

CENTRO UNIVERSITARIO METODISTA - IPA

ÍCARO GUIMARÃES

**O RECONHECIMENTO JURÍDICO DA PLURALIDADE NAS RELAÇÕES DAS
FAMÍLIAS**

PORTO ALEGRE

2012

ÍCARO GUIMARÃES

**O RECONHECIMENTO JURÍDICO DA PLURALIDADE NAS RELAÇÕES DAS
FAMÍLIAS**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial para a
obtenção do grau de bacharel em Direito do
Centro Universitário Metodista, do IPA.**

Orientador: Jeferson Luiz D. Dutra

PORTO ALEGRE

2012

ÍCARO GUIMARÃES

**O RECONHECIMENTO JURÍDICO DA PLURALIDADE NAS RELAÇÕES DAS
FAMÍLIAS**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado e aprovado para a obtenção do grau de Bacharel no Curso de Direito do Centro Universitário Metodista do IPA.

Porto Alegre, 6 de novembro de 2012.

Prof. Dra. Vanessa Chiari Gonçalves
Coordenadora do Curso

Apresentada à banca examinadora integrada pelos professores (as)

Prof. Me. Orientador
Centro Universitário Metodista, do IPA

Prof. Dr. Banca examinadora
Centro Universitário Metodista, do IPA

Dedico este trabalho a minha família

Pelo apoio e confiança.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a toda minha família, meu pai Guimarães e minha mãe Neusa que já passaram por muitas dificuldades na vida para dar um sustento digno a seus filhos, meu irmão Douglas e minha linda irmã Larissa.

Agradeço ao professor Jeferson Luiz D. Dutra pelo apoio e paciência com este aluno.

Agradeço aos professores do IPA pelos ensinamentos passados dentro e fora de aula.

E por último mas não menos importante, agradeço aos meus verdadeiros amigos, porque sem amigos não somos ninguém nessa vida.

RESUMO

Analisa-se as relações familiares, desde os primórdios, sua evolução e o conceito atual que se têm das famílias, em uma visão ao pé do Princípio Constitucional da Igualdade e da Pluralidade das famílias, que rompe com o modelo tradicional – casal heterossexual e seus filhos – e se verifica a existência de diversas entidades familiares no atual contexto da sociedade brasileira. Fica evidenciado a quebra do paradigma de que uma família é feita ou construída apenas pelo modo do casamento, o lado biológico é deixado de lado para a abertura de novos caminhos, no qual impera a afetividade das relações familiares, o afeto é o principal elemento caracterizador da vontade de se constituir família. Por fim é analisado o julgado do STF, guardião da Constituição Federal de 1988, que, com maestria reconheceu como entidade familiar a união estável entre casais do mesmo gênero com base na pluralidade das formas de constituição de famílias e o reconhecimento do preceito da igualdade.

Palavras-chave: Direito das Famílias - Afetividade - Pluralidade - Igualdade

ABSTRACT

Analyzes the family relationship, since the beginning, her evolution and the current concept which have between the families, in a sight the submission of Constitutional Principle of Equality and Plurality of the families, that break with the traditional model of the family – heterosexual couple and yours children – and checks the existence of various family entities in the current concept of the Brazilian society. Evidenced the breaking of the paradigm that a family is made or constituted just by way of marriage, the biological side is left out to the opening of new ways, where prevailing affection of the family relationships, affection is the main element that characterizes of the desire to frame family. Finally is analyzed the judged of the Supreme Federal Court, guardian of the Federal Constitution of 1988, that, perfectly recognized as a family entity the stable union between couple the same gender based on the plurality of the forms of constitution of families and the recognition of the precept of equality.

Key words: Family Law – Affection – Plurality - Equality

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I - A EVOLUÇÃO DO DIREITO DAS FAMÍLIAS E A AFIRMAÇÃO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE	13
1.1 HISTÓRICO E EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA FAMÍLIA.....	13
1.2 A RECEPÇÃO DO INSTITUTO DA FAMÍLIA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL NA AFIRMAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE	20
CAPÍTULO II – AFETIVIDADE E PLURALISMO NO DIREITO DAS FAMÍLIAS	30
2.1 O RECONHECIMENTO DA AFETIVIDADE NAS RELAÇÕES FAMILIARES	30
2.2 A PLURALIDADE DE FORMAS DE FAMÍLIA.....	33
2.2.1 Famílias do Casamento	36
2.2.2 Famílias de Uniões Estáveis	37
2.2.3 Famílias de Uniões Estáveis Homoafetivas	38
2.2.4 Famílias Monoparentais.....	39
2.2.5 Famílias Reconstituídas.....	40
CAPÍTULO III - A PLURALIDADE DE FAMÍLIAS NA JURISPRUDÊNCIA DO STF: CONSIDERAÇÕES SOBRE O JULGAMENTO DA ADPF 132 E DA ADI 4277	42
3.1 BREVE RELATO DA ADPF 132 E ADI 4277	42
3.2 RAZÕES DO VOTO DO MINISTRO RELATOR AYRES BRITTO E DOS DEMAIS MINISTROS CONCORDES	44
3.3 POSIÇÕES DIVERGENTES LATERAIS	47
CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS	52
ANEXO A – EMENTA DA ADPF 132	56
ANEXO B – EMENTA DA ADI 4277	60

INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre o reconhecimento jurídico da pluralidade nas relações da família, e as transformações que vêm ocorrendo no âmbito familiar.

Hoje em dia o conceito de família está muito diversificado, a mulher, com seus direitos igualitários garantidos pela Constituição Federal têm a livre opção de casar-se com quem quiser, assim como o homem. O conceito de família tradicional acabou ficando mais fraco, a mulher (mãe) dona de casa cuidando dos filhos, na maioria dos casamentos já é um pensamento antigo, porque hoje as mulheres não querem ou na maioria das vezes não podem ficar em casa, e necessitam participar do sustento da casa, trabalhando fora como antigamente era papel do homem.

As relações sociais são influenciadas pela evolução de valores e princípios de uma sociedade, se faz necessário que o ordenamento jurídico esteja sempre constante mudança afim de ir se modelando as exigências e realidade social das pessoas.

Como se pode observar, houve uma reviravolta no Direito das Famílias, costumes, legislação, etc. Cabe destaque a figura da mulher, entre outras coisas, seu direito a voto em 1932, sua inserção no mercado de trabalho, seu tratamento igualitário ao homem na gerência da família.

Este trabalho foi estruturado em três capítulos. O primeiro discorre sobre a evolução do Direito das Famílias e a afirmação constitucional da igualdade, traçando lineamentos históricos e a recepção do instituto da família pela Constituição Federal de 1988 com um viés ao Princípio da Igualdade.

O segundo capítulo aborda a questão do afeto na ótica familiar, o afeto como elemento caracterizador da formação familiar e do reconhecimento do pluralismo das entidades familiares.

O terceiro e último capítulo trata sob a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com observações feitas sobre o julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277, que foi o divisor de águas, ao reconhecer como entidade familiar a união estável entre pessoas de mesmo gênero.

A decisão do STF que reconheceu às uniões estáveis os mesmos direitos, atribuindo a proteção constitucional de família, baseou-se na pluralidade dos vínculos afetivos e no princípio da igualdade como marcos da nova ordem no Direito das Famílias no Brasil.

CAPÍTULO I - A EVOLUÇÃO DO DIREITO DAS FAMÍLIAS E A AFIRMAÇÃO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE

1.1 HISTÓRICO E EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA FAMÍLIA

Para entender as famílias de nossa sociedade, foi preciso fazer um apanhado histórico e evolutivo desta que sem dúvidas foi e continua sendo a base de nossa sociedade, com o objetivo de mostrar o tratamento da sociedade e da família antigamente, é importante aqui, destacar algumas passagens históricas para poder compreender a evolução da sociedade e o modelo que hoje temos de família.

Todo ser humano, após ter nascido se torna integrante de uma entidade natural o chamado organismo familiar, e a esse organismo as pessoas ficam ligadas durante toda a sua existência para futuramente constituir outra nova entidade familiar, originando novas relações e acaba por se formar um emaranhado de situações, pessoais e patrimoniais, eis que formam o objeto do direito de família. A família sem sombra de dúvidas é a instituição mais sólida em que representa toda organização social.¹

Dentre os inúmeros grupos sociais e jurídicos, o organismo familiar é o que mais se altera com o passar dos tempos. Primeiramente a família deve ser analisada sob o ponto de vista sociológico, antes de como fenômeno jurídico. As primeiras civilizações, como a assíria, hindu, egípcia, grega e romana, a caracterização dessas famílias era a de uma entidade ampla e hierárquica.² Em seu estado primitivo o grupo familiar era caracterizado pela endogamia, ou seja, não se tinha relações individuais e sim um coletivo, se tinha sempre o conhecimento de quem era a genitora, mas o desconhecimento de quem era o genitor, pode-se convencionar que a família teve de início um caráter matriarcal, mas não se pode afirmar que essa cultura era igual para todos os povos. Posteriormente, por causa das guerras, carência, etc., por parte do homem se têm a manifestação da exogamia, que seria a união de diferentes grupos. Com o

¹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v 2. p. 1.

² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. v.6. (Coleção direito civil). p. 17.

passar dos tempos se atinge a organização social monogâmica e desempenhada a função de impulso e benefício social em relação a prole, onde se embasa o exercício do poder paterno.³

O Código de Hamurabi, uma das primeiras codificações com leis escritas, zelava a propriedade privada e o patriarcado, tendo a figura feminina o papel principal de reprodução e assistência ao seu marido. Caso esta mesma mulher não tivesse filhos a mesma podia ser repudiada.⁴

Na Babilônia, se tinha o casamento monogâmico, mas autorizava esposas secundárias, se a primeira mulher não concebesse um filho homem ou se tivesse uma doença grave. Em Roma o poder do pai era exercido sobre a mulher, seus filhos e os escravos, o afeto poderia sim existir, mas não era a ligação entre os indivíduos familiares. Seus membros eram unidos pelo culto de seus antepassados e a religião doméstica. A mulher abandonava, ao se casar, seu lar e seus cultos e passava a cultuar na esfera do seu marido, por essa razão era necessário que a mulher descesse a luz para homens para que sempre continuasse o culto da família.⁵

Juridicamente em Direito Romano se leva em estima especial cinco grupos de pessoas atreladas pelo casamento ou por parentesco: a *gens*, os membros se denominavam *gentiles*, estimavam descender de um ancestral comum, onde se recebia um nome gentílico (comum) era esse nome que os unia e não o parentesco de sangue; a *consang comuni iure*, que era o conjunto de pessoas que sendo agnadas (parentesco por mesma linha masculina) permaneceriam sujeitas à potestas de um pater famílias comum; o *conjunto de cognados em sentido restrito*, aqueles que não eram agnados um dos outros, se ligavam somente pelo parentesco de sangue; a *família consang iure*, o conjunto de indivíduos que se localizavam sob a potestas de um pater famílias; e a *família natural*, que era um grupo estabelecido apenas dos cônjuges e seus filhos.⁶

A família na primeira fase do Direito Romano era definida por todas as pessoas que ficavam sob a influência da *patria potestas* do ascendente comum vivo mais velho, o seu conceito independia assim do parentesco de sangue, todo o patrimônio desta linhagem era

³ VENOSA, 2003. p. 17.

⁴ CAMPOS, Andrea Almeida. **A mulher sob o casamento. Fidelidade e débito conjugal:** uma abordagem jus-histórica. IBDFam (Instituto Brasileiro de Direito de Família). Disponível em : <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=568>. Acesso em 29 de abril de 2012.

⁵ VENOSA, 2003. p.18,19

⁶ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v 2. p. 245, 246.

administrado pelo *pater*. Todos os membros da família eram ligados pela mesma religião de acordo com os seus ancestrais.⁷

A *pátria potestas* não se suprimia com o casamento de algum descendente, este, ficaria sempre pertencendo a família do chefe (seu pai, o *paterfamilias*), diferente do que acontece hoje em dia, onde o filho que sai da casa do pai, constitui uma nova família.⁸

Modernamente o termo família, para o objeto de estudo do Direito de Família Romano em geral é empregado sob duas formas: *em sentido amplo*, é abrangido o grupo de pessoas vinculadas por parentesco consanguíneo, na linha reta ou colateral e *em sentido estrito*, abrange os cônjuges e os filhos, assim sendo, pessoas atreladas pelo casamento e as ligadas pelo parentesco consanguíneo, mas limitadas a pais e filhos. E é da segunda forma de família, a de sentido estrito que se ocupa especialmente o direito de família moderno.⁹

A evolução da família romana acabou dando a mulher e aos filhos maiores poderes de autonomia, restringindo progressivamente o poder do “*pater*”, substituiu-se então o parentesco agnático – parentesco aos olhos da lei, todos que estão sob a mesma *pátria potestas* do mesmo chefe -, pelo parentesco cognático – relação sanguínea.¹⁰

Não se contentando mais com suas funções somente de vida familiar, a mulher da época imperial participava da vida social e política. O feminismo então se revela com a participação das mulheres em esportes. Nesta fase há a dissolução da família romana corrompida pela riqueza e aumentando assim os adultérios e divórcios.¹¹

Passa-se os anos e até na Idade Média, o casamento fica longe do aspecto afetivo. O casamento passa a ser regulado pelo Estado, que o insere nas codificações a partir do século XIX, como defesa da família.¹²

No início da Idade Média Philippe Ariès, destaca:

A família era uma realidade moral e social, mais do que sentimental. No caso de famílias muito pobres, ela não correspondia a nada além da instalação material do

⁷ WALD, Arnaldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Direito de Família. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 22.

⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano**: O Direito Romano e o Direito Civil Brasileiro no Novo Código Civil. 31 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 77.

⁹ ALVES, 2005. p. 245.

¹⁰ WALD, Arnaldo. **Direito Civil**: Direito de Família. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 12.

¹¹ WALD, 1991. p. 24, 25.

¹² VENOSA, 2003. p.18, 19.

casal no seio de um meio mais amplo, a aldeia, a fazenda, o pátio ou a “casa” dos amos e dos senhores, onde esses pobres passavam mais tempo do que em sua própria casa (às vezes nem ao mesmo tinham uma casa, eram vagabundos sem eira nem beira, verdadeiros mendigos). Nos meios mais ricos, a família se confundia com a prosperidade do patrimônio, a honra do nome. A família quase não existia sentimentalmente entre os pobres, e quando havia riqueza e ambição, o sentimento se inspirava no mesmo sentimento provocado pelas antigas relações de linhagem.¹³

Ainda na Idade Média a relação das famílias começou a ser regida exclusivamente pelo direito canônico, e o casamento religioso era o único existente. Na doutrina canônica o casamento é concebido como um sacramento, somente nos casos de infidelidade dos cônjuges é que se admite a dissolubilidade, pois então o casamento já não teria o caráter sagrado.¹⁴

Para os canonistas o casamento era não somente um tipo de acordo ou contrato, mas também um sacramento, onde os homens não podiam dissolver uma união feita por Deus: *quod Deus conjunxit homo non separat*.¹⁵ Sendo assim, opuseram-se ao divórcio, pois ia contra a índole da família e prejudica a formação dos filhos. Há uma divergência importante entre a compreensão de casamento católico e casamento medieval. Enquanto o casamento medieval fica atinente não só a vontade das partes, mas também a anuência das famílias à economia e a política, para a Igreja o casamento depende do simples consenso das partes.¹⁶

Cabe aqui reverenciar que a evolução da família durante muito tempo se limitou aos nobres, mesmo no início do século XIX, a maioria das famílias pobres durante muito tempo viviam como famílias medievais, com os filhos afastados da casa dos pais, o sentimento da casa para eles em raros momentos existiam, a casa é outra face do sentimento família e modificou-se muito pouco até os dias de hoje, mas se estendendo-se as outras camadas sociais.¹⁷

A época do Estado Liberal Clássico é marcada pela Revolução Francesa que trouxe consigo as novas codificações, entre elas o BGB alemão de 1896, com características marcantes como o modelo patriarcal e patrimonial, a propriedade privada e a livre liberdade contratual.¹⁸ Nesta senda “o processo de individualização do sujeito moderno identificava-se

¹³ ARIÈS, Philippe. **História Social da Criança e da Família**. 2 ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981. p. 158, 159.

¹⁴ WALD, 2009. p. 15.

¹⁵ WALD, 1991. p. 25, 26.

¹⁶ WALD, 1991. p. 25, 26.

¹⁷ ARIÈS, 1981. p. 189.

¹⁸ PENA JUNIOR, Moacir César. **Direito das pessoas e das famílias**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 5.

com sua capacidade de gozar e dispor dos bens, consoante pensamento Locke. Em suma, a autonomia da vontade, identificava-se com o exercício da propriedade”.¹⁹

A família toma uma nova cara com a chegada da Revolução Industrial, perdendo-se sua característica principal de procriação, seu papel é transferido para o âmbito espiritual, e de assistência mútua entre seus membros.²⁰

Notavelmente a passagem da economia agrária para a industrial modificou o seio familiar, reduzindo o número de filhos nos países mais desenvolvidos, a figura do pai em muitas famílias não é mais a de chefia, onde o mesmo vai para a fábrica trabalhar e a mulher é lançada ao mercado de trabalho, fazendo com que seus filhos fiquem mais tempo nas escolas.²¹

A entidade fundada no matrimônio foi o modelo familiar adotado pelo Código Civil de 1916, onde prevaleceria o direito privado e a liberdade de contratar de cada cidadão, sob forte influência do Estado Liberal trazido após a Revolução Francesa, onde a burguesia estava em ascensão na época.²²

No Código Civil de 1916, a família é voltada para seu círculo familiar, sendo aplicadas algumas regras do direito canônico como o patriarcalismo,²³ mas este já com algumas restrições, e considerando o vínculo matrimonial indissolúvel, regido pela comunhão universal de bens. A mulher era considerada relativamente incapaz, necessitando da vontade do marido para desempenhar alguma forma de emprego.²⁴

Michelle Perrot nos traz uma passagem do século XX:

Passados os 18 anos, os jovens operários não mais aceitavam remeter aos pais a totalidade do dinheiro que recebiam. Preferiam viver em concubinato ou percorrer as estradas. As mulheres, talvez mais ainda, queriam ser pessoas, ir e vir livremente, viajar, instruir-se, administrar seus bens, eventualmente trabalhar e dispor de seu salário. Sonhavam com o amor e preferiam não raro o celibato a um marido imposto. Entre as duas guerras, a intensa propaganda da natalidade não teve nenhum efeito sobre a vontade limitativa dos casais – e das mulheres. “Ter um filho quando quero,

¹⁹ RODRIGUES, Celso. A Construção do Indivíduo e o Direito Moderno. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira; PEZZELLA, Maria Cristina Cereser (coords.). **Mitos e Rupturas no Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 101.

²⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2011. v.6. (Coleção direito civil). p. 3.

²¹ VENOSA, 2011. p. 5, 6.

²² CARDOSO, Simone Tassinari. Do Contrato Parental à Socioafetividade. In: ARONNE, Ricardo (org.). **Estudos de Direito Civil-Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 22, 23.

²³ Ideia de influência social do poder patriarcal (do pai), neste aspecto o homem detém o papel dominante na família em relação a mulher e seus filhos.

²⁴ WALD, 2009. p. 23, 24.

como quero” foi o mais popular dos slogans do feminismo contemporâneo. A livre disposição de seu corpo, de seu ventre, de seu sexo tornou-se no século XX uma reivindicação prioritária.²⁵

Novas perspectivas são traçadas em relação ao gênero feminino no século XX, movimentos sociais e o avanço da industrialização são linhas marcantes, nasce uma nova busca de liberdade amparada por movimentos feministas, cada vez mais foi se buscando a igualdade entre homem e mulher e a distinção de seus papéis dentro da família traz consigo rupturas. Na busca dessa igualdade nasce a Lei 4.121/62, o Estatuto da Mulher Casada. Cabe agora a mulher colaborar com o marido com o poder de chefia do grupo familiar.²⁶

O sistema jurídico começa a dar atenção para a figura dos filhos feitos fora do casamento e para a mulher. Reconhece-se em relação a tutela do vínculo matrimonial a Lei do Divórcio (Lei 6.515 de 1977), permitindo-se a dissolução desse vínculo desde que houvesse uma anterior separação judicial superior a três anos ou separação de fato a mais de 5 anos, este fato do casal poder divorciar-se pela própria vontade é vinculado a uma nova estrutura que visa a vontade do ser humano.²⁷

Simone Tassinari Cardoso, em referência a essa nova passagem e estilo de vida escolhido por cada pessoa analisa que:

Com a possibilidade da destituição do vínculo jurídico de matrimônio, novas famílias entram em cena. A realidade apresentava inúmeros casos de união de fato após o divórcio, ou de pais que, sem constituírem novo vínculo afetivo, passavam a constituir família somente com seus filhos.

Em que pese a Lei nº 6.515, de 1977, encontrar fundamento sobre os alicerces do princípio da culpa, reconhece-se como positiva a nova postura estatal de ingerência na sociedade conjugal, pois, frente à necessidade de proteção da pessoa humana, não se pode deixar a família ao arbítrio da auto-regulação.²⁸

Importante também ressaltar o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei. 8.069 de 1990), onde a proteção da criança é questão inquietante para toda a sociedade, o Estatuto veio a regulamentar as questões do art. 227 de nossa Constituição, no âmbito de proteção e assistência, substituindo a Lei anterior (Código de Menores, Lei 6.697 de 1979), com a ideia de

²⁵ PERROT, Michele. O Nó e o Ninho. **Veja 25 anos: reflexões para o futuro**. São Paulo: Abril, 1993. p. 79.

²⁶ ROSALICE, Fidalgo Pinheiro. Planejamento familiar e condição feminina. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). **A Construção dos Novos Direitos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008. p. 282, 283.

²⁷ CARDOSO, 2004. p. 84.

²⁸ CARDOSO, 2004. p. 85.

“proteção integral à criança e ao adolescente”, regulando a problemática assistencial social e jurídica do menor.²⁹

Neste ponto dois fatores são importantes para o desaparecimento da família patriarcal, o primeiro é o fato da acelerada urbanização constante do século XX e a segunda como já aqui citado, a emancipação feminina, que remodela o papel exercido pela mulher passando do domínio doméstico, do lar, para exercer um fator econômico e profissional.³⁰

Entrando no campo sociológico Anthony Giddens revela que:

A grande diversidade de formas de família e de núcleos domésticos tornou-se uma característica cotidiana de nossos tempos. As pessoas estão menos propensas a casar do que antes e também estão se casando mais tarde. A taxa de divórcios aumentou significativamente, contribuindo para o crescimento do número de famílias monoparentais. As “famílias reconstituídas” formam-se através de segundos casamentos ou através de novos relacionamentos envolvendo filhos de uniões anteriores. As pessoas estão optando cada vez mais por viverem juntas – coabitar – antes do casamento, até mesmo preferindo isso a se casar. Enfim, o mundo da família está bem diferente do que há 50 anos. Embora as instituições da família e do casamento ainda existam e sejam importantes em nossas vidas, tiveram uma mudança drástica de caráter.³¹

Grandes transformações ocorrem nos perfis familiares. Famílias e lares sofrem constantemente crescentes mudanças, como o aumento de número de divórcios e das relações monoparentais, das famílias homossexuais, da popularidade da coabitação e o surgimento das famílias reconstituídas, são todos exemplos de que as famílias e as relações da sociedade estão sempre em constante variação.³²

Nota-se que por um bom período de tempo a família foi denotada com um cunho voltado ao patriarcalismo, a figura do pai era soberana aos demais entes familiares, a família matrimonial era tida como a única forma de constituir família, voltada para a procriação sendo a mesma indissolúvel, onde ninguém podia ir de encontro a “vontade de Deus”. A evolução do instituto família se faz necessário, quebrando diversos paradigmas que vão ser tratados posteriormente.

²⁹ VENOSA, 2011. p. 17.

³⁰ LÓBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 15.

³¹ GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 4 ed. Porto Alegre: Artmed, 2005. p. 151.

³² GIDDENS, 2005, p. 155.

1.2 A RECEPÇÃO DO INSTITUTO DA FAMÍLIA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL NA AFIRMAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Objetiva-se aqui dar um tratamento e uma visão constitucionalizada da família e do Direito de Família, na Constituição Federal de 1988, que tratam das relações entre seus entes e a sociedade.

A Constituição Federal é o cerne do ordenamento jurídico, ela é a fonte primária das normas jurídicas e traz consigo a ideia de segurança de todo o sistema e o reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais, o que se estende também ao Direito de Família e suas relações sociais.³³

No Brasil, o Direito das Famílias, alcançou um valor de ordem constitucional, sendo acolhida as suas perspectivas na nossa Carta Mãe, que destinou um capítulo, composto de cinco artigos e uma série de parágrafos, para tutelar as relações dos próprios entes familiares e as obrigações do Estado com os mesmos. “Dessa forma, atribuiu-se uma dimensão constitucional ao tratamento da família. Denominamos esse fenômeno de *publicização*³⁴ ou *constitucionalização*³⁵ do Direito Privado”.³⁶

Hoje, pós Constituição de 1988, o tema Direito de Família evoluiu, assim nos ensina Arnaldo Wald:

[...] houve importantes mutações em relação à maioria dos conceitos e dos princípios referentes ao direito de família, que constavam no Código Civil de 1916 e são distintos dos que hoje vigoram no código de 2002. Quer se cogite da incapacidade relativa da mulher, do regime de bens, da filiação natural ou adulterina, da investigação de paternidade ou da união estável, as mudanças não se limitaram a simples aspectos secundários, mas atingiram o cerne do direito de família, a sua estrutura e até alguns dos seus princípios básicos.³⁷

³³ DONADEL, Adriane. Efeitos da constitucionalização do Direito Civil no Direito de Família. In: PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ Daniel (org.). **Tendências Constitucionais no Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 15.

³⁴ Essa publicização deve ser entendida como um processo de intervenção de Leis infraconstitucionais em nosso ordenamento jurídico.

³⁵ Entende-se por constitucionalização do direito privado a submissão do direito positivo aos ditames de validade constitucional.

³⁶ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. O Pluralismo no Direito de Família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. In: CHAVES, Adalgisa Wiedemann (coord). **Direitos fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 256.

³⁷ WALD, Arnaldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro: O Novo Direito de Família**. 15 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. Não paginado.

Não se quer dizer que foi por causa da Constituição Federal que a família mudou, ela simplesmente reconheceu uma já esperada evolução que estava no fervor da eminência em nossa sociedade.³⁸

Podemos analisar novos contornos constitucionais dados ao Direito das Famílias através de alguns dispositivos da Constituição,³⁹ quais sejam:

- a) reconhecimento da união estável, como entidade familiar (art. 226, § 3º, CF) representando a valorização da afetividade;⁴⁰
- b) reconhecimento da comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes, como entidade familiar (art. 226, §, 4º, CF) reflete a ruptura da sociedade patriarcal;⁴¹
- c) mesmos direitos e deveres entre homens e mulheres no entorno da sociedade conjugal (art. 226, § 5º, CF) quebra do padrão que se tinha o homem como chefe da família, perdendo-se a ideia de família hierarquizada;⁴²
- d) igualdade entre irmãos biológicos e adotivos (art. 227, § 6º, CF) elevando a questão do afeto e a consideração à dignidade da pessoa;⁴³
- e) garantia constitucional do divórcio (art. 226, § 6º, CF), busca-se a felicidade nas relações;⁴⁴
- f) livre planejamento familiar baseado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, § 7º, CF);⁴⁵

³⁸ OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo:

Revista dos Tribunais, 2002. p. 91.

³⁹ DONADEL, 2003. p. 17,18.

⁴⁰ Art. 226, § 3º, da Constituição Federal: 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. BRASIL. Constituição Federal da República. Promulgada em 6 de outubro de 1988, paginação indeterminada. Acesso em: 19 de setembro de 2012.

⁴¹ Art. 226, § 4º, da Constituição Federal: Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. BRASIL, 1988, paginação indeterminada. Acesso em 19 de setembro de 2012.

⁴² Art. 226, § 5º, da Constituição Federal: Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. BRASIL, 1988, paginação indeterminada. Acesso em 19 de setembro de 2012.

⁴³ Art. 227, § 6º, da Constituição Federal: Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. BRASIL, 1988, paginação indeterminada. Acesso em 19 de setembro de 2012.

⁴⁴ Art. 226, § 6º, da Constituição Federal: O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010). BRASIL, 1988, paginação indeterminada. Acesso em 19 de setembro de 2012.

g) criação de organismos de intervenção na família para restringir a violência doméstica (art. 226, § 8º, CF) protegendo a pessoa dentro deste grupo e seus direitos fundamentais.⁴⁶

Somente com a Constituição Federal de 1988, foi reconhecido os direitos das mulheres, o Direito de Família em geral foi elemento das mais expressivas mudanças, importante aqui ressaltar – como já citado – o estabelecimento da igualdade entre os cônjuges (art. 226, § 5º) e posteriormente esse dispositivo foi referido no art. 1.511 do Código Civil de 2002 (que vai ser citado posteriormente).⁴⁷

“Tais modificações foram sentidas plenamente na esfera jurídica com a constitucionalização de um modelo de família eudemonista⁴⁸ e igualitário, com maior espaço para o afeto e a realização individual”.⁴⁹

As relações da sociedade são entusiasmadas pela evolução de valores que ocorrem gradativamente no tempo, e nisso faz com que o ordenamento jurídico se modifique para adaptar-se a realidade das pessoas, a concepção de família para a Constituição Federal não é mais aquela voltada ao patriarcado e laços estritamente consanguíneos, é voltada para o ser humano coberto de valores e direitos, em uma comunidade baseada no afeto e com base no respeito ao princípio da igualdade.

O princípio da igualdade é a base da democracia brasileira, onde a sociedade se funda e encontra o respaldo que precisa no ordenamento jurídico, para convivência harmoniosa com a tentativa de diminuição das desigualdades.

A efetivação de Princípios de modo geral nos trazem direções que devemos obedecer, e para Celso Antônio Bandeira de Mello:

⁴⁵ Art. 226, § 7º, da Constituição Federal: Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. BRASIL, 1988, paginação indeterminada. Acesso em 19 de setembro de 2012.

⁴⁶ Art. 226, § 8º, da Constituição Federal: O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. BRASIL, 1988, paginação indeterminada. Acesso em 19 de setembro de 2012.

⁴⁷ LUZ, Valdemar P. da. **Manual de Direito de Família**. 1 ed. Barueri: Manole, 2009. p. 2.

⁴⁸ Para Maria Berenice Dias esta família busca a realização pessoal e felicidade de cada um de seus membros, é o envolvimento afetivo que garante o espaço do individual e garante o desenvolvimento do ser humano, a possibilidade de se buscar formas de realização pessoal é a maneira que cada pessoa encontra de viver.

⁴⁹ CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 277.

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos.

É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.⁵⁰

E ainda Juarez Freitas destaca que:

Por princípios entendem-se que, os critérios ou diretrizes basilares do Ordenamento Jurídico, que se traduzem como disposições hierarquicamente superiores, do ponto de vista axiológico, às normas estritas (regras) e aos próprios valores (genéricos). Diferenciam-se das regras não propriamente por generalidade, mas por qualidade argumentativa superior – e na colisão das duas, um princípio tem de ser erigido como preponderante.⁵¹

Há muito tempo o homem é atormentado com a problemática das desigualdades inerentes a si mesmos e com a estrutura social em que está inserido, e desta desigualdade surge a noção de igualdade, ou, como alguns doutrinadores denominam: igualdade substancial (uma igualdade real e efetiva diante dos bens da vida), assim, é entendido por igualdade a equiparação de todo o ser humano no que diz respeito ao “gozo e fruição de direitos, assim como à sujeição a deveres.”⁵²

Para Paulo Bonavides:

O centro medular do Estado social e de todos os direitos de sua ordem jurídica é indubitavelmente o princípio da igualdade. Com efeito, materializa ele a liberdade da herança clássica. Com esta compõe um eixo ao redor do qual gira toda a concepção estrutural do Estado democrático contemporâneo.

De todos os direitos fundamentais a igualdade é aquele que mais tem subido de importância no Direito Constitucional de nossos dias, sendo, como não poderia deixar de ser, o direito-chave, o direito-guardião do Estado Social.⁵³

A Lei deve ser entendida como instrumento regulador da sociedade que necessita tratar equitativamente todas as pessoas e não como sendo uma fonte de privilégios

⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 748.

⁵¹ FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 56.

⁵² BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 2. p. 5.

⁵³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20 ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 376.

para alguns e perseguições para outros, este é o conteúdo meditado pelo princípio da isonomia e assimilado pelo sistema jurídico brasileiro.⁵⁴

A igualdade compõe o símbolo basilar da democracia, ela não acolhe certas prerrogativas e diferenças que um regime meramente liberal consagra, isso explica o porque a burguesia “cônsua” de sua prerrogativa de classe, ela não demandava um regime de igualdade, que ia de encontro com os seus interesses, de tal maneira que buscava o da liberdade.⁵⁵

Com este princípio a nossa Carta Mãe procura conseguir a todos os membros da sociedade um direito a uma justiça igualitária perante a Lei, o princípio da isonomia é de total importância para o tratamento igualitário entre todos os cidadãos, é revelada a sua função de originar o bem de toda a sociedade, “quer reconhecendo a hipossuficiência de alguns, quer coibindo privilégios injustificados de outros”.⁵⁶

A Constituição em seu art. 5º, caput⁵⁷, entre outros artigos, assegura o direito fundamental à igualdade, esta igualdade traduz uma relação entre entes diferentes quando apresentarem as mesmas características, bem como, não apresentem desigualdades que afigurem relevantes, o princípio da igualdade não assegura a mesma abundância de direitos para todos os membros de sociedade, pensar nisso seria uma utopia, em essência nós somos diferentes e desiguais.⁵⁸

Celso Antônio Bandeira de Mello faz uma análise da relação de igualdade e desigualdade de preceitos jurídicos:

[...] tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador ocolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles.

⁵⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3 ed. atual. 13ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 10.

⁵⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 211.

⁵⁶ SANTOS, Larissa Linhares Vilas Boas. **O Princípio da Igualdade**. Âmbito Jurídico. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7039. Acesso em 27 de outubro de 2012.

⁵⁷ Artigo 5º, caput, da Constituição Federal: 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 [...].

⁵⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 287.

Em suma: importa que exista mais que uma correlação lógica *abstrata* entre o fator diferencial e a diferenciação consequente. Exige-se, ainda, haja uma correlação lógica *concreta*, ou seja, aferida em função dos interesses abrigados no direito positivo constitucional. E isto se traduz na consonância ou disconsonância dela com as finalidades reconhecidas como valiosas na Constituição.⁵⁹

O princípio da igualdade, encontrado hoje em dia em diversas Constituições é o da igualdade formal, antigamente quando se falava em igualdade de todos perante a lei, a verdadeira intenção era de impedir que alguém se beneficiasse, como por exemplo um tratamento diferenciado para um nobre. Hoje o que se entende por igualdade formal é o direito de todo cidadão não ser desigualado pela lei no ordenamento constitucional.⁶⁰

Afim de se manter a diversidade e a pluralidade social, medidas reais viabilizam o direito a igualdade, com o fundamento de que essa igualdade de se formar na medida do respeito a diferença e a diversidade, passando-se da igualdade formal para a igualdade material.⁶¹

Desde os tempos do Império, nossas constituições, tratavam a igualdade, como igualdade diante da lei, uma isonomia formal, não levavam em conta as diversas distinções de grupos, a compreensão dada ao art. 5º, caput, deve ser alargada, com as reivindicações de justiça social, diferenciando da isonomia material do qual podemos traduzir no art. 7º, XXX⁶² e XXXI⁶³. Nossa Constituição busca aproximar os dois modelos de isonomia, não se limitando ao enunciado da igualdade perante a lei.

Flavia Piovesan trata a concepção de igualdade sob a ótica de três vertentes, para a autora:

Destacam-se, assim, três vertentes no que tange à concepção da igualdade: a) a igualdade formal, reduzida à fórmula “todos são iguais perante a lei” (que, ao seu tempo, foi crucial para a abolição de privilégios); b) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério socioeconômico); e c) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça

⁵⁹ MELLO, 2005. p. 23, 24.

⁶⁰ BASTOS, 2010. p. 286.

⁶¹ PIOVESAN, Flávia. Ações Afirmativas no Brasil: Desafios e perspectivas. In. MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **A Construção dos Novos Direitos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008. p. 142.

⁶² Artigo 7º, XXX, da Constituição Federal: proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. BRASIL, 1988, paginação indeterminada. Acesso em 1 de outubro de 2012.

⁶³ Artigo 7º, XXXI, da Constituição Federal: proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência. BRASIL, 1988, paginação indeterminada. Acesso em 1 de outubro de 2012.

sob o aspecto de reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelos critérios gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e demais critérios).⁶⁴

Diversos princípios fundamentais passam a ser abrangidos pela Constituição Federal, traço marcante em relação ao modelo familiar, uma vez que a família é voltada no sentido da democratização no que diz respeito à afetividade, igualdade e pluralidade dos vínculos da família brasileira, nesta senda o aparato constitucional deve ser compreendido não apenas como um grupo de Leis, mas como um ambiente de luta pelos valores essenciais das pessoas, em uma perspectiva da Constituição material.⁶⁵

A isonomia aplicada pelo atual ordenamento, no que diz respeito às relações entre homem e mulher, diante de suas responsabilidades perante a família, consentiu que o, até então, “sexo frágil”, pudesse assumir obrigações e deveres que ultrapassam o âmbito doméstico e alcance patamares cada vez maiores, como o mercado de trabalho, para colaborar com o sustento de sua família.⁶⁶

Ainda, Luis Paulo Rosek Germano comenta que:

Hoje, reconhecida a isonomia entre o homem e a mulher, notadamente no que tange aos aspectos relacionados ao Direito de Família, cumpre-se destacar alguns direitos e deveres da mulher em relação à sociedade conjugal e à família. Dentre os quais destacamos o acervo econômico uxório, algo inadmissível em épocas em que a mulher não participava de qualquer atividade econômica ou de produção de riqueza; o poder de direção doméstica, com responsabilidades frente à educação dos filhos e de administração do lar, sem que isso signifique, em hipótese qualquer, atribuições secundárias ou que devam ser discriminadas; e o exercício do pátrio poder, em associação com o cônjuge varão.⁶⁷

O princípio da igualdade é relacionado com os direitos entre cônjuges, companheiros e filhos e de certo modo as desigualdades entre sexos não podem ser ignoradas pelo ordenamento jurídico brasileiro, homem e mulher são diferentes, mas dentro da sociedade, enquanto pessoa, devem exercer os mesmos direitos, deste modo, altera-se o conceito de

⁶⁴ PIOVESAN, 2008. p. 139.

⁶⁵ MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). “Novas” Entidades Familiares. In. **A Construção dos Novos Direitos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008. p. 18.

⁶⁶ GERMANO, Luiz Paulo Rosek. Deveres constitucionais da família frente ao Estado. In: PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ Daniel (org.). **Tendências Constitucionais no Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 161.

⁶⁷ GERMANO, 2003. P. 163.

organismo familiar para um conceito mais amplo e flexível, onde busca-se o desenvolvimento da individualidade de seus componentes.⁶⁸

O já referido princípio, no que tange ao homem e mulher, tem como embasamento a dignidade da pessoa humana e consagra-se em múltiplos dispositivos da Constituição Federal e do Código Civil⁶⁹ (arts. 5º, I⁷⁰, 226 §§ 5º e 7º - estes já citados anteriormente -, todos da Constituição Federal; 1.511⁷¹, 1.565⁷², 1.566⁷³, 1.567⁷⁴, 1.568⁷⁵, 1.569⁷⁶, entre outros do Código Civil de 2002).

O mesmo entendimento da igualdade é dado ao tratamento dos filhos (de origem biológica ou socioafetiva), não admitindo-se discriminação. Todos são iguais e fazem jus a proteção dos pais, do Estado e da sociedade.⁷⁷

Em relação a questões de gênero – art. 3º, IV, CF⁷⁸ - o princípio constitucional da igualdade proíbe qualquer desigualdade em razão do sexo, portanto qualquer conduta lesiva a opção sexual de cada pessoa constitui discriminação sexual.⁷⁹

⁶⁸ DONADEL, 2003. p. 18.

⁶⁹ PENA JUNIOR, 2008. p. 14.

⁷⁰ Artigo 5º, I, da Constituição Federal: homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição. BRASIL, 1988. paginação indeterminada. Acesso em 2 de outubro de 2012.

⁷¹ Artigo 1.511, do Código Civil: O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. BRASIL, Código Civil de 2002, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Paginação indeterminada. Acesso em 2 de outubro de 2012.

⁷² Artigo 1.565, do Código Civil: Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. BRASIL, 2002. Paginação indeterminada. Acesso em 2 de outubro de 2012.

⁷³ Artigo 1.566, do Código Civil: São deveres de ambos os cônjuges: I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos. BRASIL, 2002. Paginação indeterminada. Acesso em 2 de outubro de 2012.

⁷⁴ Artigo 1.567, do Código Civil: A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos. BRASIL, 2002. Paginação indeterminada. Acesso em 2 de outubro de 2012.

⁷⁵ Artigo 1.568, do Código Civil: Os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial. BRASIL, 2002. Paginação indeterminada. Acesso em 2 de outubro de 2012.

⁷⁶ Artigo 1.569, do Código Civil: O domicílio do casal será escolhido por ambos os cônjuges, mas um e outro podem ausentar-se do domicílio conjugal para atender a encargos públicos, ao exercício de sua profissão, ou a interesses particulares relevantes. BRASIL, 2002. Paginação indeterminada. Acesso em 2 de outubro de 2012.

⁷⁷ PENA JUNIOR, 2008. p. 15.

⁷⁸ Artigo 3º, IV, da Constituição Federal: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. BRASIL, 1988. Paginação indeterminada. Acesso em 2 de outubro de 2012.

⁷⁹ DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: O Preconceito e a Justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 65, 66.

Nas palavras de Maria Berenice Dias:

O Direito de Família, ao receber o influxo do Direito Constitucional, foi alvo de uma profunda transformação. Basta lembrar que o princípio da igualdade ocasionou uma verdadeira revolução ao banir as discriminações que existiam no campo das relações familiares. Num único dispositivo o constituinte espancou séculos de hipocrisia e preconceito [...].

A verdade é que o princípio constitucional que deve prevalecer é o da igualdade cumulado com o da liberdade individual, ambos resultando no preceito maior da isonomia.⁸⁰

A igualdade deve ser idealizada com o tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, em conformidade com sua desigualdade, isso classicamente é dito, mas pouco praticado, nesta senda, a igualdade configura direito a diferença, não bastando-se unicamente que a Lei seja aplicada igualmente para todos, se faz necessário que essa mesma Lei “em si considere a todos igualmente, ressalvadas as desigualdades que devem ser sopesadas para o preavalecimento da igualdade material em detrimento da obtusa igualdade formal”.⁸¹

“Afim, igualdade nada mais é do que o direito de ser diferente, sem sofrer discriminação por isso”.⁸²

Em análise ao Direito pós-moderno, nota-se que o princípio da igualdade, representa fonte primordial de direito e têm seu fundamento na dignidade da pessoa humana e não mais naquele critério de sujeição a Lei, quer-se dizer que todas as pessoas são iguais, na medida de sua dignidade, onde muitas vezes se resulta em limitações na aplicabilidade da oportuna norma jurídica.⁸³

A Constituição Federal, trouxe para dentro do ordenamento jurídico brasileiro os direitos fundamentais no qual, dentro princípio da igualdade o Direito das Famílias se fundam e são amparados, essa consagração deste princípio ao nível constitucional arquiteta um avanço notório ao Direito das Famílias.

Este avanço fica mais evidente quando se verifica o reconhecimento da afetividade e de suas várias formas dentro da concepção família. Não existe uma única forma

⁸⁰ DIAS, 2000. p. 68-70.

⁸¹ DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: O Preconceito e a Justiça**. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009. p. 107, 108.

⁸² DIAS, 2009b. p. 109.

⁸³ ESTROUGO, Mônica Guazzelli. O Princípio da Igualdade Aplicado à Família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (coord.). Direitos Fundamentais do Direito de Família. Posto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 328.

de afetividade e não existe uma única forma de família. A pluralidade das relações e tipos de família é uma decorrência da própria afetividade, como poderá se ver no próximo capítulo, dedicado ao afeto e ao pluralismo.

CAPÍTULO II – AFETIVIDADE E PLURALISMO NO DIREITO DAS FAMÍLIAS

2.1 O RECONHECIMENTO DA AFETIVIDADE NAS RELAÇÕES FAMILIARES

O objetivo deste ponto é demonstrar o quanto o afeto nas relações familiares esta intrínseco na sociedade e na vida individual das pessoas, é fato que a família é a base - como aqui já citado -, da sociedade e mais do que nunca a afetividade esta presente nesta esfera.

É fato que o afeto, não mais do que nunca esta ligado ao Direito das Famílias e a família. O sentimento é aspecto da esfera reservada de cada pessoa, se busca uma reflexão na perspectiva da dignidade de cada pessoa. A união afetiva é uma relação fundamentada em um vínculo constituído mediante sentimentos, resultados das relações entre as pessoas.⁸⁴

Silvana Maria Carbonera destaca que:

(...) buscando a realização pessoal, o ordenamento foi posto em segundo plano e os sujeitos se impuseram como prioridade. Formaram-se novas famílias, marginais e excluídas do mundo jurídico, mas ainda assim se formaram. A verdade social não se ateve à verdade jurídica e os fatos afrontaram e transformaram o Direito.⁸⁵

Não se pode negar que hoje a nova disposição da família é a fundamentada no respeito mútuo e principalmente na afetividade, a família composta por inúmeros componentes vai perdendo sua força ao passar dos anos, e também aquela constituída somente pelos filhos legítimos, o cerne da família passa a apreciar um fator muito importante para a sua concepção, qual seja, o amor e o afeto.⁸⁶

Para Rodrigo da Cunha Pereira, a família tem como sua nova estrutura o amor e o afeto:

⁸⁴ SILVEIRA, Luciano Cardoso. **As relações afetivas e os seus efeitos na área judicial, notarial e registral**. Porto Alegre: Idéia Impressa, 2004.

⁸⁵ CARBONERA, 1998. p. 289, 290.

⁸⁶ SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. **A família afetiva – O afeto como formador de família**. IBDFam (Instituto Brasileiro de Direito de Família).Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=336> Acesso em 1 de junho de 2011.

⁸⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Novas Configurações Familiares**. IBDFam (Instituto Brasileiro de Direito de Família).Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=332>. Acesso em 2 de junho de 2011.

Contra os fatos da vida não há contra argumentação. Felizmente, a família deixou de ser, essencialmente, um núcleo econômico e de reprodução. Hoje ela é muito mais o espaço do amor, do companheirismo, da solidariedade e do afeto. Um locus para a construção do sujeito e de sua dignidade. Por mais que fiquemos amedrontados ou irredimidos, a família foi, é e continuará sendo o núcleo básico de qualquer sociedade. Por mais que variem ou sejam diferentes essas formas de constituição das famílias, por mais que estejam presentes os interesses de mercado, da sociedade do espetáculo e do consumo, por mais variadas que sejam as formas de manifestação da sexualidade, em sua essência está um núcleo estruturador e estruturante do sujeito. Com ajuda ou sem ajuda de artifícios da evolução científica, dar e receber amor continua sendo o eterno desafio humano. Certamente estamos diante da velha e sábia fórmula de Platão: o amor para permanecer o mesmo deve mudar sempre.⁸⁷

A família é considerada a base de nossa sociedade pelo art. 226 da Constituição Federal, a mesma evolui de uma família patriarcal com seus fundamentos religiosos e voltada a procriação, para um olhar de família composta de um grupo ligado por laços de afeto. Este afeto é a particularidade da atual família brasileira onde é focada a dignidade de cada ente familiar.⁸⁸

O amparo do Estado voltou-se, então, para o grupo de pessoas que agregam a família, construída pelos laços do afeto e direcionada para a efetivação espiritual e ao desenvolvimento da personalidade de seus membros. Tem-se a chamada repersonalização ou despatrimonialização das relações familiares, entendida como a realização pessoal da afetividade e da dignidade humana, no ambiente de convivência e solidariedade como função básica da família de nossa época.⁸⁹

A emancipação da mulher e também o surgimento de métodos contraceptivos, criam novos paradigmas para a família, quebrando-se com a dissolubilidade do casamento. O recente aspecto dado à família deixa de lado aquele conceito que se tinha de exclusividade patrimonial e se volta agora, mais do que nunca, a assimilação do vínculo afetivo.⁹⁰

Também, devido ao processo de urbanização e sua conseqüente onerosidade na vida em comum, a família cede espaço a um número cada vez mais reduzido de filhos. Deste fator emana uma considerável melhoria na relação afetiva entre pais e filhos, posto que as relações de sentimento entre os membros do grupo familiar aumentam. “[...] valorizam-se as

⁸⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Novas Configurações Familiares**. IBDFam (Instituto Brasileiro de Direito de Família). Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=332>. Acesso em 2 de junho de 2011.

⁸⁸ DONADEL, 2003. p. 16, 17.

⁸⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio jurídico da afetividade na filiação**. Jus Navigandi. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>. Acesso em 23 de setembro de 2012.

⁹⁰ DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre família, sucessões e o no Código Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 17.

funções afetivas da família que se torna refúgio privilegiado das pessoas contra a agitação da vida nas grandes cidades e das pressões econômicas e sociais”.⁹¹

Aquelas funções: econômica, política, religiosa e procracional (esta principalmente), exercem um papel secundário frente a efetivação pessoal da afetividade na esfera do convívio familiar das famílias atuais. O afeto portanto aponta como componente base e nuclear que define os laços da união familiar.⁹²

E para relevar ainda mais o aspecto do afeto dentro das entidades familiares, cabe citar as palavras de Enézio de Deus Silva Junior, comentando sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal em admitir entidade familiar a união estável entre casais homossexuais:

O que se descortina em matéria de reconhecimento do AMOR em face do Poder Judiciário brasileiro, a partir desta decisão do Supremo, aponta a direção mais bonita: a que independe de qualquer condição para que tal sentimento seja, efetivamente, atestado em toda sua inteireza e nas implicações que traz na vida relacional-familiar das pessoas - para além de cor, sexo, orientação afetivo-sexual, nuances de gênero... Conjugiar, no exercício da existência concreta, o verbo AMAR persistirá justificando a formação de uma família, qualquer que seja essa. Realmente, para enxergar a família, é preciso enxergar o amor. Se não se identifica afeto, não se vê família. Por isso, continuo ratificando e ecoando o canção: "Eu vejo a vida melhor no futuro. Eu vejo isso por cima do muro de hipocrisia que insiste em nos rodear".⁹³

Sabe-se que não é possível criar ou impor a afetividade como regra *erga omnes* pelo legislador, pois esta surge pela convivência e reciprocidade de sentimentos entre as pessoas. Nesta senda vale citar como exemplo a *adoção à brasileira*, que tem como característica a paternidade que não necessita de vínculo biológico, porém para que esta seja válida é necessário atender a alguns itens como estado de filiação, a posse do estado de filho e a valorização do afeto como valor jurídico e formador do núcleo familiar. Podemos entender o *estado de família*, na posição que cada pessoa ocupa dentro do núcleo familiar, envolvendo fatores de zelo recíproco entre todos os seus membros.⁹⁴

⁹¹ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de Família: Direito Matrimonial**. Porto Alegre: Safe. 1990. p. 11.

⁹² LÔBO, 2009. p. 15

⁹³ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **Amor e Família Homossexual: o fim da invisibilidade através da decisão do STF**. IBDFam (Instituto Brasileiro de Direito de Família). Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=727>. Acesso em 2 de junho de 2011.

⁹⁴ SIMÕES. Acesso em 1 de junho de 2011.

Após esta breve explanação percebe-se que o Direito das Famílias está ligado ao princípio da afetividade, e seu aspecto impõe a necessidade de reconhecimento das várias espécies de vínculos afetivos, levando à afirmação da pluralidade na constituição de famílias.

2.2 A PLURALIDADE DE FORMAS DE FAMÍLIA

Os embaraços e as carências atualmente do nosso ordenamento jurídico, abrem caminho, transformações, para um novo modelo direcionado a construção de um aspecto pluralista. Se estabelece a construção de um novo paradigma para a teoria jurídica em suas variadas extensões, para abranger o que se têm como “novos direitos”, onde temos que discorrer sobre os utensílios jurídicos ajustados para a concretização das tutelas jurisdicionais do nosso direito.⁹⁵

Na situação de nossa sociedade, existe uma reformulação da apreciação da família, Maria Berenice Dias, que trata muito bem do tema do pluralismo das relações familiares, comenta que:

Pensar em família ainda traz à mente o modelo convencional: um homem e uma mulher unidos pelo casamento e cercados de filhos. Mas essa realidade mudou. Hoje, todos já estão acostumados com família que se distanciam do perfil tradicional. A convivência com famílias recompostas, monoparentais, homoafetivas permite reconhecer que ela se pluralizou; daí a necessidade de flexionar igualmente o termo que a identifica, de modo a albergar todas as suas conformações. Expressões como famílias marginais, informais, extramatrimoniais não mais servem, pois trazem um ranço discriminatório.⁹⁶

A visão pluralista é a resposta para o conceito de entidade familiar, onde encontra-se o vínculo afetivo, saindo do âmbito obrigacional e adentrando no direito das famílias, determinando responsabilidades e obrigações mútuas.⁹⁷

Paulo Lôbo nos brinda com alguns tipos de famílias que estão à tona em nossa sociedade brasileira:

⁹⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas**. São Paulo: Saraiva. 2003. p. 3.

⁹⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5 ed. rev. atual.e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 40.

⁹⁷ DIAS, 2009a. Paginação indeterminada.

São unidades de convivência encontradas na experiência brasileira atual, entre outras:

- a) homem e mulher, com vínculo de casamento, com filhos biológicos;
- b) homem e mulher, com vínculo de casamento, com filhos biológicos e filhos não biológicos, ou somente com filhos não biológicos;
- c) homem e mulher, sem casamento, com filhos biológicos (união estável);
- d) homem e mulher, sem casamento, com filhos biológicos e não biológicos ou apenas não biológicos (união estável);
- e) pai ou mãe e filhos biológicos (entidade monoparental);
- f) pai ou mãe e filhos biológicos e adotivos ou apenas adotivos (entidade monoparental)
- g) união de parentes e pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe que a chefie, como no caso de grupo de irmãos, após falecimento ou abandono dos pais, ou de avós e netos, ou de tios e sobrinhos;
- h) pessoas sem laços de parentesco que passam a conviver em caráter permanente, com laços de afetividade e de ajuda mútua, sem finalidade sexual ou econômica;
- i) Uniões homossexuais, de caráter afetivo e sexual;
- j) Uniões concubinárias, quando houver impedimento para casar de um ou de ambos companheiros, com ou sem filhos;
- l) comunidade afetiva formada com “filhos de criação”, segundo generosa e solidária tradição brasileira, sem laços de filiação natural ou adotiva regular, incluindo, nas famílias recompostas, as relações constituídas entre padrastos e madrastas e respectivos enteados, quando se realizem os requisitos da posse de estado de filiação.⁹⁸

Pode-se afirmar então que o merecimento da tutela da família não se reduz apenas às relações consanguíneas, mas também aquelas afetivas, embasando o princípio do pluralismo familiar.⁹⁹

Existe hoje em tramitação pela Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n ° 2.285/2007 do Deputado Sérgio Barradas Carneiro, do qual cabe destaque parte da justificção do projeto:

Durante a tramitação do projeto do Código Civil no Congresso Nacional, após a Constituição de 1988, o Senado Federal promoveu esforço hercúleo para adaptar o texto - antes dela elaborado - às suas diretrizes. Todavia, o esforço resultou frustrante, pois não se poderia adaptar institutos que apenas faziam sentido como expressão do paradigma familiar anterior à nova realidade, exigente de princípios, categorias e institutos jurídicos diferentes. A doutrina especializada demonstrou à sociedade a inadequação da aparente nova roupagem normativa, que tem gerado intensas controvérsias e dificuldades em sua aplicação.

Ciente desse quadro, consultei o Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, entidade que congrega cerca de 4.000 especialistas, profissionais e estudiosos do Direito de Família, e que também tenho a honra de integrar, se uma revisão sistemática do Livro IV da Parte Especial do Código Civil teria o condão de superar os problemas que criou.

Após vários meses de debates, a comissão científica do IBDFAM, ouvindo os membros associados, concluiu que, mais do que uma revisão, seria necessário um estatuto autônomo, desmembrado do Código Civil, até porque seria imprescindível associar as normas de Direito Material com as normas especiais de Direito Processual. Não é mais possível tratar questões visceralmente pessoais da vida familiar,

⁹⁸ LÔBO, 2009. p. 56, 57.

⁹⁹ LUZ, 2009. p. 3.

perpassadas por sentimentos, valendo-se das mesmas normas que regulam as questões patrimoniais, como propriedades, contratos e demais obrigações.

Essa dificuldade, inerente às peculiaridades das relações familiares, tem estimulado muitos países a editarem códigos ou leis autônomas dos direitos das famílias. Outra razão a recomendar a autonomia legal da matéria é o grande número de projetos de leis específicos, que tramitam nas duas Casas Legislativas, propondo alterações ao Livro de Direito de Família do Código Civil, alguns modificando radicalmente o sentido e o alcance das normas atuais. Uma lei que provoca a demanda por tantas mudanças, em tão pouco tempo de vigência, não pode ser considerada adequada.

Eis porque, também convencido dessas razões, submeto à apreciação dos ilustres Pares o presente Projeto de Lei, como Estatuto das Famílias, traduzindo os valores que estão consagrados nos princípios emergentes dos artigos 226 a 230 da Constituição Federal. A denominação utilizada - “Estatuto das Famílias” - contempla melhor a opção constitucional de proteção das variadas entidades familiares. No passado, apenas a família constituída pelo casamento - portanto única - era objeto do Direito de Família.¹⁰⁰

O Estatuto das Famílias, nesse contexto, traz uma proposta aos valores constitucionalmente consagrados, um verdadeiro avanço por que deve passar o Direito de Família.¹⁰¹

O princípio da pluralidade das formas de família rompe com o modelo tradicional de família não se caracterizando por uma regra de clausura, caracterizando-se pelo abrigo de outras entidades que demonstrem laços de afetividade duráveis e tenham ostensibilidade no seio familiar.¹⁰²

Existem diversas concepções de família e com elas diferentes classificações tratadas por diversos autores, todavia todas elas reconhecem o princípio da pluralidade das entidades familiares.¹⁰³

¹⁰⁰ Projeto de Lei nº 2.285 de 25 de outubro de 2007. Dispõe sobre o Estatuto das Famílias.

¹⁰¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família. As Famílias em Perspectiva Constitucional.** 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 6. p. 69.

¹⁰² GIORGIS, José Carlos Teixeira. **Direito de Família Contemporâneo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 41.

¹⁰³ É sabido que diversos autores como, Maria Berenice Dias e Paulo Lôbo, tratam das formas de famílias brasileiras, o que não significa que as obras dos autores citados não são importantes, pelo contrário, auxiliam com tais definições de famílias, contudo nos próximos subcapítulos opta-se por trabalhar com as nomenclaturas de famílias usadas pela professora Maria Cláudia Crespo Brauner, em seu artigo: O Pluralismo no Direito de Família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. Trazidos do livro de Adalgisa Wiedemann Chaves: Direitos fundamentais do Direito de Família.

2.2.1 Famílias do Casamento

A Igreja sagrou a união entre homem e mulher como sacramento indissolúvel e atribuiu-se a família um posto de reprodução, essa cultura de influência no Estado que levou o legislador no século passado a reconhecer esta forma matrimonial como única, até a entrada de nossa Constituição, o casamento era a exclusiva forma admitida de família em nossa sociedade.¹⁰⁴

Na visão de Arnaldo Rizzardo “de uma forma ou de outra, sempre existiu o casamento, desde os primórdios da vida humana. Como fato natural, a família precedeu o casamento, formada que foi pelo impulso biológico que originariamente uniam homem e mulher.”¹⁰⁵

Homem e mulher por livre e espontânea vontade e pelo reconhecimento do Estado constituem família ao se casarem, essa liberdade matrimonial é um direito fundamental, limitada por alguns impedimentos, como o incesto ou a bigamia. Mesmo tendo perdido a sua exclusividade em nosso ordenamento jurídico, o casamento continua sendo o modelo mais adotado nas relações familiares. A peculiaridade do casamento esta no fato da dependência de ato jurídico (manifestações e declarações de vontade sucessivas) e oficialidade de atos estatais, que se diferencia das outras entidades familiares onde a prova destas resulta nos fatos e não em atos.¹⁰⁶

O casamento resulta na relação consagrada pela Igreja aos olhos e tutela do Estado, que com o passar do tempo e evolução da nossa cultura, a união estável foi colocada constitucionalmente lado a lado da família do casamento e dispensada algumas formas postas ao casamento.¹⁰⁷

Com a pluralidade de formas de estabelecer famílias, o casamento têm ao seu redor uma revalorização, fundamentado na igualdade conjugal e, claro, na importância dos laços afetivos que unem o casal e futuramente, se for a vontade do casal, seus filhos.¹⁰⁸

¹⁰⁴ DIAS, 2009a. p. 44, 45.

¹⁰⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 17

¹⁰⁶ LÔBO, 2009. p. 76, 77

¹⁰⁷ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 7, 8.

¹⁰⁸ BRAUNER, 2004, p. 265.

2.2.2 Famílias de Uniões Estáveis

Nossa Constituição Federal eleva a união estável entre homem e mulher ao patamar de entidade familiar, ao abrigo do Estado, esta união em nosso imenso país e de traços marcantes de pobreza, assume abrangentes proporções, portanto “deixá-la marginalizada não se justificava”.¹⁰⁹

Para a configuração da união estável é necessário cumprir alguns requisitos para que seja formalmente reconhecida, deve ser pública, contínua e duradoura, sendo que, as partes tenham a intenção de formar um vínculo familiar e diante da complexidade de se reconhecer e dissolver esta união os magistrados levam em consideração também outras provas como as cartas, declarações, fotografias, depoimentos de testemunhas, para se traduzirem e ajudarem em suas convicções.¹¹⁰

Desfeita a união, por qualquer motivo, as repercussões que tangem aos bens, alimentos e filhos serão idênticas, com relação aos bens, utilizar-se-á o que foi estipulado no contrato de convivência (art. 1.725, CC),¹¹¹ se nada contratarem aplica-se aos companheiros as regras do regime de separação parcial de bens.¹¹²

Optando o casal pela união estável é importante a elaboração de uma escritura pública, para que em caso de rompimento não seja necessária aquela produção de provas, esta escritura pode ser feita após anos de convívio, ela é uma garantia para os companheiros, já que estamos falando em relações humanas e as mesmas estão sujeitas a qualquer tipo de acontecimento, inclusive a separação.¹¹³

A união estável, como modo que se alterna do casamento, ocupa hoje em dia um grande espaço das relações da sociedade brasileira, onde muitas pessoas têm a vontade de constituir uma família, mas, não tendo dinheiro para se casarem vivem em união estável ou

¹⁰⁹ WALD, 2009. p. 355, 356.

¹¹⁰ AMARAL, Sylvia Maria Mendonça do. **Normas da União Estável**. Revista Jurídica. Disponível em: <http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/51/normas-da-uniao-estavel-182560-1.asp>. Acesso em 20 de outubro de 2012.

¹¹¹ Artigo 1725, do Código Civil: Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens. BRASIL, 2002. Paginação indeterminada. Acesso em 10 de outubro de 2012.

¹¹² COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: família; sucessões**. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 142, 143.

¹¹³ AMARAL. Acesso em 20 de outubro de 2012.

simplesmente é uma escolha do casal viver deste modo tendo o afeto como elemento indispensável para sua constituição.¹¹⁴

Cabe aqui destacar a aplicação da tese da união estável putativa, de modo a exigir que a companheira demonstre boa-fé, ou seja, o não conhecimento da circunstância de casado de seu parceiro.¹¹⁵

2.2.3 Famílias de Uniões Estáveis Homoafetivas

A aceitação das uniões afetivas entre pessoas do mesmo gênero, importa em uma nova faceta ao conceito de cidadania, buscando-se o direito ao livre desenvolvimento da individualidade, as relações entre pessoas do mesmo gênero formam uma realidade reconhecida em diversos lugares. No Brasil notadamente os tribunais reconhecem esta união homoafetiva como entidade familiar atribuindo a esta entidade mesmos direitos e deveres conferidos aos cúmplices de gêneros diferentes.¹¹⁶

Maria Berenice Dias, salienta que:

Por absoluto preconceito, a Constituição emprestou, de modo expreso, juridicidade somente às uniões estáveis entre um homem e uma mulher, ainda que em nada se diferencie a convivência homossexual da união estável heterossexual. A nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto pode-se deixar de conferir *status* de família, merecedora da proteção do Estado, pois a Constituição (1º III) consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa humana.

Necessário é encarar a realidade sem discriminação, pois a homoafetividade não é uma doença nem uma opção livre. Assim, descabe estigmatizar a orientação homossexual de alguém, já que negar a realidade não irá solucionar as questões que emergem quando do rompimento dessas uniões. Não há como cancelar o enriquecimento injustificado e deferir, por exemplo, no caso de morte do parceiro, a herança aos familiares, em detrimento de quem dedicou a vida ao companheiro, ajudou a amealhar patrimônio e se vê sozinho e sem nada.¹¹⁷

O Direito não regula emoções, sentimentos e dores, mas regula as relações baseadas nestas esferas, o Direito de Família contemporâneo valoriza em primeiro lugar o afeto nas relações humanas, e esta relação de afeto, necessita ser acompanhada dos princípios

¹¹⁴ BRAUNER, 2004. p. 266.

¹¹⁵ LUZ, 2009. p. 129.

¹¹⁶ BRAUNER, 2004. p. 267 et seq.

¹¹⁷ DIAS, 2009a. p. 47.

fundamentais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade respeitando o modo de vida em que cada pessoa toma para si.¹¹⁸

2.2.4 Famílias Monoparentais

São famílias formadas pelo pai ou pela mãe e seus descendentes (mesmo que o outro genitor esteja vivo, falecido ou desconhecido), de modo geral as causas destas famílias se dão por mães ou pais solteiros e as causas ligadas a uma anterior separação (não necessariamente pelo casamento mas oriundas de interesses de vida em comum).¹¹⁹

É tutelada constitucionalmente, o censo demográfico brasileiro de 2000, em nossa sociedade, aponta para 26% das famílias são comandadas por apenas um dos pais. Quando os filhos atingem a maioridade, deixa-se de existir o poder familiar, ficando apenas as relações de parentesco, a família monoparental desaparece quando o filho constitui nova família ou pela morte do genitor.¹²⁰

Normalmente, como já citado essa relação ocorre após uma separação, divórcio ou viuvez, ou ainda, uma relação de maternidade celibatária, resultando em uma filiação biológica ou afetiva, no caso de adoção.¹²¹

Um fator que contribui para o aumento das famílias monoparentais é o fato da liberdade com que as pessoas constituem e desconstituam seus laços afetivos, sendo também identificados neste processo de contribuição para este tipo de família, o processo unilateral de adoção, a inseminação artificial (também a chamada inseminação *post mortem*), o reconhecimento constitucional da igualdade de filiação (filhos adotivos, naturais, incestuosos ou extraconjugais).¹²²

¹¹⁸ LEITE, Gisele; HEUSELER, Denise. **Considerações jurídicas sobre a união homoafetiva**. IBDfam (Instituto Brasileiro de Direito de Família) Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/853>. Acesso em 20/10/2012.

¹¹⁹ MADALENO, 2011. p. 9.

¹²⁰ LÔBO, 2009. p. 66 et seq.

¹²¹ BRAUNER, 2004. p. 271.

¹²² MADALENO, 2011. p. 29, 30.

2.2.5 Famílias Reconstituídas

Resulta na composição familiar originada no matrimônio ou união de fato de um casal, onde um ou ambos de seus membros têm filhos originados de um casamento ou relação afetiva anterior, provocados pelo divórcio, separação ou pelo recasamento, estas pessoas trazem para suas novas famílias os seus filhos e são caracterizadas pela composição complexa decorrente da multiplicidade de vínculos.¹²³

Maria Cláudia Crespo Brauner relata:

A inclusão destas novas deve ser buscada na tentativa de tutelar os direitos dos filhos afetivos, preexistentes às novas relações conjugais, fazendo-o necessário discutir as alternativas visando a garantir a solução dos conflitos que podem resultar dessas relações. Alguns destes problemas vinculam diretamente os interesses do filho, do pai ou mãe biológica, junto ao novo cônjuge ou companheiro, tanto durante a relação conjugal, quando após a ruptura desta união. [...]

As referidas famílias reconstituídas integram a variedade dos arranjos familiares, devendo receber amparo e proteção jurídica pelas circunstâncias peculiares que caracterizam sua constituição e, principalmente, pela oportunidade promissora para os filhos muitas vezes, esquecidos pelos pais biológicos, após as rupturas conjugais.¹²⁴

Após o divórcio, dois lares são formados, tendo ainda assim um sistema familiar onde há filhos envolvidos. A conclusão para isso pode ser simples, mesmo com o fim do casamento, as famílias como um todo, no entanto, não se desfazem, pois o laço da relação entre pais e filhos permanece, apesar das ligações resultantes da reconstituição de novas famílias que são trazidas a tona pelo recasamento.¹²⁵

Assim como as famílias reconstituídas, existem outros tipos de famílias, como aqui já citado, que podem ser reconhecidas outras já existentes ou que venham a existir em função da pluralidade de vínculos afetivos.

O reconhecimento pela Constituição Federal da pluralidade conforme visto, também foi discutido pela jurisprudência com especial destaque para o posicionamento assumido pelo Supremo Tribunal Federal que será tratado no próximo capítulo.

¹²³ DIAS, 2009a. p. 49,50.

¹²⁴ BRAUNER, 2004. p. 275.

¹²⁵ GIDDENS, 2005. p. 161.

No próximo capítulo vai ser objeto de verificação a ADPF 132 e a ADI 4277, ambas julgadas no mesmo dia no ano de 2011.

CAPÍTULO III - A PLURALIDADE DE FAMÍLIAS NA JURISPRUDÊNCIA DO STF: CONSIDERAÇÕES SOBRE O JULGAMENTO DA ADPF 132 E DA ADI 4277

3.1 BREVE RELATO DA ADPF 132 E ADI 4277

Este capítulo trata do reconhecimento da pluralidade das famílias na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, especialmente no julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277.

Primeiramente trata-se do julgamento da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, com pedido liminar, proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, de descumprimento resultante em dois pontos: O primeiro se refere à interpretação aos incisos II e V do art. 19¹²⁶ e incisos I a X do art. 33¹²⁷ do Decreto-Lei 220/1975, que disciplinam o Estatuto dos Servidores Civis do Estado do Rio de Janeiro, no entendimento em que se reduz direitos as pessoas homossexuais. O segundo ponto trata das decisões judiciais, tanto do Estado do Rio de Janeiro, como de todos os outros Estados da Federação, negando os mesmos direitos dados aos heterossexuais, em razão das uniões homoafetivas.¹²⁸

¹²⁶ BRASIL. Decreto-Lei 220 de 18 de julho de 1975. Paginação indeterminada. Acesso em 30 de outubro de 2012.

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;

¹²⁷ BRASIL. Decreto-Lei 220 de 18 de julho de 1975. 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.

Parágrafo único - A família do funcionário constitui-se dos dependentes que, necessária e comprovadamente, vivam a suas expensas.

¹²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132 e ADI 4277. Relator Ministro Ayres Britto, 5 de maio de 2011. p. 9, 10. Paginação indeterminada, acesso em 30 de outubro de 2012. Tendo em vista que tanto os votos como o relatório das decisões são exatamente os mesmos, optou-se por indicar a numeração de páginas referentes

O autor preceitua que são violados os princípios fundamentais da igualdade, da segurança jurídica, da liberdade e da dignidade da pessoa humana.¹²⁹

O requerente postula ao tratamento da analogia para equiparar as uniões estáveis homoafetivas em relação as uniões estáveis heterossexuais, partindo-se do pressuposto que elas tomem por regra a convivência contínua e pública e direcionada a formação de uma entidade familiar, incidindo então a modalidade posta no art. 1.723¹³⁰ do Código Civil.¹³¹

Caso não se admita o cabimento da ADPF, o autor requer pelo recebimento como ação direta de constitucionalidade (ADI), de modo a traduzir os artigos tanto do Decreto-Lei, quanto do art. 1.723 do Código Civil, a interpretação conforme a Carta Magna.¹³²

Em razão da regra da prevenção e do julgamento simultâneo de processos em que haja coincidência total ou parcial de objetos, a ADI 4277 proposta pela Procuradoria Geral da Republica, passa a ser analisada conjuntamente.

Já a ADI 4277 teve como objetivo de que se declare: que é obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo gênero, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; e que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendam-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo gênero, ou seja, mesmos fundamentos de pedidos da ADPF 132.¹³³

a ADPF 132, muito embora o conteúdo também encontre-se presente no texto do julgamento da ADI 4277 no mesmo teor.

¹²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132 e ADI 4277. Relator Ministro Ayres Britto, 5 de maio de 2011. p. 10. Paginação indeterminada, acesso em 30 de outubro de 2012

¹³⁰ BRASIL. Código Civil de 2002. Artigo 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. Paginação indeterminada, acesso em 30 de outubro de 2012

¹³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132 e ADI 4277. Relator Ministro Ayres Britto, 5 de maio de 2011. p. 12. Paginação indeterminada, acesso em 30 de outubro de 2012

¹³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132 e ADI 4277. Relator Ministro Ayres Britto, 5 de maio de 2011. p. 13. Paginação indeterminada, acesso em 30 de outubro de 2012

¹³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132 e ADI 4277. Relator Ministro Ayres Britto, 5 de maio de 2011. P. 16, 17. Paginação indeterminada, acesso em 30 de outubro de 2012

3.2 RAZÕES DO VOTO DO MINISTRO RELATOR AYRES BRITTO E DOS DEMAIS MINISTROS CONCORDES

Tendo em vista o julgamento conjunto das ações, foi relator de ambos os processos o Ministro Ayres Britto, que fez seu voto defendendo a igualdade de tratamento e o reconhecimento pela ordem constitucional das uniões estáveis homoafetivas como entidade familiar.

No voto o Ministro destaca a afetividade:

Verbete de que me valho no presente voto para dar conta, ora do enlace por amor, por afeto, por intenso carinho entre pessoas do mesmo sexo, ora da união erótica ou por atração física entre esses mesmos pares de seres humanos. União, aclare-se, com perdurabilidade o bastante para a constituição de um novo núcleo doméstico, tão socialmente ostensivo na sua existência quanto vocacionado para a expansão de suas fronteiras temporais. Logo, vínculo de caráter privado, mas sem o viés do propósito empresarial, econômico, ou, por qualquer forma, patrimonial, pois não se trata de u'a mera sociedade de fato ou interesseira parceria mercantil.

Trata-se, isto sim, de uma união essencialmente afetiva ou amorosa, a implicar um voluntário navegar emparceirado por um rio sem margens fixas e sem outra embocadura que não seja a confiante entrega de um coração aberto a outro. E não compreender isso talvez comprometa por modo irremediável a própria capacidade de interpretar os institutos jurídicos há pouco invocados, pois – é Platão quem o diz –, **“quem não começa pelo amor nunca saberá o que é filosofia”**. É a categoria do afeto como pré-condição do pensamento, o que levou Max Scheler a também ajuizar que **“O ser humano, antes de um ser pensante ou volitivo, é um ser amante”**.¹³⁴

A referência ao afeto é de extrema importância para o conceito de família e como para o caso em tela ao reconhecimento da homoafetividade como entidade familiar. O que interessa e o que vale na verdade é o sentimento de cada pessoa, esses laços afetivos derivam da convivência e do amor voltadas para as pessoas da relação, assim como no próximo argumento tratou da pluralidade:

E sendo assim a mais natural das coletividades humanas ou o apogeu da integração comunitária, a família teria mesmo que receber a mais dilatada conceituação jurídica e a mais extensa rede de proteção constitucional. Em rigor, uma palavra-gênero, insuscetível de antecipado fechamento conceitual das espécies em que pode culturalmente se desdobrar.

Daqui se desata a nítida compreensão de que a família é, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se, no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada. **O que a credencia como base**

¹³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132 e ADI 4277. Relator Ministro Ayres Britto, 5 de maio de 2011. p. 23. Paginação indeterminada, acesso em 1 de novembro de 2012.

da sociedade, pois também a sociedade se deseja assim estável, afetiva, solidária e espiritualmente estruturada (não sendo por outra razão que Rui Barbosa definia a família como “a Pátria amplificada”). Que termina sendo o alcance de uma forma superior de vida coletiva, porque especialmente inclinada para o crescimento espiritual dos respectivos integrantes.¹³⁵

Sabidamente o Ministro aborda a pluralidade de modo que se faz um rompimento com o que se tinha de valores no passado, com novos valores dos dias de hoje. O pluralismo da uma interpretação ampla do texto constitucional e uma nova concepção e proteção das famílias brasileiras.

Acompanharam integralmente o voto do Ministro Ayres Britto, os Ministros: Luiz Fux, Cármen Lucia, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e também o Ministro Celso de Mello.

Em seu voto, o Ministro Luiz Fux, destacou o princípio da igualdade a partir do seu reconhecimento pelas Declarações, Pactos e Tratados Internacionais:

A Constituição Federal brasileira, que é de uma beleza plástica ímpar, destaca no seu preâmbulo, como ideário da nossa nação, como promessa constitucional, que o Brasil, sob a inspiração de Deus, se propôs a erigir uma sociedade plural, uma sociedade justa, uma sociedade sem preconceitos, com extrema valorização da dignidade da pessoa humana. E para enfeixar esse conjunto de cláusulas pétreas, o artigo 5º dispõe que todos os homens são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza e nada mais faz do que especificar aquilo que consta em todas as declarações fundamentais dos direitos do homem - na Declaração da ONU, no nosso Pacto de São José da Costa Rica, na Declaração da África e de Madagascar, na Declaração dos Povos Muçulmanos -, todos os homens, seres humanos, são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.¹³⁶

Já a Ministra Cármen Lucia em seu voto apontou os princípios da liberdade, da intimidade, da igualdade e da proibição da discriminação para reconhecer a união estável de pessoas do mesmo gênero como entidade familiar:

O que se enfatiza, na multiplicidade de peças que compõem os autos, a partir da petição inicial, é que a união entre pessoas do mesmo sexo haveria de ser respeitada e assegurada pelo Estado, com base na norma para a qual se pede a interpretação conforme à Constituição, ao argumento de que definir a união estável entre homem e mulher e excluir outras opções contrariaria preceitos constitucionais fundamentais, como os princípios da liberdade, da intimidade, da igualdade e da proibição de discriminação.

¹³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132 e ADI 4277. Relator Ministro Ayres Britto, 5 de maio de 2011. p. 39, 40. Paginação indeterminada, acesso em 1 de novembro de 2012.

¹³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132 e ADI 4277. Relator Ministro Ayres Britto, 5 de maio de 2011. p. 78, 79. Acesso em 1 de novembro de 2012.

Pede-se seja obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da legitimidade da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher e que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendam-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.¹³⁷

Nesse mesmo sentido, o Ministro Joaquim Barbosa destacou também o princípio da igualdade e a proibição da discriminação:

Comungo do entendimento do relator, em seu brilhante voto, de que a Constituição Federal de 1988 prima pela proteção dos direitos fundamentais e deu acolhida generosa ao princípio da vedação de todo tipo de discriminação. São inúmeros os dispositivos constitucionais que afirmam e reafirmam o princípio da igualdade e da vedação da discriminação, como todos sabemos. Como já tive oportunidade de mencionar, a Constituição Federal de 1988 fez uma clara opção pela igualdade material ou substantiva, assumindo o compromisso de extinguir ou, pelo menos, de mitigar o peso das desigualdades sociais, das desigualdades fundadas no preconceito, estabelecendo de forma cristalina o objetivo de promover a justiça social e a igualdade de tratamento entre os cidadãos. Este é, a meu ver, o sentido claramente concebido no art. 3º da Constituição, quando inclui dentre os objetivos fundamentais da República promover o bem de todos, sem preconceitos de raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação.¹³⁸

Segundo o Ministro Marco Aurélio, o pluralismo das formas de famílias foi reconhecido pela Constituição Federal, citando o jurista Gustavo Tepedino como fundamento de seu voto:

O processo evolutivo encontrou ápice na promulgação da Carta de 1988. O Diploma é o marco divisor: antes dele, família era só a matrimonial, com ele, veio a democratização – o reconhecimento jurídico de outras formas familiares.

Segundo Gustavo Tepedino: “A Constituição da República traduziu a nova tábula de valores da sociedade, estabeleceu os princípios fundamentais do ordenamento jurídico e, no que concerne às relações familiares, alterou radicalmente os paradigmas hermenêuticos para a compreensão dos modelos de convivência e para a solução dos conflitos intersubjetivos na esfera da família” (“A legitimidade constitucional das famílias formadas por uniões de pessoa do mesmo sexo”, *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, números 22 e 23, p. 91). Maria Berenice Dias afirma que “agora não se exige mais a tríplice identidade: família-sexo-procriação” (*União homoafetiva*, 2009, p. 178). É inegável: ela tem razão.¹³⁹

¹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132 e ADI 4277. Relator Ministro Ayres Britto, 5 de maio de 2011. p. 89. Acesso em 1 de novembro de 2012.

¹³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132 e ADI 4277. Relator Ministro Ayres Britto, 5 de maio de 2011. p. 119.

¹³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132 e ADI 4277. Relator Ministro Ayres Britto, 5 de maio de 2011. p. 207. Acesso em 1 de novembro de 2012

Por fim, o Ministro Celso de Mello destacou os valores da igualdade, da tolerância e da liberdade, sendo necessário remover obstáculos ao reconhecimento das uniões homoafetivas:

Busca-se, com o acolhimento da postulação deduzida pelo autor, **a consecução** de um fim revestido **de plena** legitimidade jurídica, política e social, que, *longe de dividir* pessoas, grupos e instituições, **estimula** a união **de toda** a sociedade **em torno** de um objetivo comum, **pois decisões** – *como esta que ora é proferida* pelo Supremo Tribunal Federal – **que põem termo a injustas divisões**, fundadas em preconceitos inaceitáveis e **que não mais resistem** ao espírito do tempo, **possuem a virtude** de congregar aqueles **que reverenciam** os valores da igualdade, da tolerância e da liberdade.

Esta decisão – *que torna efetivo* o princípio da igualdade, *que assegura respeito* à liberdade pessoal e à autonomia individual, *que confere primazia* à dignidade da pessoa humana e **que, rompendo** paradigmas históricos e culturais, *remove obstáculos* que, *até agora, inviabilizavam* a busca da felicidade **por parte** de homossexuais **vítimas** de tratamento discriminatório – *não é nem pode ser* qualificada como decisão proferida contra alguém, **da mesma forma** que não pode ser considerada um julgamento a favor **de apenas** alguns.¹⁴⁰

3.3 POSIÇÕES DIVERGENTES LATERAIS

Ainda que a decisão tenha sido unânime, três Ministros tiveram posicionamentos diferentes ao relator, quais sejam: Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso.

Para o Ministro Gilmar Mendes:

Vossa Excelência me permite um aparte? Desde o começo, eu fiquei preocupado com essa disposição e cheguei até comentar com o Ministro Ayres Britto, tendo em vista, como amplamente confirmado, que o texto reproduz, em linhas básicas, aquilo que consta do texto constitucional; o texto da lei civil reproduz aquilo que consta do texto constitucional. E, de alguma forma, a meu ver, eu cheguei a pensar que era um tipo de construto meramente intelectual-processual, que levava os autores a propor a ação, uma vez que o texto, em princípio, reproduzindo a Constituição, não comportaria esse modelo de interpretação conforme. Ele não se destinava a disciplinar outra instituição que não fosse a união estável entre homem e mulher, na linha do que estava no texto constitucional. Daí não ter polissemia, daí não ter outro entendimento que não aquele constante do texto constitucional.

Talvez o único argumento que possa justificar a tese da interpretação conforme – isso foi lançado da tribuna, com exemplos – é que, quando se invoca a possibilidade de se ter a união estável entre homem ou entre pessoas do mesmo sexo, invoca-se esse dispositivo como óbice, como proibição.

¹⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132 e ADI 4277. Relator Ministro Ayres Britto, 5 de maio de 2011. p. 228. Acesso em 1 de novembro de 2012

É preciso, talvez, que nós deixemos essa questão de forma muito clara porque isso terá implicações neste e em outros casos quanto à utilização e, eventualmente, à manipulação da interpretação conforme, que se trata inclusive de uma interpretação conforme com muita peculiaridade, porque o texto é quase um decalque da norma constitucional e, portanto, não há nenhuma dúvida quanto àquilo que o legislador quis dizer, na linha daquilo que tinha positivado o constituinte.¹⁴¹

O Ministro Ricardo Lewandowski entende que:

Assim, segundo penso, não há como enquadrar a união entre pessoas do mesmo sexo em nenhuma dessas espécies de família, quer naquela constituída pelo casamento, quer na união estável, estabelecida a partir da relação entre um homem e uma mulher, quer, ainda, na monoparental. Esta, relembro, como decorre de expressa disposição constitucional, corresponde à que é formada por qualquer dos pais e seus descendentes.¹⁴²

Na mesma seara, o Ministro Cezar Peluso:

...a segunda consequência é que, na disciplina dessa entidade familiar reconhecível à vista de uma interpretação sistemática das normas constitucionais, não se pode deixar de reconhecer - e este é o meu fundamento, a cujo respeito eu peço vênias para divergir da posição do ilustre Relator e de outros que o acompanharam nesse passo - que há uma lacuna normativa, a qual precisa de ser preenchida. E se deve preenchê-la, segundo as regras tradicionais, pela aplicação da analogia, diante, basicamente, da similitude - não da igualdade -, da similitude factual entre ambas as entidades de que cogitamos: a união estável entre o homem e a mulher e a união entre pessoas do mesmo sexo. E essa similitude entre ambas situações é que me autoriza dizer que a lacuna consequente tem que ser preenchida por algumas normas.¹⁴³

Os citados Ministros convergiram no entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas famílias constitucionalizadas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo gênero como uma nova forma de entidade familiar.

A breve análise do julgamento do STF mostra o quanto o Direito das Famílias está evoluindo, passa-se de uma experiência de muitos anos de preconceito, para agora ser reconhecida a união homoafetiva como entidade familiar na sociedade brasileira.

¹⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132 e ADI 4277. Relator Ministro Ayres Britto, 5 de maio de 2011. p. 98. Paginação indeterminada, acesso em 1 de novembro de 2012.

¹⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132 e ADI 4277. Relator Ministro Ayres Britto, 5 de maio de 2011. p. 103, 104. Paginação indeterminada, acesso em 1 de novembro de 2012.

¹⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132 e ADI 4277. Relator Ministro Ayres Britto, 5 de maio de 2011. p. 267. Paginação indeterminada, acesso em 1 de novembro de 2012.

Assim, pode-se ver no voto dos Ministros da Corte que o reconhecimento da pluralidade dos vínculos afetivos está ligado e decorre do respeito ao princípio da igualdade e a impossibilidade de discriminação, apesar da divergência lateral do voto de alguns Ministros.

CONCLUSÃO

Após a leitura do histórico e desenvolvimento das famílias, resta evidenciado que aquela família patrimonial, voltada para o casamento, saiu do primeiro plano e agora cede lugar as famílias afetivas, ou seja, a família voltada ao respeito mútuo, baseada no amor entre seus entes, com respaldo jurídico e interpretação dada pela Constituição Federal de 1988.

Deve-se lutar não pela simples aceitação de famílias de diferentes formas, e sim pela regulamentação de todas as famílias existentes, para que os seus direitos de cidadãos sejam respeitados como os da família tradicional.

O preconceito existe, tanto quando vemos uma mãe solteira com seu(s) filho(s), ou quando vemos um casal homossexual de mãos dadas. A palavra preconceito vem de um “pré” conceito formado sobre algo desconhecido, se não conhecemos, já rejeitamos, ou desprezamos o desconhecido, fingimos não ver, ou simplesmente ignoramos o fato de serem seres humanos com direitos iguais, porém com opções sexuais, ou de vida diferentes umas das outras.

Deve-se respeitar e principalmente, lutar pela regulamentação dessas novas formas de famílias, pois este é o futuro, a diversificação, o conhecimento, a tecnologia, faz com que as pessoas descubram novas opções de vida, novas formas de buscar a felicidade.

Nesse contexto se insere o reconhecimento da afetividade como base de formação dos laços familiares. O sentimento de afeto mútuo passa a ser reconhecido pelo Direito como a base de desenvolvimento das famílias.

Mas não há um único afeto. Não existe uma única forma de sentimento de afetividade e nem uma fórmula ou receita. Assim, apesar do preconceito que existe na sociedade, a Constituição Federal reconheceu a pluralidade das entidades familiares. Não houve limitação na formação de família do casamento entre homem e mulher. Novas formas de família são reconhecidas juridicamente.

Por fim, se o Direito através da Constituição Federal de 1988 reconhecer a pluralidade das famílias, também obrigou a dar a todas elas um tratamento igualitário, é o Princípio da Igualdade, não apenas formal ou da lei, mas igualdade material, de tratamento, de direitos.

Nesse sentido, coube um destaque todo especial ao julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, na ADPF 132 e na ADI 4277, que reconheceu como entidade familiar a união estável entre pessoas de mesmo gênero.

A decisão do STF que reconheceu às uniões estáveis os mesmos direitos, atribuindo a proteção constitucional de família, baseou-se na pluralidade dos vínculos afetivos e no princípio da igualdade como marcos da nova ordem no Direito das Famílias no Brasil

REFERÊNCIAS

AMARAL, Sylvia Maria Mendonça do. **Normas da União Estável**. Revista Jurídica. Disponível em: <http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/51/normas-da-uniao-estavel-182560-1.asp>. Acesso em 20 de outubro de 2012.

ARIÈS, Philippe. **História Social da Criança e da Família**. 2 ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981.
BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 2.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20 ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BRASIL, **Código Civil de 2002**, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Paginação indeterminada. Acesso em 2 de outubro de 2012.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 6 de outubro de 1988. Paginação indeterminada. Acesso em 19 de setembro de 2012.

_____. **Decreto-Lei 220** de 18 de julho de 1975. Paginação indeterminada. Acesso em 30 de outubro de 2012

_____. **Projeto de Lei nº 2.285** de 25 de outubro de 2007. Dispõe sobre o Estatuto das Famílias. Paginação indeterminada. Acesso em 2 de outubro de 2012.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. ADPF 132. Relator Ministro Ayres Britto, 5 de maio de 2011. Paginação indeterminada. Acesso em

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. O Pluralismo no Direito de Família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. In: CHAVES, Adalgisa Wiedemann (coord). **Direitos fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

CAMPOS, Andrea Almeida. **A mulher sob o casamento. Fidelidade e débito conjugal**: uma abordagem jus-histórica. IBDfam (Instituto Brasileiro de Direito de Família). Disponível em : <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=568>. Acesso em 29 de abril de 2012.

CARDOSO, Simone Tassinari. Do Contrato Parental à Socioafetividade. In: ARONNE, Ricardo (org.). **Estudos de Direito Civil-Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: família; sucessões.** 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano: O Direito Romano e o Direito Civil Brasileiro no Novo Código Civil.** 31 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre família, sucessões e o no Código Civil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 5 ed. rev. atual.e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: O Preconceito e a Justiça.** 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: O Preconceito e a Justiça.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

DONADEL, Adriane. Efeitos da constitucionalização do Direito Civil no Direito de Família. In: PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ Daniel (org.). **Tendências Constitucionais no Direito de Família.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ESTROUGO, Mônica Guazzelli. O Princípio da Igualdade Aplicado à Família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (coord.). **Direitos Fundamentais do Direito de Família.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito.** 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família. As Famílias em Perspectiva Constitucional.** 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 6.

GERMANO, Luiz Paulo Rosek. Deveres constitucionais da família frente ao Estado. In: PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ Daniel (org.). **Tendências Constitucionais no Direito de Família.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia.** 4 ed. Porto Alegre: Artmed, 2005.

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

LEITE, Gisele; HEUSELER, Denise. **Considerações jurídicas sobre a união homoafetiva.** IBDFam (Instituto Brasileiro de Direito de Família)Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/853>. Acesso em 20/10/2012.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio jurídico da afetividade na filiação.** Jus Navigandi. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>. Acesso em 23 de setembro de 2012.

- LUZ, Valdemar P. da. **Manual de Direito de Família**. 1 ed. Barueri: Manole, 2009.
- MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). “Novas” Entidades Familiares. In. **A Construção dos Novos Direitos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3 ed. atual. 13ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de Família: Direito Matrimonial**. Porto Alegre: Safe. 1990.
- OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- PENA JUNIOR, Moacir César. **Direito das pessoas e das famílias: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- PERROT, Michele. O Nó e o Ninho. **Veja 25 anos: reflexões para o futuro**. São Paulo: Abril, p. 75-81, 1993.
- PIOVESAN, Flávia. Ações Afirmativas no Brasil: Desafios e perspectivas. In. MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **A Construção dos Novos Direitos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- RODRIGUES, Celso. A Construção do Indivíduo e o Direito Moderno. In. SILVA FILHO, José Carlos Moreira; PEZZELLA, Maria Cristina Cereser (coords.). **Mitos e Rupturas no Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- ROSALICE, Fidalgo Pinheiro. Planejamento familiar e condição feminina. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). **A Construção dos Novos Direitos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.
- SANTOS, Larissa Linhares Vilas Boas. **O Princípio da Igualdade**. Âmbito Jurídico. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7039. Acesso em 27 de outubro de 2012.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **Amor e Família Homossexual: o fim da invisibilidade através da decisão do STF**. IBDFam (Instituto Brasileiro de Direito de Família). Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=727>. Acesso em 2 de junho de 2011.
- SILVEIRA, Luciano Cardoso. **As relações afetivas e os seus efeitos na área judicial, notarial e registral**. Porto Alegre: Idéia Impressa, 2004.

SIMÔES, Thiago Felipe Vargas. **A família afetiva – O afeto como formador de família.** IBDFam (Instituto Brasileiro de Direito de Família).Disponível em:<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=336> Acesso em 1 de junho de 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Novas Configurações Familiares.** IBDFam (Instituto Brasileiro de Direito de Família).Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=332>. Acesso em 2 de junho de 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família.** 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. v.6. (Coleção direito civil).

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família.** 11 ed. São Paulo: Atlas, 2011. v.6. (Coleção direito civil).

WALD, Arnaldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.** 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

WALD, Arnaldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro: O Novo Direito de Família.** 15 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

WALD, Arnaldo. **Direito Civil: Direito de Família.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

WOLKMER, Antonio Carlos. **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas.** São Paulo: Saraiva. 2003.

ANEXO A – EMENTA DA ADPF 132

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 ESTABELEECER 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-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “*do regime e dos princípios por ela adotados*”, *verbis*: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

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

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

ANEXO B – EMENTA DA ADI 4277

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-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem *“do regime e dos princípios por ela adotados”*, verbis: *“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”*.

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

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.