, não seria o casamento – mero intermediário da proteção da dignidade da pessoa humana – que deixaria ou não de caracterizar a união homoafetiva como entidade familiar habilitável ao casamento civil.

Cabe acentuar que o referido precedente, adequadamente, utilizou como argumentos os princípios constitucionais que regem as relações familiares atuais, sendo eles a igualdade – consubstanciada no direito à diferença, a pluralidade das entidades familiares, bem como o planejamento familiar, que possuem como núcleo axiológico a dignidade da pessoa humana e o afeto.

Ademais, também ressaltaram a não vedação expressa dos artigos 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 do Código Civil¹¹² ao casamento homoafetivo, de modo que o que é proibido pela lei, acaba tornando-se permitido pela lógica do princípio da legalidade no âmbito do Direito Privado, bem como o silêncio do legislativo na regulamentação da questão.

E, ainda, sob a forma de crítica em direcionamento ao Poder Legislativo, a decisão destacou o papel contramajoritário que vem desempenhando o Poder Judiciário na tutela das minorias, atuando em defesa do ordenamento jurídico, a *contrario sensu* do exclusivo compromisso com as maiorias votantes do Congresso Nacional que detém os “representantes do povo”.

¹¹² Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados. Art. 1.521. Não podem casar: I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II - os afins em linha reta; III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V - o adotado com o filho do adotante; VI - as pessoas casadas; VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte. Art. 1.523. Não devem casar: I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros; II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal; III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal; IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar procurador especial, juntamente com as testemunhas e o oficial do registro, o presidente do ato, ouvida aos nubentes a afirmação de que pretendem casar por livre e espontânea vontade, declarará efetuado o casamento, nestes termos: "De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas. Art. 1.535. Presentes os contraentes, em pessoa ou por nome da lei, vos declaro casados." Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família". (BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Lex: Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22/11/2016).

Como, em regra, as decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade não produzem efeitos *erga omnes*, mas tão somente *inter partes*¹¹³, não foi possível vislumbrar o reflexo do aludido acórdão nas demais uniões homoafetivas, que continuaram vedadas ao casamento. Porém, inquestionavelmente, surgiu um vanguardista precedente que já poderia ser utilizado como fundamento jurídico por diversos pares homoafetivos em suas ações concretas visando alcançarem também o direito de celebrarem o casamento civil.

Mesmo com a relatada decisão do STJ, tribunais de diversos entes da federação ainda estavam negando o acesso ao casamento civil para os casais homoafetivos. Em virtude disso, visando uniformizar a interpretação dada pela jurisprudência, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ editou por meio do Enunciado Administrativo nº 14, de 14 de maio de 2013, a Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013, a qual determinava:

Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo. Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis¹¹⁴.

Corroborando a esse entendimento, manifestou-se o Conselho da Justiça Federal na VII Jornada de Direito Civil ao aprovar, em setembro de 2015, o Enunciado nº 601:

VII Jornada de Direito Civil - Enunciado 601 - É existente e válido o casamento entre pessoas do mesmo sexo¹¹⁵.

A decisão administrativa do CNJ, apesar de muitos alegarem que é produto de uma invasão da competência do Poder Legislativo de legislar, provocou a concretização de mais um direito às

¹¹³ Luís Gustavo Gonçalves Pinho, acerca das decisões com efeitos *inter partes*, explica: “Passando aos efeitos da decisão proferida em sede de controle difuso, temos que a regra é que estes se produzam entre as partes litigantes, como em qualquer outro processo”. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-fev-03/efeitos-decisao-proferida-base-controle-difuso?pagina=3>>. Acesso em: 22/11/2016

¹¹⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução Nº 175, de 14 de maio de 2013**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf>. Acesso em: 22/11/2016

¹¹⁵ BRASIL. CJF. Conselho da Justiça Federal. Consulta de enunciados disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/828>>. Acesso em 09/12/2016.

famílias homoafetivas. Graças a ela, diversos casamentos entre pessoas do mesmo sexo e conversões de uniões estáveis em casamento já foram efetivados, o que significa dizer que várias famílias hoje possuem uma proteção mais ampla do Estado e se sentem mais completas e felizes, receita necessária para o pleno desenvolvimento da personalidade de seus integrantes.

3.4 O Estatuto da Família e a discussão jurídica acerca de sua constitucionalidade – Um retrocesso às Famílias Homoafetivas?

O Estatuto da Família, instituído por meio do Projeto de Lei nº 6.583/2013, possui como autor o Deputado Federal Anderson Ferreira (PR-PE), integrante da Frente Parlamentar Evangélica do Congresso Nacional, popularmente conhecida como Bancada Evangélica.¹¹⁶

O projeto em epígrafe está gerando forte polêmica pois, além de traçar políticas públicas e diretrizes para o Estado promover a realização material dos direitos das famílias, visa conceituar entidade familiar como núcleo social formado exclusivamente por homem e mulher, ignorando a existências das diversas outras modalidades de família que não se enquadram nessa engessada definição, a exemplo das famílias homoafetivas, formadas por pares de mesmo sexo. Tal conceito está disposto no artigo 2º, a saber:

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 (grifo do autor).¹¹⁷

¹¹⁶ Conforme definição extraída do sítio eletrônico da Câmara dos Deputados, Frente Parlamentar “é uma associação suprapartidária de pelo menos 1/3 dos integrantes do Poder Legislativo Federal destinada a aprimorar a legislação referente a um tema específico”. Definição disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/100855.html>>. Informações sobre a composição da Bancada Evangélica disponível em: <<http://www.camara.leg.br/internet/deputado/frenteDetalhe.asp?id=53658>>. Acesso em 24/11/2016.

¹¹⁷ Íntegra do Projeto de Lei nº 6.583/2013 disponível no sítio: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0BFD9E220FFF7C0D6613B9A89DEC15F8.proposicoesWebExterno2?codteor=1159761&filename=PL+6583/2013>. Acesso em: 24/11/2016.

Após ter sido apresentado em Plenário no dia 16 de outubro de 2013 e ter passado pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, o projeto foi encaminhado em 30 de outubro de 2013 pelo presidente Henrique Eduardo Alves a diversas Comissões (Comissão de Direitos Humanos e Minorias, Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, Comissão de Educação, Comissão de Seguridade Social e Comissão de Constituição e Justiça).

Assim, em virtude do trânsito em mais de três Comissões, por força do artigo 34, inciso II, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados¹¹⁸, foi criada Comissão Especial para fazer análise da admissibilidade e do mérito do referido projeto, bem como das eventuais emendas que forem apresentadas.

Presidida pelo Deputado Federal Leonardo Picciani (PMDB-RN), a Comissão Especial teve inicialmente como Relator o Deputado Federal Ronaldo Fonseca (PROS-DF), que também compõe a Bancada Evangélica. Outrossim, vale acentuar que todos os debates celebrados pela aludida Comissão observaram as normas do Regimento Interno da casa, principalmente no que tange à participação da sociedade civil.

Em seu relatório, o Deputado Federal Ronaldo Fonseca manifestou-se através de seu voto no sentido de que o projeto não detinha vícios constitucionais formais, nem materiais. Além disso, criticou expressamente a decisão enunciada pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 132 e na ADI 4277 no ano de 2011, que reconheceu as uniões homoafetivas como entidade familiar, ao dizer que a Suprema Corte não fez uma interpretação conforme a Constituição do artigo 1.723 do Código Civil¹¹⁹, mas, sim, uma inovação legislativa ao menosprezar o estabelecido no artigo 226

¹¹⁸ Regimento Interno da Câmara dos Deputados. 17 ed. “Art. 34. As Comissões Especiais serão constituídas para dar parecer sobre: (...) II – proposições que versarem matéria de competência de mais de três Comissões que devam pronunciar-se quanto ao mérito, por iniciativa do Presidente da Câmara, ou a requerimento de Líder ou de Presidente de Comissão interessada”. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/18847>>. Acesso em: 24/11/2016.

¹¹⁹“Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. (BRASIL. *Lei n.*

do texto constitucional¹²⁰ (em seu entendimento, o artigo em referência possui uma tipicidade fechada):

O nosso voto não tem a pretensão de confrontar sistematicamente a decisão do STF, mas com todo respeito ao Excelso Tribunal, ficarei restrito ao mandamento constitucional do art. 226 e seus parágrafos, por entender que a decisão de criar a “família homoafetiva” não foi interpretativa, mas inovou, criando lei, data vênua, usurpando prerrogativa do Congresso Nacional. Por outro giro, não se pode modificar texto constitucional por lei ordinária, restringindo assim este relator, a ficar adstrito à literalidade do texto constitucional. Tenho consciência das transformações sociais e culturais que proporcionam a existência de diferentes arranjos familiares, já atendidos pela Constituição, o que não se pode dizer das tais “famílias homoafetivas”. Neste sentido, faz necessário diferenciar FAMÍLIA das RELAÇÕES DE MERO AFETO, convívio e mútua assistência; sejam essas últimas relações entre pessoas de mesmo sexo ou de 9 sexos diferentes, havendo ou não prática sexual entre essas pessoas¹²¹.

Além de defender a obsoleta ideia de que as relações desprovidas de laços sanguíneos e ligadas puramente por laços afetivos não podem ser consideradas famílias, uma vez que são meras relações de afeto, o relator ainda continua seu discurso esclarecendo que apenas a família formada por homem e mulher geram novos indivíduos. Desse modo, só caberia ao Estado requerer das famílias heterossexuais a observância da paternidade responsável perante os filhos.

É óbvio, mas necessário dizer, só ser possível a geração conjunta de novos cidadãos da união do homem com a mulher e, apenas dessa instituição, a família, que o Estado teria justificativa de exigir conjuntamente e pessoalmente o cumprimento do dever do art. 227 e de conferir ESPECIAL proteção do Estado.¹²²

10.406, de 10 de janeiro de 2002. Lex: Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 24/11/2016).

¹²⁰ Constituição de 1988, artigo 226, parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendente.

¹²¹ A esse respeito, consultar a informação constante no endereço eletrônico: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0BFD9E220FFF7C0D6613B9A89DEC15F8.proposicoesWebExterno2?codteor=1287153&filename=Tramitacao-PL+6583/2013>. Acesso em: 24/11/2016.

¹²² A esse respeito, consultar a informação constante no endereço eletrônico: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0BFD9E220FFF7C0D6613B9A89DEC15F8.proposicoesWebExterno2?codteor=1287153&filename=Tramitacao-PL+6583/2013>. Acesso em: 24/11/2016.

Ainda sob essa mesma perspectiva, o relator segue defendendo que a finalidade da família é exclusivamente a reprodução, de modo que somente as famílias com tal capacidade cumprem a função social de povoar a sociedade e são dignas da tutela especial do Estado:

Em verdade, não justifica ao Estado subsidiar início de nova relação de dependência econômica entre adultos; se dela não se prever exercício do relevante papel social da família em gerar e criar filhos. Só deve haver ESPECIAL proteção para aqueles que tiverem atributos diferenciados em prol da continuidade sustentável da própria sociedade. O que não impede a associação de pessoas para o convívio com base no mero afeto¹²³.

É visível a compreensão fundamentalista e utilitarista que o relator possui da família. Inadequadamente, desprezando a laicidade do Estado, o mesmo permite que seus valores religiosos influenciem o seu voto, deixando de se tratar de uma análise imparcial. Para o relator, todo o sistema jurídico foi concebido sob a proteção divina, de modo que deve haver respeito ao credo, visto ter sido responsável pela construção da sociedade brasileira:

Desse modo, apesar de o Estado ser laico, por não possuir religião oficial, nem influência de autoridades eclesásticas no Estado, todo o arcabouço jurídico que o constituinte coloca, incluindo-se a dignidade da pessoa humana, a igualdade perante a lei e demais direitos fundamentais, individuais e coletivos, é dado sob a proteção de Deus. Nesse sentido, deve-se também esperar respeito dessa Casa ao credo reconhecidamente balizador dos valores da maioria absoluta de religiosos e não religiosos e que construiu nossa sociedade brasileira, bem como todo o ocidente. Isso, indiscutivelmente faz trazer como família admissível a iniciada com 17 um homem e uma mulher, não é à toa a preocupação de colocá-la de maneira literal na CF (art. 226, § 3º, para não haver dúvidas).¹²⁴

Novamente, criticando a decisão do STF, o relator em sua fala alega que a Suprema Corte

¹²³ A esse respeito, consultar a informação constante no endereço eletrônico: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0BFD9E220FFF7C0D6613B9A89DEC15F8.proposicoesWebExterno2?codteor=1287153&filename=Tramitacao-PL+6583/2013>. Acesso em: 24/11/2016.

¹²⁴ A esse respeito, consultar a informação constante no endereço eletrônico: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0BFD9E220FFF7C0D6613B9A89DEC15F8.proposicoesWebExterno2?codteor=1287153&filename=Tramitacao-PL+6583/2013>. Acesso em: 24/11/2016.

se equivocou ao conferir o status de família às uniões entre pessoas do mesmo sexo por irem de encontro ao fixado pelo Poder Constituinte e não terem se aprofundado sobre o que efetivamente torna a família base da sociedade. Espantosamente, ele ainda finaliza expondo que família é família, independentemente de afeto ou felicidade:

Entendemos que a interpretação do STF no art. 226, § 3º sobre o conceito de entidade familiar, incluindo a união entre pessoas de mesmo sexo, é equivocada, afronta a lógica interpretativa, e contraria todos os requisitos e motivos que foram postos pelo constituinte para proteger de maneira especial a família. O STF não se debruçou sobre o que faz da família ser a Base da Sociedade e informou que sua opinião seria a de que família é um “lugar de felicidade” que deve ser dado a todos. O STF não percebe que felicidade é sentimento subjetivo interno e que família é família ainda que sem afeto ou felicidade¹²⁵.

Ressalte-se que com o término da legislatura, por força do artigo 105, caput, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados¹²⁶, o Projeto de Lei nº 6583/2013 foi arquivado, mas com o início da legislatura seguinte, por força do parágrafo único do mesmo artigo¹²⁷, ele foi desarquivado, agora sob a responsabilidade de nova relatoria na Comissão Especial, qual seja do Deputado Federal Diego Garcia (PHS-PR). Este, por sua vez, seguiu a mesma argumentação do antigo relator, entendendo pela constitucionalidade do projeto e pela defesa do conceito discriminatório de família.

Contra a apreciação conclusiva da Comissão (Art. 58, §1º c/c art. 132, §2º, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados)¹²⁸, foram apresentados dois recursos pleiteando o julgamento

¹²⁵ A esse respeito, consultar a informação constante no endereço eletrônico: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0BFD9E220FFF7C0D6613B9A89DEC15F8.proposicoesWebExterno2?codteor=1287153&filename=Tramitacao-PL+6583/2013>. Acesso em: 24/11/2016.

¹²⁶ Regimento Interno da Câmara dos Deputados. 17 ed. “Art. 105. Finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação, bem como as que abram crédito suplementar, com pareceres ou sem eles”. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/18847>>. Acesso em: 24/11/2016.

¹²⁷ Regimento Interno da Câmara dos Deputados. 17 ed. Art. 105. (...) Parágrafo único. A proposição poderá ser desarquivada mediante requerimento do Autor, ou Autores, dentro dos primeiros cento e oitenta dias da primeira sessão legislativa ordinária da legislatura subsequente, retomando a tramitação desde o estágio em que se encontrava”. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/18847>>. Acesso em: 24/11/2016.

¹²⁸ Regimento Interno da Câmara dos Deputados. 17 ed. “Art. 58. (...) § 1º Dentro de cinco sessões da publicação referida no caput, poderá ser apresentado o recurso de que trata o art. 58, § 2º, I, da Constituição Federal. Art. 132. (...)”

do referido projeto pelo Plenário da Câmara dos Deputados em razão da complexidade e relevância da matéria para a sociedade, um pela Deputada Érika Kokay (PT-DF) e outro pelo Deputado Jean Wyllys (PSOL-RJ), ambos defensores da causa LGBT¹²⁹. Caso sejam favoravelmente apreciados, o projeto deixa de seguir para o Senado Federal e passa pelo julgamento do órgão pleno da Câmara dos Deputados. Apenas com a aprovação do pleno da Câmara, ele segue para apreciação do Senado. E somente com a aprovação do Senado, ele segue para apreciação do Presidente da República, que poderá vetar ou sancionar o projeto¹³⁰.

Não restam dúvidas de que o Estatuto da Família, desenvolvido por intermédio do Projeto de Lei n° 6583/2013 é inconstitucional por violar gravemente a decisão *erga omnes* e vinculante do STF proferida na ADPF n° 132 e ADI n° 4277 que legitimou às uniões homoafetivas como uma relação familiar digna de proteção especial do Estado. Não cabe ao Poder Legislativo dizer qual a interpretação correta da Constituição, se é a literal ou a figurada, posto que apenas a Suprema Corte possui a apropriada competência técnica para ter a guarda do texto constitucional.

Neste sentido, muito bem já decidiu a maior instância do Poder Judiciário ao perceber o

§ 2º Não se dispensará a competência do Plenário para discutir e votar, globalmente ou em parte, projeto de lei apreciado conclusivamente pelas Comissões se, no prazo de cinco sessões da publicação do respectivo anúncio no Diário da Câmara dos Deputados e no avulso da Ordem do Dia, houver recurso nesse sentido, de um décimo dos membros da Casa, apresentado em sessão e provido por decisão do Plenário da Câmara”. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/18847>>. Acesso em: 24/11/2016.

¹²⁹ Antigamente como GLS (Gays, Lésbicas e simpatizantes) e atualmente como LGBT, a sigla indicada refere-se a: Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transgêneros, Transexuais e Simpatizantes. Significado retirado do sítio eletrônico: <<http://www.lgbt.pt/significado-lgbt/>>. Acesso em 24/11/2016.

¹³⁰ Constituição de 1988, artigo 66, §§ 1º a 7º: “Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto. § 2º O veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea. § 3º Decorrido o prazo de quinze dias, o silêncio do Presidente da República importará sanção. § 4º O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores. § 5º Se o veto não for mantido, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República. § 6º Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no § 4º, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final. § 7º Se a lei não for promulgada dentro de quarenta e oito horas pelo Presidente da República, nos casos dos § 3º e § 5º, o Presidente do Senado a promulgará, e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente do Senado fazê-lo.

artigo 226 da Constituição como um rol tão somente exemplificativo. Ou seja, hoje temos um conceito aberto de família, que não cabe limitação, e que respeita os valores e os princípios nascidos com a Constituição Cidadã. Dessa forma, necessário vislumbrar a manifestação do voto do ministro Lewandowski, que expressamente assim declarou no julgamento da ADPF n° 132 e ADI n° 4277:

Assim, muito embora o texto constitucional tenha sido taxativo ao dispor que a união estável é aquela formada por pessoas de sexos diversos, tal ressalva não significa que a união homoafetiva pública, continuada e duradoura não possa ser identificada como entidade familiar apta a merecer proteção estatal, diante do rol meramente exemplificativo do art. 226, quando mais não seja em homenagem aos valores e princípios basilares do texto constitucional¹³¹.

Verifica-se que o Estatuto da Família, além de violar a decisão vinculante e *erga omnes* do STF que caracterizou as uniões entre pessoas do mesmo sexo como família, viola também a interpretação extensiva conferida ao artigo 226 da Constituição¹³² e os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade e vedação ao retrocesso social.

Portanto, se aprovado, nascerá inconstitucional. Um Estatuto que promove a marginalização de famílias por meio da discriminação, que compreende que a finalidade da família ainda é unicamente a procriação, desprezando a afetividade, e que traz consigo fortes valores religiosos, será ineficaz e causará um retrocesso no que diz respeito aos direitos já conquistados pelas famílias homoafetivas.

Desse modo, imprescindível expor o que leciona Lênio Streck¹³³ com relação ao

¹³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132/RJ. Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011 e publicado no DJe em 14/10/2011, p. 108.

¹³² Constituição de 1988, artigo 226, parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendente.

¹³³ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 3. ed. PCorto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001. p.55.

compromisso que detém a Constituição na proteção dos direitos já conquistados pela sociedade:

Dito de outro modo, a Constituição não tem somente a tarefa de apontar para o futuro. Tem, igualmente, a relevante função de proteger os direitos já conquistados. Desse modo, mediante a utilização da principiologia constitucional (explícita ou implícita), é possível combater alterações feitas por maiorias políticas eventuais, que legislando na contramão da programaticidade constitucional, retiram (ou tentam retirar) conquistas da sociedade.

Mediante a todos os direitos já conquistados pelos casais homoafetivos, seja no que tange ao seu reconhecimento como estrutura familiar, bem como à possibilidade de se unirem em matrimônio, cogitar a aprovação deste Estatuto da Família é aceitar o retrocesso da sociedade brasileira, colocando em risco todos os direitos já consagrados às famílias homoafetivas pelo Poder Judiciário, já explicitados neste trabalho monográfico.

Importante registrar aqui a reflexão formulada por José Fernando Simão¹³⁴ acerca da constitucionalidade da limitação ao conceito de família:

Com essa orientação do STF, com a posterior resolução do CNJ e a ocorrência de casamentos homoafetivos, a pergunta que o homem comum se faz (e que não deveria ser feita pelos juristas) é a seguinte: se atualmente pessoas do mesmo sexo podem se casar, o sistema adotou a total liberdade para o casamento em proteção às minorias? Viveríamos hoje um sistema em que todo e qualquer modelo de família passa a ser aceito em razão da inexistência de um rol taxativo de famílias no art. 226 da Constituição Federal? As perguntas se sucedem. Seria constitucional limitar os modelos de família juridicamente protegidos ou qualquer limitação fere a dignidade da pessoa humana e sua liberdade de escolhas? A essas indagações outras se somam. A resposta “depende do caso concreto” não é jurídica. Se é conveniente para muitos temas, em Direito Civil, representa o fracasso do jurista na construção de categorias jurídicas que se propõem sérias. É a fuga da construção de um direito como ciência para se voltar ao empirismo romano, superado há mais de um mil e quinhentos anos.

Necessário sublinhar que, em oposição ao Estatuto da Família (PL n° 6583/2013), o IBDFAM, através da senadora Lídice da Mata (PSB-BA), apresentou o Projeto de Lei n° 470/2013, que institui o Estatuto das Famílias. Diferentemente daquele, este engloba todas as

¹³⁴ SIMÃO, José Fernando. Há limites para o princípio da pluralidade familiar na apreensão de novas formas de conjugalidade e de parentesco? Instituto Brasileiro de Direito Civil – IBDCivil. *Revista Brasileira de Direito Civil*. ISSN 2358-6974. Vol. 2. Out/Dez 2014. p. 68-69.

configurações familiares presentes na sociedade e visa suprir a lacuna legislativa com relação ao trato da matéria. Neste seguimento, destacam-se os artigos 3º e 9º do referido Estatuto¹³⁵:

Art. 3º É protegida a família em qualquer de suas modalidades e as pessoas que a integram. Art. 9º O parentesco resulta da consanguinidade, da socioafetividade e da afinidade.

Constata-se após todo o estudo apresentado, que a proposta do Estatuto das Famílias é a mais coerente com a realidade social brasileira, com os preceitos constitucionais e com o avanço da jurisprudência. Se for para pensar em regulamentar o Direito das Famílias, que seja por um instrumento que busque a sua modernização e não o seu retrocesso, como (in)justamente propõe o Estatuto da Família, ou melhor, o Estatuto de uma só Família.

¹³⁵ IBDFAM. *Estatuto das Famílias*. Apresentação do PLS 470/2013 para debates – Senadora Lídice da Mata (PSB-BA). Brasília-DF. Disponível em: <http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Estatuto%20das%20Familias_2014_para%20divulgacao.pdf>. Acesso em: 24/11/2016.

CONCLUSÃO

Pelo presente trabalho foi possível analisar a evolução histórico-jurídica das famílias brasileiras, inicialmente demarcadas pelos dogmas católicos e pelo conservadorismo, com manifesta insuficiência de direitos, e em seguida por seu reconhecimento como pilar da sociedade civil, merecedora de proteção especial do Estado, com garantia de direitos fundamentais para a promoção da dignidade humana de seus integrantes. A Constituição Federal de 1988 foi a principal responsável por essas significativas mudanças e pela transformação do conceito de família.

Vimos, também, que as uniões estáveis homoafetivas, em que pese não estarem elencadas expressamente no texto constitucional, por observância dos princípios decorrentes da Constituição Cidadã, norteadores do Direito das Famílias (dentre os quais se destacam a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a igualdade), pela aplicação de uma interpretação inclusiva do ordenamento jurídico e pelo rol exemplificativo disposto no artigo 226, devem ser reconhecidas como entidade familiar.

No entanto, restou demonstrado que ainda existe relevante divergência com relação ao aludido entendimento, principalmente pelos membros que compõem a regressista Bancada Evangélica na Câmara dos Deputados, não obstante o reconhecimento jurídico enfim conferido aos casais homoafetivos pelo Supremo Tribunal Federal em 2011. Prova disso, foi a propositura do Projeto de Lei nº 6.583/2013, examinado por este trabalho, cujo escopo é criar um Estatuto da Família que afasta o status de entidade familiar dado a esses casais em decisão de caráter vinculante.

Outrossim, ficou evidenciado que o Poder Legislativo apenas legisla para as majorias, eis que, apenas se manifestou quanto à temática, após a manifestação do Poder Judiciário, o qual, adequadamente, decidiu em prol de um grupo que, por tanto tempo, recebeu tratamento hostil e discriminatório. Isso posto, não deve o legislador, após prolongado silêncio, regulamentar em favor

do retrocesso, desprezando os direitos conquistados pelas famílias homoafetivas e desrespeitando a decisão da Suprema Corte.

Como exposto nesta monografia, percebe-se uma contradição de ideias e interesses entre os referidos poderes, que acarretam insegurança jurídica, particularmente às minorias, e que precisam ser harmonizadas. Ademais, constata-se uma flagrante inconstitucionalidade do conceito de entidade familiar proposto pelo mencionado Estatuto da Família, de modo que este não deve prosperar.

Com efeito, o melhor instrumento legislativo para a proteção das famílias, em especial às famílias homoafetivas, é um Estatuto das Famílias, que contemple a verdadeira realidade da sociedade brasileira, abarcando todas as estruturas familiares formadas essencialmente pelo afeto, a exemplo do Projeto de Lei nº 470/2013 promovido pelo IBDFAM.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. 4º tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo do Rio de Janeiro*, 235: 1-36, Jan./Mar. 2004. p. 3-4.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Diferentes, mas iguais: O Reconhecimento Jurídico das Relações Homoafetivas no Brasil*. Rio de Janeiro, 10 de novembro de 2006. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-atuacao/direitos-sexuais-e-reprodutivos/pag-direitos-igbt/copy_of_documentos-tecnicos-de-outros-orgaos/Parecer-Barroso-uniao-homossexuais>

Acesso em: 03/12/2016.

_____. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRASIL. BRASIL. CJF. Conselho da Justiça Federal. Consulta de enunciados disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/>. Acesso em 05/12/2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Enunciado nº 41*. Enunciados. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENRIA_15_5_14_r.pdf>. Acesso em:28/10/2016

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução Nº 175, de 14 de maio de 2013*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf>. Acesso em:22/11/2016

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891*. Brasília: Casa Civil, s.d. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 17/10/2016.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934*. Brasília: Casa Civil, s.d. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 22/10/2016.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Casa Civil, s.d. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25/10/2016.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937*. Brasília: Casa Civil, s.d. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 22/10/2016.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946*. Brasília: Casa Civil, s.d. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 24/10/2016.

_____. *Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824*. Brasília: Casa Civil, s.d. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 17/10/2016.

_____. *Decreto n. 521, de 26 de junho de 1890*. Brasília: Casa Civil, s.d. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-521-26-junho-1890-504276-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 18/10/2016.

_____. *Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969*. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10610377/artigo-175-emenda-constitucional-n-1-de-17-de-outubro-de-1969>>. Acesso em: 24/10/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 132/RJ*. Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011 e publicado no DJe em 14/10/2011.

_____. **Decreto-Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 22/11/2016

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Lex: Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 22/11/2016

_____. **Lei n. 12.852, de 05 de agosto de 2013.** Lex: Estatuto da Juventude. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12852.htm. Acesso em: 28/10/2016.

_____. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.** Lex: Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 28/10/2016.

_____. STJ. **Recurso Especial 878.941/DF (2006/0086284-0)**, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgamento em 21.08.2007.

_____. TJ/PR. **Apelação Cível 108.417-9**, 2ª Vara de Família, Curitiba. Apelante: G.S. / Apelado: A.F.S. / Relator: Desembargador Accácio Cambi, julgado em 12.12.2001.

CALDERON, Ricardo Lucas. **O Percurso Construtivo do Princípio da Afetividade no Direito de Família Brasileiro Contemporâneo: Contexto e Efeitos.** Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito (Mestrado) da Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2011. Disponível em:

<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/26808/dissertacao%20FINAL%2018-11-2011%20pdf.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 05/12/2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra, Almedina, 1998.

CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de Filhos na Família Constitucionalizada.** Porto Alegre: Fabris, 2000.

CRETELLA JR., José. **Elementos de Direito Constitucional.** 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DIAS, Maria Berenice. *A Constitucionalização das Uniões Homoafetivas*. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_641\)43_a_constitucionalizacao_das_unioes_homoafetivas.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_641)43_a_constitucionalizacao_das_unioes_homoafetivas.pdf)> Acesso em: 03/12/2016.

_____. *Família Homoafetiva*. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_647\)28_familia_homoafetiva.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_647)28_familia_homoafetiva.pdf)>. Acesso em: 03/12/2016.

_____. *Manual de Direito das Famílias*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 5: direito de família*. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FACHIN, Rosana Amaro G. *Em Busca da Família do Novo Milênio*. Rio de Janeiro: Renovar.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil, volume 6: Famílias*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FITERMAN, Mauro. *Direito de Família contemporâneo – Temas Controversos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família. As Famílias em perspectiva constitucional*. Vol. 6. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GALASTRI, Luciana. *Não existe tratamento para o que não é doença*. Disponível em: <<http://revistagalileu.globo.com/Revista/Common/0,,EMI33936717770,00NAO+EXISTE+TRATAMENTO+PARA+O+QUE+NAO+E+DOENCA.html>>. Acesso em 03/12/2016.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O Companheirismo: uma Espécie de Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GORGA, Maria Luiza. *Estatuto da Família é um retrocesso de viés tanto legal quanto social*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-08/maria-gorga-estatuto-familia-retrocesso-legal-social>>. Acesso em: 01/11/2016.

- IBDFAM. **IBDFAM aprova Enunciados.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5819/IBDFAM+aprova+Enunciados+++>. Acesso em: 29/10/2016.
- JÚNIOR, Edilson Pereira Nobre. O Direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 37 n. 145 jan./mar. 2000.** Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/568/r145-19.pdf?sequence=4>. Acesso em: 20/11/2016.
- LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias.** São Paulo: Saraiva, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MORAES, Magali Aparecida Vieira de. **A Evolução do Conceito de Família no Ordenamento Jurídico Brasileiro.** 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/28568/a-evolucao-do-conceito-de-familia-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em: 02/12/2016.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Solidariedade. In: Manoel Messias PEIXINHO, Isabella Franco GUERRA e Firly Nascimento FILHO (orgs.) **Os Princípios da Constituição de 1988.** Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001.
- _____. **Princípios do Direito Civil Contemporâneo.** São Paulo: Renovar, 2006.
- ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948.** Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em: 25/10/2016.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** Vol. V. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- ROSA, Conrado Paulino da. **Ifamily: um novo conceito de família?** São Paulo: Saraiva, 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- SILVA, Flávio Murilo Tartuce. **Novos princípios do Direito de Família brasileiro.** Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1036&revista_caderno=14. Acesso em: 30/10/2016.

SIMÃO, José Fernando. Há limites para o princípio da pluralidade familiar na apreensão de novas formas de conjugalidade e de parentesco? Instituto Brasileiro de Direito Civil – IBDCivil. *Revista Brasileira de Direito Civil. ISSN 2358-6974. Vol. 2. Out/Dez 2014.*

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 3. ed. PCorto Alegre: Livraria do Avogado Editora, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. *A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

WALD, Arnaldo. *O novo direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2002.