



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS  
CAMPUS DE JACAREZINHO - PR  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA**

---

**ELISÂNGELA PADILHA**

**NOVAS ESTRUTURAS FAMILIARES: POR UMA INTERVENÇÃO  
MÍNIMA DO ESTADO**

**JACAREZINHO – PR  
2017**



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS  
CAMPUS DE JACAREZINHO - PR  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA**

---

**ELISÂNGELA PADILHA**

**NOVAS ESTRUTURAS FAMILIARES: POR UMA INTERVENÇÃO  
MÍNIMA DO ESTADO**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em  
Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do  
Paraná, como requisito parcial de conclusão de curso.  
Orientadora: Professora Dra. Carla Bertoncini.

**JACAREZINHO – PR  
2017**



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS  
CAMPUS DE JACAREZINHO - PR  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA**

---

**ELISÂNGELA PADILHA**

**NOVAS ESTRUTURAS FAMILIARES: POR UMA INTERVENÇÃO  
MÍNIMA DO ESTADO**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em  
Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do  
Paraná, como requisito parcial de conclusão de curso.  
Orientadora: Professora Dra. Carla Bertoncini.

COMISSÃO EXAMINADORA:

---

DRA. CARLA BERTONCINI – UENP

---

DRA. REGINA VERA VILLAS BÔAS – PUC/SP

---

DR. RENATO BERNARDI – UENP

Jacarezinho, 10 de março de 2017.

Se todos fossem iguais a você  
Que maravilha viver!  
Uma canção pelo ar,  
Uma mulher a cantar,  
Uma cidade a cantar, a sorrir, a cantar, a pedir  
A beleza de amar  
Como o sol, como a flor, como a luz  
Amar sem mentir, nem sofrer  
(Se todos fossem iguais a você – composição  
de Tom Jobim e Vinicius de Moraes).

## DEDICATÓRIA

Dedico este estudo aos meus pais Milton (*in memorian*) e Maria, que com muita dignidade me ensinaram sobre a importância de uma família estruturada.

À minha irmã Elaine, e cunhado Elias, pelo estímulo, e por trazerem à vida minha adorada sobrinha Nicolý, que é minha fonte de inspiração.

Ao meu namorado Luiz Fernando, aquele que sempre me apoiou de forma incondicional em todos os momentos, sobretudo nos de insegurança, bastante comuns para quem tenta percorrer novos caminhos.

Aos meus alunos das Faculdades Integradas de Ourinhos (FIO – SP), por me acompanharem nesta difícil trajetória e por acreditarem que eu seria capaz de concluir este processo.

Por fim, dedico o presente estudo a todos aqueles que, como eu, ainda acreditam na família, independente de seu formato.

## AGRADECIMENTOS

À professora Dra. Carla Bertoncini, minha orientadora e aquela que me ensinou as primeiras lições de Direito Civil, o meu profundo agradecimento por toda dedicação, incentivo, generosa disponibilidade, paciência e, especialmente, pela amizade.

Ao professor Dr. Fernando de Brito Alves, Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP, o meu reconhecimento pela oportunidade de realizar este trabalho, pessoa por quem nutro profundo respeito e admiração.

Ao professor Dr. Maurício Gonçalves Saliba, pela valiosa contribuição na elaboração do projeto de pesquisa, reflexões propostas e indicação de textos que foram fundamentais para a conclusão do presente estudo.

A todos os demais professores do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP, pela magnitude das contribuições individuais oferecidas no decorrer dos estudos.

PADILHA, Elisângela. **Novas estruturas familiares**: por uma intervenção mínima do Estado. 2017. Dissertação de Mestrado – Programa de Mestrado em Ciência Jurídica – Universidade Estadual do Norte do Paraná.

## RESUMO

A família hodierna mudou, apresenta-se complexa e intrincada, pois apresenta traços que vão além de um mero agrupamento humano. Aquela estrutura rígida da família se alterou paulatinamente, alcançou novas formas antes inconcebíveis. Em uma sociedade intrincada, desigual e polissêmica, quais são os limites do Estado para oferecer respostas, propor novos caminhos e proporcionar a efetivação de direitos básicos nas relações familiares? Qual é, enfim, o papel do Estado acerca dessa nova realidade marcada pelo pluralismo de relações familiares, que, apesar de fugirem do normatizável, nem por isso desmerecem a integral e efetiva proteção estatal? Nesse sentido, este trabalho teve por finalidade investigar o dever de o Estado reconhecer que essas novas estruturas familiares são compatíveis com a proteção constitucional, dela extraindo-se a sua tutela. Também se teve por objetivo realizar uma abordagem histórica e legislativa da família. Ainda foram relatadas as novas formas de constituição familiar na contemporaneidade e qual o conceito de família estruturada. Por fim, foi imprescindível a análise das principais decisões judiciais acerca do tema sob exame. Para se alcançar o objetivo de trabalhar as questões aqui mencionadas, foi utilizada como procedimento metodológico a análise de artigos e livros, dados dos Censos, bem como a legislação e a jurisprudência acerca do tema. A conclusão extraída do presente estudo é que a intervenção estatal no espaço familiar, espaço este destinado ao desenvolvimento da personalidade de seus entes, deve ser sempre uma exceção. O Estado deve intervir para reconhecer liberdades e ampliar a proteção, jamais para restringir direitos.

**PALAVRAS-CHAVES:** afetividade; autonomia privada; dignidade da pessoa humana; família; intervenção estatal.

PADILHA, Elisângela. **Novas estruturas familiares: por uma intervenção mínima do Estado.** 2017. Dissertação de Mestrado – Programa de Mestrado em Ciência Jurídica – Universidade Estadual do Norte do Paraná.

### **ABSTRACT**

The modern family has changed, presents itself complex and intricate, since it has traits that go beyond a mere human grouping. That rigid structure of the family was gradually altered, reached new forms previously inconceivable. In an intricate, unequal and polysemic society, what are the limits of the State to offer answers, to propose new ways and to provide basic rights in family relations? What, in the end, is the role of the State in relation to this new reality marked by the pluralism of family relations, which, despite escaping from the normative law, do not detract from the integral and effective state protection? In this sense, this work had the purpose of investigating the duty of the State to recognize that these new family structures are compatible with the constitutional protection, from which it extracting its protection. It was also aimed at a historical and legislative approach to the family. The new forms of family constitution in the contemporaneity and what the concept of a structured family have been reported. Finally, it was essential to analyze the main judicial decisions on the subject under review. In order to achieve the objective of working on the issues mentioned here, the methodological procedure used was the analysis of scientific articles and books, data from the Censuses, as well as legislation and jurisprudence on the subject. The conclusion drawn from the present study is that state intervention in the family space, a space destined to the development of the personality of its beings, must always be an exception. The State must to intervene to recognize freedoms and to extend protection, never to restrict rights.

**KEYWORDS:** affectivity; Private autonomy; dignity of human person; family; State intervention.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA E JURÍDICA DA FAMÍLIA NO BRASIL.....	13
1.1 A família e as Constituições Brasileiras.....	19
1.1.1 Norma constitucional de inclusão.....	23
1.2 A família no Código Civil Brasileiro.....	29
2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS À FAMÍLIA.....	31
2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	32
2.1.1 Conceito de dignidade da pessoa humana.....	32
2.1.2 A dimensão ontológica da dignidade da pessoa humana.....	34
2.1.3 A dimensão cultural da dignidade da pessoa humana.....	36
2.1.4 A dimensão processual da dignidade da pessoa humana.....	39
2.1.5 A relação entre dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.....	43
2.1.6 A dignidade humana na teoria de Robert Alexy.....	45
2.1.7 O caráter relativo da dignidade da pessoa humana.....	47
2.1.8. Dignidade, direitos humanos e inclusão social.....	52
2.2. Princípio da autonomia e da menor intervenção estatal.....	53
2.2.1 Direito de família: Direito Público ou Privado?.....	53
2.2.2 Dicotomia: Direito Público e Direito Privado.....	55
2.2.2.1 A prevalência do Privado sobre o Público.....	56
2.2.2.2 A prevalência do Público sobre o Privado.....	58
2.2.2.3 A relativização da distinção entre Direito Público e Direito Privado.....	58
2.2.2.4 A constitucionalização do Direito Privado no Brasil.....	59
2.2.3 A aplicação do princípio da mínima intervenção do Estado.....	62
2.3 Princípio da afetividade.....	66
2.4 Princípio da pluralidade das formas de família.....	69
2.5 Princípio da monogamia.....	72
2.6 Princípio da solidariedade.....	78
2.7 Princípio da igualdade.....	82

2.8 Princípio do melhor interesse da criança/adolescente.....	86
2.9 Princípio da responsabilidade.....	90
2.9.1 Princípio da paternidade responsável.....	91
<b>3 NOVAS ESTRUTURAS FAMILIARES.....</b>	<b>94</b>
3.1 Famílias reconstituídas.....	98
3.1.1 Alteração do nome de família.....	103
3.2 Família parental.....	105
3.2.1 Família monoparental.....	106
3.2.2 Família anaparental.....	106
3.2.3 Família multiparental (ou pluriparental).....	107
3.3 Família binuclear.....	109
3.4 Família homoafetiva (ou isossexual).....	109
3.5 Família socioafetiva.....	113
3.6 Família ectogénica.....	115
3.7 Família unipessoal (ou single).....	116
3.8 Família fissional.....	117
3.9 Família poliafetiva (ou poliamorismo).....	118
3.10 Famílias simultâneas (ou paralelas).....	122
3.11 Famílias mútuas.....	124
3.12 Família substituta.....	126
<b>4. RECONHECIMENTO DAS NOVAS ESTRUTURAS FAMILIARES.....</b>	<b>127</b>
4.1 Reconhecimento da diversidade e democratização da intimidade.....	127
4.2 A intervenção do Estado nas relações familiares.....	130
4.3 Ativismo judicial e judicialização nas relações familiares.....	134
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>141</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>143</b>

## INTRODUÇÃO

*Amar alguém só pode fazer bem  
Não há como fazer mal a ninguém  
Mesmo quando existe um outro alguém  
Mesmo quando isso não convém*

*Amar alguém e outro alguém também  
É coisa que acontece sem razão  
Embora soma, causa e divisão  
Amar alguém só pode fazer bem*

*Amar alguém não tem explicação  
Não há como conter o furacão  
Amores vão embora  
Amores vêm  
Não se decide amar e nem a quem  
Amar alguém só pode fazer bem  
Seja só uma pessoa ou um harém  
Se não existe algoz e nem refém  
Amar alguém e outro alguém também  
(Amar alguém – Letra e música de  
Marisa Monte).*

À família sempre competiu um papel fundamental na vida do ser humano, representando o modo pelo qual este se relacionava com o meio em que vivia. No entanto, no decorrer de cada conjuntura histórica, a organização sociofamiliar foi sendo moldada e adaptada em conformidade com os interesses políticos, econômicos, religiosos e culturais dominantes. De tal modo que, ao fenômeno familiar, implica reconhecer um constante processo de mutação e evolução, eis que influenciado por valores dos mais variados decorrentes de circunstâncias de uma determinada época e espaço.

Sendo assim, a família hodierna mudou, apresenta-se complexa e intrincada, pois apresenta traços que vão além de um mero agrupamento humano. Aquela estrutura rígida da família se alterou paulatinamente, alcançou novas formas antes inconcebíveis. A família casamentária e decorrente unicamente dos laços sagrados do matrimônio passou a coexistir com diversas estruturas familiares, tais como a família monoparental, pluriparental, homoafetiva, poliafetiva, a reconstituída, a união estável, enfim, a lista dos múltiplos arranjos familiares é extensa.

Logo, torna-se imprescindível repensar a família, não como um exercício puramente abstrato; mas é necessário, sobretudo, nutrir-se de várias maneiras de

reconhecer a realidade das famílias contemporâneas, em uma conjuntura macrossocial, em que a família é considerada também como produtora de cultura.

Nesse contexto, a pergunta que se faz é: em uma sociedade intrincada, desigual e polissêmica, quais são os limites do Estado para oferecer respostas, propor novos caminhos e proporcionar a efetivação de direitos básicos nas relações familiares? Qual é, enfim, o papel do Estado acerca dessa nova realidade marcada pelo pluralismo de relações familiares, que, apesar de fugirem do normatizável, nem por isso desmerecem a integral e efetiva proteção estatal?

De tal modo, o objetivo do presente estudo foi o de analisar o dever de o Estado de reconhecer que essas novas estruturas familiares são compatíveis com a proteção constitucional, dela extraindo-se a sua tutela. Também se teve por objetivo realizar uma abordagem histórica e legislativa da família, desde a antiguidade até os dias atuais, na qual a família é identificada por laços de afetividade, respeito e solidariedade. Ainda foram relatadas as novas formas de constituição familiar na contemporaneidade e qual o conceito de família estruturada. Por fim, foi imprescindível a análise das principais decisões judiciais acerca do tema sob exame.

Apesar das inúmeras modificações e do nítido avanço obtidos, especialmente, com a Constituição Federal de 1988, o fato é que as dificuldades, o preconceito e a intolerância em acolher as diversas formações familiares ainda persistem. Valores constitucionais, tais como a igualdade, a liberdade e a dignidade da pessoa humana não são respeitados, o que enseja em marginalização desses grupos na sociedade.

Portanto, entender o processo de evolução da família, especialmente os seus conceitos, é entender a mudança dos paradigmas sociais contemporâneos e as causas de suas pretensões resistidas no direito de família atual. Nesse sentido, a realização da pesquisa é de fundamental importância para esse debate sobre a família brasileira, pois contribuirá para os ulteriores desdobramentos, diante da necessidade de se regular e proteger esses novos arranjos familiares e os protagonistas da vida familiar. É preciso, enfim, abandonar as visões tradicionais, romper definitivamente com as velhas concepções e, por meio de uma abordagem diferenciada que ultrapasse os limites disciplinares dos códigos e instituições, lançar novos olhares sobre a família, bem como reinterpretar as normas acerca do tema, a fim de se proteger e promover os valores constitucionais, tais como a liberdade e a dignidade da pessoa humana.

Por certo que, no presente estudo, não se teve como pretensão apresentar respostas prontas e acabadas, mas tão somente propor algumas reflexões e contribuir

para o debate sobre como conduzir melhor os desafios que nascem a partir dessas novas estruturas familiares, sempre sob o aspecto da dignidade.

Por fim, com o objetivo de trabalhar as questões aqui mencionadas, foi utilizada como procedimento metodológico a análise de artigos e livros, dados dos Censos, bem como a legislação e a jurisprudência acerca do tema.

## 1. BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA E JURÍDICA DA FAMÍLIA NO BRASIL

*Eu sei que vou te amar  
Por toda a minha vida eu vou te  
amar  
Em cada despedida eu vou te amar  
Desesperadamente  
Eu sei que vou te amar*

*E cada verso meu será pra te dizer  
Que eu sei que vou te amar  
Por toda a minha vida*

*Eu Sei que vou chorar  
A cada ausência tua eu vou  
chorar,  
Mas cada volta Tua há de apagar  
O que essa ausência tua me  
causou*

*Eu sei que vou sofrer  
A eterna desventura de viver a  
espera  
De viver ao lado teu  
Por Toda a minha vida.  
(Antônio Carlos Jobim/Vinícius De  
Moraes)*

À família sempre coube um papel essencial na vida do ser humano, representando o modo pelo qual este se relacionava com o meio em que vivia. Por isso, é preciso fazer alguns resgates históricos. Não é possível edificar um estudo sobre a família com os olhos vendados para o passado. Tentar compreender a família apenas sob um ângulo de observação, isolado dos mais variados campos do conhecimento, é enxergá-la de forma míope, superficial, desvirtuada de sua real feição. Sem dúvida, torna-se necessária a compreensão da dinâmica e complexidade das modificações sociais perpetradas pelo avanço tecnológico, científico e cultural a fim de abrir espaço para esses novos arranjos familiares suscetíveis às influências da nova sociedade.

Nesse passo, ressalte-se a introdução e a interferência do discurso psicanalítico ao pensamento jurídico, pois trouxe a compreensão de que o sujeito de direito é também um *sujeito de desejo*, que pode tomar as rédeas de seu destino e ser senhor de si. Essa noção de sujeito influi especialmente no Direito de Família, porquanto é na família, ou por meio dela, que um humano pode tornar-se sujeito e humanizar-se. Cada pessoa pode

viver conforme suas tendências, vocações e opções. Rodrigo da Cunha Pereira comenta sobre o tema:

Foi o discurso psicanalítico que introduziu na ciência jurídica uma nova noção de relação conjugal. A consideração do sujeito de desejo fez despertar uma nova consciência sob a não-obrigatoriedade dos vínculos conjugais. Podemos dizer, inclusive, que essa nova consciência teve como consequência o surgimento das leis de divórcio nos países do mundo ocidental. O discurso psicanalítico introduziu também uma outra noção de sexualidade. Compreendeu-se que ela é muito mais da ordem do desejo que da genitalidade. É aí que se começa a valorizar os vínculos conjugais sustentados no amor e no afeto. Podemos dizer, então, que esse novo discurso sobre a sexualidade, introduzido por Freud, revalorizou o amor e o afeto. Na esteira dessa evolução e compreensão é que o Direito de Família atribuiu ao afeto um valor jurídico. E é este sentimento, agora como um novo valor jurídico, que tem desinstalado velhas concepções e instalado uma nova ordem jurídica para a família. A atribuição de um valor jurídico ao afeto redimensiona a tábua axiológica do Direito e autoriza-nos a falar sobre uma ética do afeto como um dos sustentáculos e pilares do Direito de Família<sup>1</sup>.

Contudo, no decorrer de cada conjuntura histórica, a organização sociofamiliar foi moldada e adaptada em consonância com os interesses políticos, econômicos, religiosos e culturais dominantes. De tal modo que, ao fenômeno familiar, implica reconhecer um constante processo de mutação e evolução, eis que influenciado por valores variados decorrentes de circunstâncias de uma determinada época e espaço.

O desenvolvimento das ciências, da tecnologia, dos movimentos políticos e sociais do século XX e o fenômeno da globalização provocaram um redimensionamento na sociedade. A Revolução Francesa, com os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, a Revolução Industrial e a inserção significativa das mulheres no mercado de trabalho, e o movimento feminista certamente contribuíram para as profundas transformações ocorridas na estrutura da família, transformando a “instituição patriarcal e autoritária em uma estrutura horizontal, fraterna, entregue ao poder materno, à ciência e aos desejos individuais”<sup>2</sup>.

A psicanalista e historiadora Elisabeth Roudinesco divide a evolução da família em três grandes períodos:

---

<sup>1</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. 2011. 157 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná – Curitiba – PR, p. 16-17.

<sup>2</sup> Catherine Argand, Lire em comentários à obra **A família em Desordem**, de autoria de Elisabeth Roudinesco.

Numa primeira fase, a família dita "tradicional" serve acima de tudo para assegurar a transmissão de um patrimônio. Os casamentos são então arranjos entre os pais sem que a vida sexual e afetiva dos futuros esposos, em geral unidos em idade precoce, seja levada em conta. Nessa ótica, a célula familiar repousa em uma ordem do mundo imutável e inteiramente submetida a uma autoridade patriarcal, verdadeira transposição da monarquia de direito divino. Numa segunda fase, a família dita "moderna" torna-se o receptáculo de uma lógica afetiva cujo modelo se impõe entre o final do século XVIII e meados do XX. Fundada no amor romântico, ela sanciona a reciprocidade dos sentimentos e os desejos carnavais por intermédio do casamento. Mas valoriza também a divisão do trabalho entre os esposos, fazendo ao mesmo tempo do filho um sujeito cuja educação sua nação é encarregada de assegurar. A atribuição da autoridade torna-se então motivo de uma divisão incessante entre o Estado e os pais, de um lado, e entre os pais e as mães, de outro. Finalmente, a partir dos anos 1960, impõe-se a família dita "contemporânea" — ou "pós-moderna" —, que une, ao longo de uma duração relativa, dois indivíduos em busca de relações íntimas ou realização sexual. A transmissão da autoridade vai se tornando então cada vez mais problemática à medida que divórcios, separações e recomposições conjugais aumentam<sup>3</sup>.

O psicanalista Joel Birman, ao tratar da nova configuração da ordem familiar, diferencia as estruturas da família *napré-modernidade*, *namodernidade* e na *atualidade*.

Na *família pré-moderna* ou também chamada de *extensa*, conviviam no mesmo espaço diferentes gerações, além do casal parental, acompanhado dos filhos e dos agregados. A autoridade do pai era quase absoluta e incontestável, como a figura do rei no espaço público, e a figura da igreja no espaço religioso. A mulher servia para a mera reprodução da prole<sup>4</sup>.

Por sua vez, a *família moderna*, também chamada de *nuclear* ou *burguesa*, iniciou-se na passagem do século XVIII para o século XIX, identificando-se assim com o incremento do poder social assumido pela burguesia na tradição ocidental, na qual se inseriam agora tão-somente as figuras dos pais e dos filhos. O poder paterno foi então relativizado, mantendo-se ainda no espaço privado; mas tendo no espaço público os seus signos mais ostensivos. A figura da mulher foi reduzida à condição de mãe, de forma que a gestão do espaço privado da família ficou inteira ao seu encargo. Estava aqui incluída não apenas a administração doméstica da casa, mas também a gestão da saúde e da educação das crianças. É evidente que ocorreu aqui um incremento

---

<sup>3</sup> ROUDINESCO, Elisabeth. **A Família em Desordem**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 19

<sup>4</sup> BIRMAN, Joel. Laços e desenlaces na contemporaneidade. In: **Jornal de Psicanálise**, São Paulo, 40(72): 47-62, jun. 2007, p. 48-50.

do poder social da mulher, enquanto mãe, que se contrapunha ao poder paterno. No entanto, a relação entre esses poderes era ainda assimétrica, pendendo para o polo do pai<sup>5</sup>.

Por fim, nos anos 50 e 60 do século XX, foi desencadeado um processo radical de transformação da estrutura familiar moderna. O movimento feminista foi o seu desencadeador, à medida que as mulheres passaram a pleitear as mesmas posições sociais e oportunidades de inserção no mercado de trabalho. Com a invenção de procedimentos anticoncepcionais seguros, a liberdade feminina se instituiu em larga escala, podendo ser mulher e mãe ao mesmo tempo, pois não estavam mais assujeitadas ao determinismo dos ciclos hormonais que sempre aprisionaram os seus corpos. Passaram então a priorizar mais as suas carreiras e, com isso, o casamento e maternidade passaram a se realizar mais tarde. Como as mulheres queriam se realizar como singularidades e não apenas como mães, as separações também se disseminaram<sup>6</sup>.

Constituiu-se assim outra configuração da ordem familiar, bastante distinta da família nuclear moderna. Passou a se tornar comum a família reconstituída, assim como as famílias monoparentais se incrementaram progressivamente. Além disso, a extensão da prole se restringiu mais ainda, não sendo rara a existência de uma só criança numa família.

Percebe-se, portanto, ao analisar a *família extensa*, a *família nuclear* e a *família contemporânea*, uma transformação radical. A começar pelos problemas que são distintos em cada uma das famílias. Também os personagens não são os mesmos, ou, quando são os mesmos, a valência e o significado deles se transformam de modo mais ou menos radical. Sendo assim, em estudo sobre a figura da criança, da prole, da figura do pai ou da mulher ou da mãe, no interior do contexto familiar, verifica-se uma transformação em três níveis, ou seja, uma transformação dos personagens, da escala e das problemáticas ligadas às questões da família<sup>7</sup>.

Sobre os novos padrões familiares, a psicanalista e historiadora Elisabeth Roudinesco apresenta suas críticas:

(...) esboçou-se um processo de emancipação que permitiu às mulheres afirmar sua diferença, às crianças serem olhadas como

---

<sup>5</sup> BIRMAN, Joel. Laços e desenlaces na contemporaneidade. In: **Jornal de Psicanálise**, São Paulo, 40(72): 47-62, jun. 2007, p. 48-50.

<sup>6</sup> Idem, p. 50-57.

<sup>7</sup> INSTITUTO CPFL CULTURA. **Café filosófico: A Evolução da Família - Joel Birman**. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=0et6BcO8ayY>>. Acesso em 30 de outubro de 2016.

sujeitos e aos “invertidos” se normalizarem. Esse movimento gerou uma angústia e uma desordem específicas, ligadas ao terror da abolição da diferença dos sexos, com a perspectiva de uma dissolução da família no fim do caminho. Nessas condições, estará o pai condenado a não ser mais que uma função simbólica? Deve ele se obstinar a vestir novamente os ouropéis do patriarca de outrora, como queriam os conservadores? Deve ele, ao contrário, se transformar em educador benevolente, como desejavam os modernistas? Se o pai não é mais o pai, se as mulheres dominam inteiramente a procriação e se os homossexuais têm o poder de assumir um lugar no processo da filiação, se a liberdade sexual é ao mesmo tempo ilimitada e codificada, transgressiva e normalizada, pode-se dizer por isso que a existência da família está ameaçada? Estaremos assistindo ao nascimento de uma onipotência do "materno" que viria definitivamente aniquilar o antigo poder do masculino e do "paterno" em benefício de uma sociedade comunitarista ameaçada por dois grandes espectros: o culto de si próprio e a clonagem<sup>8</sup>?

Enfim, os modelos de família e os papéis destinados aos homens e às mulheres passaram a ser questionados e reexaminados, quer seja no âmbito familiar, quer no social. Para Rodrigo da Cunha Pereira:

A suposta superioridade masculina ficou abalada com a reivindicação de um lugar de sujeito para as mulheres e não mais assujeitadas ao pai ou ao marido. A conquista por um ‘lugar ao sol’ das mulheres, isto é, de uma condição de sujeito, abalou a estrutura e a organização da família<sup>9</sup>.

Zigmunt Bauman, em suas obras *Tempos líquidos*<sup>10</sup> e *Amor líquido*<sup>11</sup>, aborda as relações humanas, que se tornam cada vez mais flexíveis, em um mundo propenso a mudar com rapidez e de forma imprevisível, em um mundo no qual se torna cada vez mais virtual do que real, afetando os conceitos de família e comunidade. Nesse contexto, há quem defenda a ideia de desestruturação familiar, esta marcada pelo aumento do número de divórcios, novas formas de uniões entre sexos, diminuição do

<sup>8</sup> ROUDINESCO, Elisabeth. **A Família em Desordem**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 11-12. No mesmo sentido, para Rodrigo da Cunha Pereira “a suposta superioridade masculina ficou abalada com a reivindicação de um lugar de sujeito para as mulheres e não mais assujeitadas ao pai ou ao marido. A conquista por um ‘lugar ao sol’ das mulheres, isto é, de uma condição de sujeito, abalou a estrutura e a organização da família” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 23).

<sup>9</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, 23.

<sup>10</sup> BAUMAN, Zigmunt. **Tempos líquidos**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

<sup>11</sup> BAUMAN Zigmunt. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

número de filhos, desvalorização dos laços familiares, enfim, a família estaria enfraquecida, debilitada. Assim é o entendimento de Elisabeth Roudinesco:

Sem ordem paterna, sem lei simbólica, a família mutilada das sociedades pós-industriais seria, dizem, pervertida em sua própria função de célula de base da sociedade. Ela se entregaria ao hedonismo, à ideologia do "sem tabu". Monoparental, homoparental, recomposta, desconstruída, clonada, gerada artificialmente, atacada do interior por pretensos negadores da diferença entre os sexos, ela não seria mais capaz de transmitir seus próprios valores<sup>12</sup>.

Igualmente José Renato Nalini sustenta a “falência” da família. Para ele, a mais trágica dentre as crises que acometem a Humanidade neste século XXI é aquela que atingiu a família. O autor aponta a ausência de valores do lar, a falta de mãe que educa e corrige os filhos de forma consciente e responsável, a falta de respeito e civilidade, o sexo desacompanhado de amor, são filhos que matam pais, e pais que matam filhos, mulheres que matam maridos para herdar seus pertences, adolescentes que procriam de forma independente, o aborto, enfim, o conceito de família teria sofrido mutilações<sup>13</sup>.

Mas, como será exposto ao final deste capítulo, a família não está desestruturada. Constata-se que a família apenas ganhou novas feições, cujas raízes vinculam-se ao declínio do patriarcalismo, superou alguns valores e impasses antigos, está em movimento, não mais sendo identificada exclusivamente a partir do casamento e, portanto, o conceito de família se abriu.

Sendo assim, o Direito de Família é um dos ramos do Direito que mais apresentou e vem apresentando alterações no último século. De lá para cá, novos ideais surgiram e passou-se, enfim, a questionar o próprio conceito universalizante de família como uma instituição natural e padronizada<sup>14</sup>.

Ofuturorequer um repensar acerca da pessoa e de sua felicidade. É preciso refletir sobre a vida em comunhão que vai além de laços formais, pois o ser humano vem antes do Direito, e a lei pura e simples já não socorre a todos os questionamentos. A realidade é desafiante.

---

<sup>12</sup> ROUDINESCO, Elisabeth. **A Família em Desordem**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 10.

<sup>13</sup> NALINI, José Renato. A tragédia familiar – Reflexões sobre a falta de amor. In: MARTINS, Gandra da Silva Martins; CARVALO, Paulo de Barros (organizadores). **O Direito e a família**. São Paulo: Noeses, 2014, p. 35-62.

<sup>14</sup> SANTIAGO, Marcelo; FEITOSA, Lourdes Conde. **Família e Gênero: um estudo antropológico**. Mimesis, Bauru, v. 32, n. 1, 2011, p. 29-41.

## 1.1 A família e as Constituições brasileiras

A primeira Constituição do Brasil, outorgada em 1824 pelo Imperador D. Pedro I, não fazia nenhuma referência à família ou ao casamento, mas tão somente à família imperial e seu aspecto de dotação, em seus artigos 105 a 115.

A segunda Constituição do Brasil e primeira da República (1891), em seu artigo 72, §4º estabelecia que “A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita”. Isso porque, a partir do partido republicano, o catolicismo deixou de ser a religião oficial e, com isso, tornou-se necessário mencionar o casamento civil como vínculo constituinte da família brasileira. Até então era dispensável, haja vista que as famílias constituíam-se pelo casamento religioso, que produzia automaticamente efeitos civis, já que não havia a separação dos poderes Igreja/Estado<sup>15</sup>.

Por sua vez, a segunda Constituição da República (1934) reservou um capítulo à família, dando-lhes, portanto, maior importância. Em quatro artigos (144 a 147), fixaram-se as regras do casamento indissolúvel.

No que tange às Constituições de 1937, 1946, 1967 e 1969 (Emenda 1/1969), igualmente trouxeram o casamento indissolúvel como a única forma de se constituir uma família.

Constituição de 1937:

Art. 124. A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos.

Constituição de 1946:

Art 163. A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.

Constituição de 1967:

Art. 167. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.

Constituição de 1969:

Art. 175. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.

§ 1º O casamento é indissolúvel (modificado pela Emenda Constitucional n. 9/77), que instituiu o divórcio no Brasil.

---

<sup>15</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 4.

Mas foi a partir da Constituição Federal de 1988 que o Estado erigiu a família como base da sociedade e, conseqüentemente, conferiu-lhe especial proteção do Estado, ainda que não constituídas pelo casamento. Logo, quando se diz que a família é o núcleo essencial da sociedade, é preciso ter claro que não se faz referência àquela família tal como concebida historicamente, ou seja, aquela composição familiar patrimonializada, hierarquizada e matrimonializada, predominante no século anterior e no Código Civil Brasileiro de 1916. Refere-se à família tal como ela é hoje: plural. É preciso, pois, ver as famílias como um gênero que comporta várias espécies<sup>16</sup>.

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

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

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

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

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

(...).

Sendo assim, segundo a Constituição de 1988, a família pode apresentar-se sob diferentes feições, ou seja, não é mais singular, composta unicamente de pais e filhos unidos a partir de um casamento regulamentado pelo Estado. Ao contrário, no artigo supracitado, estão contidas todas as novas estruturas familiares. Embora de maneira tímida, trata-se de importante evolução no conceito de família, pois, durante muito tempo, grande parte dos juristas confundiu o conceito de família com casamento<sup>17</sup>.

Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

(...) 3. Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito **poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família"**, recebendo todos eles a "especial

<sup>16</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 3.

<sup>17</sup> Nesse sentido, Orlando Gomes citou Mazeaud e Mazeaud: “somente o grupo oriundo do casamento deve ser denominado família, por ser o único que apresenta os caracteres de moralidade e estabilidade necessários ao preenchimento de sua função social” (GOMES, Orlando. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 31). Também Clóvis Beviláqua definiu família como “Um conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade, cuja eficácia se estende ora mais larga, ora mais restritamente, segundo as várias legislações. Outras vezes, porém, designam-se, por família, somente os cônjuges e a respectiva progênie” (BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 16).

proteção do Estado". Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Diferentemente do que ocorria com os diplomas superados - deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade<sup>18</sup>.

Tais mudanças no perfil da família brasileira, nas últimas décadas, também foram registradas pelo IBGE<sup>19</sup>. Dentre as mudanças identificadas pelo Censo de 2010, destacam-se:

a) o percentual de uniões consensuais aumentou expressivamente, sendo a principal escolha entre pretos e pardos, o que possivelmente está relacionado a condições socioeconômicas mais precárias, haja vista que o maior percentual foi encontrado na classe de rendimento até ½ salário mínimo, decrescendo conforme o rendimento aumentava;

b) dentre os casais do mesmo sexo, 25,8% das pessoas declararam possuir superior completo e 47,4% se declararam católicos. As mulheres são maioria entre os casais homossexuais;

c) a proporção dos divorciados quase dobrou, talvez porque a legislação tenha facilitado a separação a partir da promulgação da EC 66/2010 que instituiu o divórcio direto;

d) ocorreu uma pequena mudança de valores relativos ao papel da mulher na sociedade, considerando o ingresso no mercado de trabalho, o aumento da escolaridade em nível superior e a redução de fecundidade. Provavelmente isso provocou um aumento no percentual de mulheres responsáveis pela entidade doméstica;

e) as famílias reconstituídas, formadas após a separação ou morte de um dos cônjuges, representam 16,3% das formadas por casais. No caso, os filhos são apenas de um dos parceiros ou de ambos em relacionamentos anteriores;

f) o número de filhos que teria uma mulher caiu de maneira expressiva, pois o nível de instrução reflete redução na fecundidade;

---

<sup>18</sup>STJ, REsp 1.183.378 - RS, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 25/10/2011, publicado em 01/02/2012.

<sup>19</sup> BRASIL. IBGE. Pesquisa disponível em: <<http://censo2010.ibge.gov.br/>>. Acesso em 18 de abril de 2016. A coleta do Censo Demográfico 2010 foi realizada no período de 1º de agosto a 30 de outubro de 2010.

g) aumento do número de casais sem filhos. Fatores como aumento da participação da mulher no mercado de trabalho e envelhecimento da população certamente influenciaram no aumento da proporção de casais sem filhos. No entanto, o percentual de famílias compostas por casais com filhos é superior na área rural, devido às taxas de fecundidade historicamente mais elevadas, e também, em função dos valores culturais mais tradicionais;

h) o tipo mais frequente dentre as famílias conviventes (residem na mesma unidade doméstica) é o das monoparentais femininas (53,5%), 98,6% delas formadas por parentes da família principal. Ao examinar o parentesco dos núcleos secundários, verifica-se que, em 78% dos casos, há presença de filhos do responsável ou do cônjuge da família principal que poderiam ser considerados membros da família principal. As monoparentais femininas são provavelmente compostas por filhas dos responsáveis e/ou dos cônjuges, que tiveram seus filhos sem contrair matrimônio ou retornaram à casa dos pais por motivo de separação ou divórcio.

Acerca desse pluralismo de constituição de famílias, observa Rodrigo da Cunha Pereira:

Famílias monoparentais, recompostas, binucleares, casais com filhos de casamentos anteriores e seus novos filhos, mães criando filhos sem os pais por perto e vice-versa, casais sem filhos, filhos sem pais, meninos de rua e na rua; casais homossexuais, parentalidade socioafetiva, inseminações artificiais, útero de substituição... A lista dos diversos arranjos familiares é grande. Estará mesmo a família pervertida de sua função de célula básica da sociedade<sup>20</sup>?

E o autor prossegue citando João Paulo da Cunha:

A árvore genealógica hoje tem mais galhos e eles são cada vez mais intrincados. Com isso, os laços do parentesco, por si sós, não são garantia de nada. Como dizia Bernard Shaw, ninguém é melhor por ter nascido em determinado país ou família. O nacionalismo doentio, como o familialismo, é deturpação do valor verdadeiro. Amor não tem genética nem latitude. Ainda que o ambiente do afeto possa ser a estufa de bons sentimentos, ninguém garante que ela vai ser aquecida pelos ares da reconvenção<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 25.

<sup>21</sup> CUNHA, João Paulo. Quanto menos família melhor. **Boletim IBDFAM**, n. 24, p.5, jan./fev. 2004 apud PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 25.

Sendo assim, não é possível afirmar que a família está em decadência. Ao contrário, existe apenas reafirmação de que o casamento não é a única hipótese para configuração familiar<sup>22</sup>, pois hoje as pessoas têm mais liberdade e autonomia para escolherem a forma de constituição de seu núcleo familiar<sup>23</sup>.

Enfim, neste momento histórico em que a palavra de ordem é o direito à cidadania e à inclusão, é preciso ter claro que a família, enquanto fenômeno cultural, pode sofrer variações no tempo e no espaço e, conseqüentemente, está sempre se inventando. Logo, qualquer definição de família que considere tão somente aquele modelo patriarcal de família é excludente e discriminatório.

### 1.1.1 Norma constitucional de inclusão

No que tange às entidades familiares previstas no artigo 226 da Constituição, existe discussão doutrinária acerca de dois pontos: a) o rol do artigo 226 da Constituição é taxativo? b) há hierarquia axiológica entre as entidades familiares explicitadas nos parágrafos do artigo 226 da Constituição, com primazia à família constituída pelo casamento? Sobre o tema, Paulo Luiz Netto Lôbo explica:

Os que entendem que a Constituição não admite outros tipos além dos previstos controvertem acerca da hierarquização entre eles, resultando duas teses antagônicas: I – Há primazia do casamento, concebido como o modelo de família, o que afasta a igualdade entre os tipos, devendo os demais (união estável e entidade monoparental) receberem tutela jurídica limitada; II – Há igualdade entre os três tipos, não havendo primazia do casamento, pois a Constituição assegura liberdade de escolha das relações existenciais e afetivas que previu, com idêntica dignidade<sup>24</sup>.

Segundo os adeptos da tese I, da desigualdade das entidades familiares, existe primazia do casamento, caso contrário, o legislador não teria isolado as expressões. Vale dizer, o casamento foi tratado no caput do artigo 226, e a união estável foi regulada pelo §3º. No entanto, isolar as expressões contidas em determinada norma

<sup>22</sup> Igualmente para Jacques Lacan: “(...) O casamento é uma instituição que devemos distinguir da família” (LACAN, Jacques . **Os complexos familiares**. Tradução de Marco Antonio Coutinho Jorge e Potiguara Mendes da Silveira Júnior. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 12).

<sup>23</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 25-26.

<sup>24</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: **Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: IBDFAM/ Del Rey, 2002, p. 4-5. Disponível em: <[www.ibdfam.org.br/\\_img/congresso/anais/193.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congresso/anais/193.pdf)> Acesso em 29 de outubro de 2016.

constitucional, para extrair o significado, não é o procedimento hermenêutico mais recomendado. É preciso harmonizar a regra com o conjunto de princípios e regras em que ela se insere<sup>25</sup>.

Paulo Luiz Netto Lôbo, ao comentar sobre o artigo 226, acrescenta:

Configura muito mais comando ao legislador infraconstitucional para que remova os obstáculos e dificuldades para os companheiros que desejem casar-se, se quiserem, a exemplo da dispensa da solenidade de celebração. Em face dos companheiros, apresenta-se como norma de indução. Contudo, para os que desejarem permanecer em união estável, a tutela constitucional é completa, segundo o princípio de igualdade que se conferiu a todas as entidades familiares. Não pode o legislador infraconstitucional estabelecer dificuldades ou requisitos onerosos para ser concebida a união estável, pois facilitar uma situação não significa dificultar outra<sup>26</sup>.

Por sua vez, a tese II destaca a igualdade das entidades familiares, com fundamento no pluralismo reconhecido pela Constituição, no princípio da liberdade de escolha e como concretização do macroprincípio da dignidade da pessoa humana. Ou seja, com base na dignidade da pessoa humana, cada indivíduo tem a liberdade de escolher e constituir família da forma que melhor corresponder à sua realização existencial. Não pode o legislador determinar qual a melhor e mais adequada<sup>27</sup>.

Embora a tese II represente um avanço com relação à tese I, não é suficiente, pois é preciso considerar a inclusão ou exclusão dos demais tipos de entidades familiares.

No que tange à proteção de outras entidades familiares, prevalece, entre os civilistas, o entendimento no sentido de que o artigo 226 tutela apenas os três tipos de entidades familiares explicitamente previstos e, portanto, o rol seria taxativo<sup>28</sup>, embora alguns lamentem a exclusão dos demais tipos familiares, o que tem provocado soluções

---

<sup>25</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: **Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: IBDFAM/ Del Rey, 2002, p. 4-5. Disponível em: <[www.ibdfam.org.br/\\_img/congresso/anais/193.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congresso/anais/193.pdf)> Acesso em 29 de outubro de 2016.

<sup>26</sup> Idem.

<sup>27</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: **Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: IBDFAM/ Del Rey, 2002, p. 5. Disponível em: <[www.ibdfam.org.br/\\_img/congresso/anais/193.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congresso/anais/193.pdf)> Acesso em 29 de outubro de 2016.

<sup>28</sup> Eis o entendimento de Ives Gandra Martins ao afirmar que “O constituinte não cuidou do casamento entre pares homossexuais”. Para ele, a interpretação que vale para os cidadãos é a dos constituintes e não a do STF (MARTINS, Ives Gandra da Silva. A família na Constituição. Coordenadores: Ives Gandra Martins e Paulo de Barros Carvalho. In: **O Direito e a família**. São Paulo: Noeses, 2014, p.5 e 17).

jurídicas inadequadas. No entanto, a exclusão está na interpretação, e não na Constituição<sup>29</sup>.

Perfilha-se da crítica apresentada por Paulo Luiz Neto Lôbo, para quem o caput do artigo 226 trouxe uma transformação radical no que tange à tutela constitucional à família, haja vista que não há qualquer menção a um modelo específico de família, como aconteceu com as Constituições Brasileiras que antecederam. Ao abolir a expressão “constituída pelo casamento” (art. 175 da Constituição de 1967-69), sem substituí-la por qualquer outra, pôs sob a proteção do Estado “a família”, ou seja, qualquer família. A cláusula de exclusão não existe mais. O fato de, em seus parágrafos, mencionar tipos específicos, para atribuir-lhes certas consequências jurídicas, não significa que reinstituíu a cláusula de exclusão, como se ali estivesse a locução “a família é constituída pelo casamento, pela união estável ou pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos”. A interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos<sup>30</sup>.

Sendo assim, diante da variabilidade dos laços fundamentais da família, torna-se necessário repensar a família, não como um exercício puramente abstrato; mas é preciso, sobretudo, nutrir-se de várias maneiras de encarar a realidade das famílias contemporâneas, em um contexto macrossocial, em que a família é considerada também como produtora de cultura<sup>31</sup>. No mesmo sentido, Jacques Lacan reconhece que a família humana é uma instituição com estrutura complexa e não pode ser reduzida a um fato biológico ou a um elemento teórico da sociedade:

Entre os grupos humanos, a família desempenha um papel primordial na transmissão da cultura. Se as tradições espirituais, a manutenção dos ritos e dos costumes, a conservação das técnicas e do patrimônio são com ela disputados por outros grupos sociais, a família prevalece na primeira educação, na repressão dos instintos, na aquisição da língua acertadamente chamada de materna. Com isso, ela preside os processos fundamentais do desenvolvimento psíquico, preside esta organização das emoções segundo tipos condicionados pelo meio ambiente, que é a base dos sentimentos (...)<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: **Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: IBDFAM/ Del Rey, 2002, p. 6. Disponível em: <[www.ibdfam.org.br/\\_img/congresso/anais/193.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congresso/anais/193.pdf)> Acesso em 29 de outubro de 2016.

<sup>30</sup> Idem.

<sup>31</sup> SALLES, Vania. Novos olhares sobre a família. In: **Revista Brasileira de Estudos de População**. Rio de Janeiro: ABEP, 1994, v. 11, n. 2, p. 160 e 166. Disponível em: <<https://www.rebep.org.br/revista/article/view/468>> Acesso em 29 de outubro de 2016.

<sup>32</sup> LACAN, Jacques. **Os complexos familiares**. Tradução de Marco Antonio Coutinho Jorge e Potiguara Mendes da Silveira Júnior. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 9.

Conforme defende Gustavo Tepedino, com base no macroprincípio da dignidade da pessoa humana, “merecerá tutela jurídica e especial proteção do Estado a entidade familiar que efetivamente promova a dignidade e a realização da personalidade de seus componentes”<sup>33</sup>. É preciso, por meio de uma hermenêutica extensiva da legislação, estender as relações familiares para além do direito positivado, ao contrário de engessá-las. Torna-se imprescindível, sobretudo, impedir que a história das exclusões perpetradas pelo Direito de Família se repita. Excluir determinados modelos familiares, tratando-os como mera sociedade de fato, significa retirar a dignidade das pessoas que os constituíram, negando-lhes uma série de direitos.

Sobre o tema, Paulo Luiz Netto Lôbo argumenta:

Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no caput. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade<sup>34</sup>.

Portanto, o objeto de proteção normada contida no artigo 226 não é a família propriamente dita, como valor autônomo, mas o *locus* imprescindível de realização e desenvolvimento da pessoa humana. No passado, a finalidade da regulação legal da família era oferecer a máxima proteção da paz doméstica, era reprimir ou inibir as famílias “ilícitas”, sendo assim consideradas todas aquelas que não estivessem compreendidas no modelo único (casamento)<sup>35</sup>. Hoje, conforme ressalta Gustavo Tepedino, “não se pode ter dúvida quanto à funcionalização da família para o desenvolvimento da personalidade de seus membros, devendo a comunidade familiar ser preservada (apenas) como instrumento de tutela da dignidade da pessoa humana”<sup>36</sup>. Logo, o objetivo do artigo 226 é proteger as pessoas que, por opção ou por

---

<sup>33</sup> TEPEDINO, Gustavo. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: **Temas de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 328-329.

<sup>34</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares institucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: **Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: IBDFAM/ Del Rey, 2002, p. 6. Disponível em: <[www.ibdfam.org.br/\\_img/congresso/anais/193.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congresso/anais/193.pdf)> Acesso em 29 de outubro de 2016.

<sup>35</sup> Idem.

<sup>36</sup> TEPEDINO, Gustavo. **A Nova Família: Problemas e Perspectivas**. Coordenador Vicente Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 56.

circunstâncias da vida, integram algumas dessas entidades familiares. A exclusão destas significa comprometer a realização da dignidade da pessoa humana.

Diante desse quadro, a enumeração contida no artigo 226 da Constituição é meramente exemplificativa. Para Rodrigo da Cunha Pereira, “basta lembrarmos que irmãos vivendo juntos, avós e netos, constituem uma família e, no entanto, esta forma de família não está ali enumerada”<sup>37</sup>.

A família passou a ser lugar de afeto, de comunhão do amor, em que toda forma de discriminação constitui ofensa ao princípio basilar do Direito de Família. Com a personalização dos membros da família, eles passaram a ser respeitados em sua esfera mais íntima, na medida em que disto depende a própria sobrevivência da família. É na busca da felicidade que o indivíduo viu-se livre dos padrões estáticos para constituir sua família<sup>38</sup>.

Consequentemente, ressalta Paulo Luiz Netto Lôbo:

*Ocaput* do artigo 226 é cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade. A regra do § 4º do art. 226 integra-se à cláusula geral de inclusão, sendo esse o sentido do termo “também” nela contido. “Também” tem o significado de igualmente, da mesma forma, outrossim, de inclusão de fato sem exclusão de outros. Se dois forem os sentidos possíveis (inclusão ou exclusão), deve ser prestigiado o que melhor responda à realização da dignidade da pessoa humana, sem desconsideração das entidades familiares reais não explicitadas no texto. Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no caput. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade<sup>39</sup>.

Sendo assim, é preciso proteger juridicamente essa nova realidade marcada pelo pluralismo de relações familiares, que, apesar de fugirem do normatizável, nem por isso desmerecem a integral e efetiva proteção do Estado. Para José Joaquim Gomes

<sup>37</sup> CUNHA, João Paulo. Quanto menos família melhor. **Boletim IBDFAM**, n. 24, p.5, jan./fev. 2004 apud PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 194.

<sup>38</sup> Idem.

<sup>39</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: **Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: IBDFAM/ Del Rey, 2002, p. 7. Disponível em: <[www.ibdfam.org.br/\\_img/congresso/anais/193.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congresso/anais/193.pdf)> Acesso em 29 de outubro de 2016.

Canotilho, ao referir-se ao *princípio da máxima efetividade* ou *princípio da interpretação efetiva*, “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”.<sup>40</sup> Assim, argumenta Paulo Luiz Netto Lôbo:

(...) se dois forem os sentidos que possam ser extraídos dos preceitos do art. 226 da Constituição brasileira, deve ser preferido o que lhes atribui o alcance de inclusão de todas as entidades familiares, pois confere maior eficácia ao princípio de “especial proteção do Estado” (caput) e de realização da dignidade pessoal “de cada um dos que a integram” (§ 8º)<sup>41</sup>.

A esse respeito, Giselda Hironaka apresenta sua contribuição:

(...) biológica ou não, oriunda do casamento ou não, matrilinear ou patrilinear, monogâmica ou poligâmica, monoparental ou poliparental, não importa. Nem importa o lugar que o indivíduo ocupe no seu âmago; se o de pai, se o de mãe, se o de filho. O que importa é pertencer ao seu âmago; é estar naquele idealizado lugar, onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores e se sentir, por isso, a caminho da realização de seu projeto de felicidade pessoal<sup>42</sup>.

Portanto, o caput do artigo 226 da Constituição constitui cláusula de inclusão. Se a Constituição não discrimina, não cabe ao intérprete ou legislador infraconstitucional discriminar. Foram mencionados apenas três tipos por serem estes os mais comuns. Estão, todavia, implícitos outros tipos de entidades familiares. Quando se trata de afeto, é irrelevante e impensável a obediência a uma padronização, tampouco deve ser motivo de preocupação e questionamentos, o nome que será dado ao elo de afeto entre os indivíduos. O que interessa, realmente, é verificar se naquele determinado núcleo

<sup>40</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1989, p. 162.

<sup>41</sup>LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: **Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: IBDFAM/ Del Rey, 2002, p. 11. Disponível em: <[www.ibdfam.org.br/\\_img/congresso/anais/193.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congresso/anais/193.pdf)> Acesso em 29 de outubro de 2016. Em sentido contrário “(...) a elasticidade interpretativa da Constituição tem como limite o texto da norma. O sistema constitucional brasileiro não permite qualquer forma de interpretação que extrapole os limites traçados, seja no texto originário, seja no texto reformado. Nem mesmo o Supremo Tribunal Federal pode esquivar-se dessa exigência. Para alteração do texto, é necessário emendar ou reformar a Constituição, competência do Congresso Nacional. Assim, os Ministros que decidiram pela equiparação da união estável entre pessoas do mesmo sexo à união entre homem e mulher, estiveram a fazer uso político do poder judicial, em dissonância com o sistema democrático prescrito na Constituição. Chamaram para si, em atitude substitutiva, atividade originária do legislativo, *locus* onde se definem emendas e políticas não postas na Constituição” (PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. A família na Constituição do Brasil – missão, limites e responsabilidades – comentário ao art. 226 da Constituição de 1988. In: **Direito e Dignidade da Família**: do começo ao fim da vida. Organizadores Antonio Jorge Pereira Júnior, Débora Gozzo e Wilson Ricardo Ligiera. São Paulo: Almedina, 2012, p. 13-14).

<sup>42</sup>HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e Casamento em Evolução. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, nº 1, abr./maio/jun. 1999, p. 8.

familiar, independentemente das características das pessoas que o compõem e se existem filhos ou não, existe afeto, respeito, lealdade, cumplicidade, estabilidade e ostensibilidade.

## 1.2 A família no Código Civil Brasileiro

Com a Constituição Federal de 1988, o Código Civil Brasileiro, que até então tinha seus pilares centrados na propriedade e no contrato, precisou ser revisto. A partir de uma despatrimonialização e da compreensão de que a dignidade da pessoa humana precisa ser preservada, ampliou-se o campo da aplicação da autonomia privada, que também deve ser observada na esfera das relações familiares. Vale dizer, no âmbito da convivência familiar, os seus integrantes que devem ditar suas próprias regras. Logo, cabe à sociedade e ao Estado o reconhecimento de que os indivíduos são livres para escolher as pessoas com quem vão se relacionar, a forma e os motivos que quiserem.

Sobre o tema, Rodrigo da Cunha Pereira:

O Código Civil de 1916 regulava a família patriarcal sustentada pela suposta hegemonia de poder do pai, na hierarquia das funções, na desigualdade de direitos entre marido e mulher, na discriminação dos filhos, na desconsideração das entidades familiares e no predomínio dos interesses patrimoniais em detrimento do aspecto afetivo. Era interesse do Estado que esta família monolítica, como unidade produtiva e esteio econômico da nação, fosse regulada ostensivamente<sup>43</sup>.

Sendo assim, o Código Civil de 1916 e a Constituição de 1988 percorriam trilhas distintas. Logo, o Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, sofreu grandes modificações a fim de se adaptar às novas diretrizes constitucionais, nas quais o indivíduo passou a ser o centro da família e da sociedade, e não mais como elemento de força produtiva. A família adquiriu nova roupagem e nova função, surgindo, pois, a necessidade de se impor limites à atuação do Estado nessa esfera de relações. E o autor complementa:

O Estado abandonou sua figura de *protetor-repressor*, para assumir postura de Estado *protetor-provedor-assistencialista*, cuja tônica não é

---

<sup>43</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 180-181.

de uma total ingerência, mas, em algumas vezes, até mesmo de substituição a eventual lacuna deixada pela própria família, como, por exemplo, no que concerne à educação e saúde dos filhos (cf. art. 227 da CF). A intervenção do Estado deve, apenas e tão somente, ter o condão de tutelar a família e dar-lhes garantias, inclusive de ampla manifestação de vontade e de que seus membros vivam em condições propícias à manutenção do núcleo afetivo. Essa tendência vem se acentuando cada vez mais e tem como marco histórico a Declaração Universal dos Direitos do Homem, votada pela ONU em 10 de dezembro de 1948, quando estabeleceu em seu art. 16.3: *A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado*<sup>44</sup>.

O fato é que o Código Civil de 2002 também foi objeto de críticas pelos mais importantes doutrinadores, pois já nasceu desatualizado e excludente, como quanto ao debate sobre a biogenética, as uniões estáveis em sentido amplo, a família fraterna (entre irmãos ou irmãs), a filiação socioafetiva, apenas alguns exemplos<sup>45</sup>.

Sobre a família no Código Civil, Carla Bertoncini apresenta suas críticas:

Tivemos avanços significativos tais como não mais determinar de maneira compulsória a exclusão do sobrenome do marido do nome da mulher, assegurou ao cônjuge culpado pela separação direito a alimentos, supressão da desigualdade de direitos e deveres do homem e da mulher na família etc. No entanto, de um modo geral, perdeu-se a oportunidade de promover os anseios de uma parcela da população e, conseqüentemente, de promover alguns avanços. O Código Civil de 2002 poderia ter normatizado as relações de pessoas do mesmo sexo, atualmente nominadas de uniões homoafetivas, como também poderia ter normatizado as inseminações artificiais. Assim, temas polêmicos, porém de grande relevância na atualidade, foram deixados de lado<sup>46</sup>.

Resta claro que o Código Civil de 2002 abarcaa filiações extrapatrimoniais e adota o princípio da igualdade. No entanto, a realidade é mais desafiante e repleta de questionamentos. É preciso repensar acerca da pessoa, de seu bem-estar, da comunhão com base na afetividade e não somente nos laços formais.

## 2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS À FAMÍLIA

<sup>44</sup> Idem, p. 182-183.

<sup>45</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Paradoxos do direito da filiação na teoria e prática do novo Código Civil brasileiro intermitências da vida.** Disponível em <[http://www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/73.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/73.pdf)>. Acesso em 30 de outubro de 2016.

<sup>46</sup> BERTONCINI, Carla. **Pelo reconhecimento de uma entidade familiar:** união homoafetiva. 2011, 155 p. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – São Paulo – SP, p. 51.

*Se você quer ser minha namorada  
 Ah, que linda namorada  
 Você poderia ser  
 Se quiser ser somente minha  
 Exatamente essa coisinha  
 Essa coisa toda minha  
 Que ninguém mais pode ser*

*Você tem que me fazer um juramento  
 De só ter um pensamento  
 Ser só minha até morrer  
 E também de não perder esse jeitinho  
 De falar devagarinho  
 Essas histórias de você  
 E de repente me fazer muito carinho  
 E chorar bem de mansinho  
 Sem ninguém saber por quê*

*Porém, se mais do que minha  
 namorada  
 Você quer ser minha amada  
 Minha amada, mas amada pra valer  
 Aquela amada pelo amor  
 predestinada  
 Sem a qual a vida é nada  
 Sem a qual se quer morrer*

*Você tem que vir comigo em meu  
 caminho  
 E talvez o meu caminho seja triste pra  
 você  
 Os seus olhos têm que ser só dos meus  
 olhos  
 Os seus braços o meu ninho  
 No silêncio de depois  
 E você tem que ser a estrela  
 derradeira  
 Minha amiga e companheira  
 No infinito de nós dois  
 (Minha namorada – Letra e música de  
 Toquinho).*

Os textos legislativos não conseguem acompanhar todas as transformações sociais e tampouco respondem a todas as inquietudes do Direito de Família contemporâneo. Os costumes, como uma importante fonte, e, especialmente, os princípios, vão impulsionando os protagonistas do Direito para uma reorganização constante e mais justa do Direito de Família. É com base nos princípios que o Judiciário vem decidindo sobre questões relacionados às novas estruturas familiares. Em razão

disso, faz-se necessário um estudo acerca de alguns princípios vitais, sem os quais não é possível a aplicação de um Direito que esteja minimamente próximo do ideal de justiça.

## 2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

### 2.1.1 Conceito de dignidade da pessoa humana

A Constituição Federal de 1988, ao instituir o Estado Democrático de Direito, fixou como seu fundamento a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III). Igualmente a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha estabelece que a dignidade humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público<sup>47</sup>. Por sua vez, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, logo em seu preâmbulo, também reconheceu que a dignidade é inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis, constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

Entretanto, definir a *dignidade da pessoa humana* não é tarefa fácil. Frequentemente, lê-se que a *dignidade da pessoa humana* possui conceito vazio<sup>48</sup> ou com contornos imprecisos<sup>49</sup>, caracterizado por sua ambiguidade e porosidade<sup>50</sup>, bem como por sua natureza polissêmica<sup>51</sup> ou pela sua diversidade cultural.

Cabe ao direito reconhecer e proteger a dignidade humana, mas é impossível atribuir-lhe definição jurídica, pois representa a noção filosófica da condição humana<sup>52</sup>.

Immanuel Kant defende que a dignidade humana é qualidade congênita e inalienável de todos os seres humanos, a qual impede a sua *coisificação* e se materializa por meio da capacidade de autodeterminação que os indivíduos possuem por meio da razão. Isso ocorre porque os seres humanos têm, na manifestação da sua vontade, o

<sup>47</sup> Artigo 1 da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha.

<sup>48</sup> “*Dignity is a useless concept in medical ethics and can be eliminated without any loss of content*”. (MACKLIN, Ruth. Dignity is a useless concept. The BMJ – The British Medical Journal. [www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC300789](http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC300789). Acesso em 10/03/2016).

<sup>49</sup> MAUNZ, T. e ZIPPELIUS, R. **Deutsches Staatsrecht**. 29. ed. München: C.H. Beck, 1994, p. 179.

<sup>50</sup> ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia. O princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social: *Revista Interesse Público*, nº 04, 1999, p. 24.

<sup>51</sup> DELPÉRIÉ, F. O Direito à Dignidade Humana. In: S. R. Barros; F. A. Zilveti (Coords.). **Direito Constitucional - Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. São Paulo: Dialética, 1999, p. 153.

<sup>52</sup> BORELLA, François. Le Concept de Dignité de la Personne Humaine. In: **Ethique Droit et Dignité de la Personae**. Coord. Philippe Pedrot. Paris: Economica, 1999, p. 37.

poder de determinar suas ações, de acordo com a ideia de cumprimento de certas leis que adotam, sendo essa característica exclusiva dos seres racionais<sup>53</sup>.

A dignidade, em sentido jurídico, é uma qualidade intrínseca do ser humano que gera direitos fundamentais: i) de não receber tratamento degradante de sua condição humana (dimensão *defensiva*); ii) de ter uma vida saudável (dimensão *prestacional*), vale dizer, de ter a colaboração de todos para poder usufruir de um completo bem-estar físico, mental e social (conforme os parâmetros de vida saudável da Organização Mundial de Saúde); iii) de participar da construção de seu destino e do destino dos demais seres humanos (*autonomia e cidadania*)<sup>54</sup>.

Assim, o Direito não deve determinar o conteúdo da dignidade humana, mas enunciá-lo como valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente<sup>55</sup>, para que fique gravado na consciência coletiva de determinada comunidade e possa ser objeto de proteção, por meio de direitos, liberdades e garantias que a assegurem. Antes, pois, de seu reconhecimento e incorporação pelas Constituições modernas, a dignidade humana depende do reconhecimento do ser humano como sujeito de direitos e, pois, detentor de “dignidade” própria, cujo fundamento é o direito universal da pessoa humana a ter direitos<sup>56</sup>.

De qualquer modo, a dignidade da pessoa humana é *multidimensional*, podendo ser associada a um amplo espectro de condições inerentes à existência humana, tais como a própria vida, a integridade física e psíquica, a plenitude moral, a liberdade, as condições materiais de bem-estar etc.<sup>57</sup>. Assim, a dignidade humana representa a possibilidade de cada pessoa realizar o próprio projeto de vida, que a comunidade política deve proteger<sup>58</sup>.

---

<sup>53</sup>KANT, Immanuel. Groundwork of the Metaphysics of Morals. In: **Immanuel Kant: Groundwork of the Metaphysics of Morals**. Coord. Lawrence Pasternack. New York: Routledge, 2002, p. 56, 62-63 e 67.

<sup>54</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Coord. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 15-43; SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, jan-jun, 2007.

<sup>55</sup>HC 107108, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma – STF. j. em 30/10/2012.

<sup>56</sup>MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 116.

<sup>57</sup>VILHENA, Oscar Vieira. **Direitos fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 64.

<sup>58</sup>RIDOLA, Paolo. **A dignidade da pessoa humana e o “princípio liberdade” na cultura constitucional europeia**. Trad. de Carlos Luiz Strapazzon. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 115-116.

Com efeito, não há como refutar que a dignidade humana tem alcançado um protagonismo jamais visto na história da humanidade<sup>59</sup>. Justamente por isso é preciso ter cautela para que a dignidade não sirva de justificação para uma espécie de *fundamentalismo da dignidade*<sup>60</sup>, já que seu conceito é aberto e, como produto cultural, deve ser construído historicamente.

Quando o Poder Judiciário é provocado a se manifestar na solução de determinado conflito versando sobre a dignidade humana, tem o dever de proferir uma decisão (art. 140 do novo CPC). Logo, se da proteção e concretização da dignidade humana é possível extrair consequências jurídicas, é imprescindível, até mesmo para se ter segurança jurídica, a compreensão suficientemente abrangente do seu conceito jurídico.

### 2.1.2 A dimensão ontológica da dignidade humana

A dignidade é uma qualidade intrínseca da pessoa humana, irrenunciável e inalienável, pois qualifica o ser humano como tal. Essa compreensão já se fazia presente no pensamento clássico.

A supremacia e indisponibilidade da dignidade já eram apregoadas, por exemplo, pelo confucionista Meng Zi, no século IV a.C., que dizia que cada homem nasce com uma dignidade que lhe é própria, atribuída por Deus, e que é indisponível para o ser humano e os governantes<sup>61</sup>. Cícero também atribuiu à dignidade uma acepção mais ampla, assentada na natureza humana e na posição superior ocupada pelo ser humano no *cosmo*<sup>62</sup>.

Nesse contexto, a dignidade é uma qualidade própria do ser humano que vai exigir o respeito por sua vida, liberdade e integridade física e moral, consolidando-se

---

<sup>59</sup>“(…) os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, por mais que sejam também pautas para a reivindicação política, sendo por vezes até mesmo utilizados como instrumento de um fundamentalismo disfarçado e que no discurso dos direitos humanos e fundamentais busca a sua legitimação, devem – e podem! – operar (e por isso a necessidade do recurso aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, entre outros) justamente como ‘cláusulas de barreira ao fundamentalismo’. Com efeito, num Estado constitucional (Democrático) de Direito, que traduz a ideia de uma comunidade constitucional e republicana inclusiva, não há como – na esteira do que leciona Gomes Canotilho – aceitar qualquer tipo de ‘fixismo’ nem transigir com posturas arbitrárias e reducionistas, mesmo quando fundadas (mas nesse caso só aparentemente!) na própria dignidade e nos direitos fundamentais” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 469).

<sup>60</sup>PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 403.

<sup>61</sup>HÖFFE, Otfried. **Medizin ohne Ethik?** Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2002, p. 60.

<sup>62</sup>RENAUD, Michel. A Dignidade do ser Humano como Fundamentação Ética dos Direitos do Homem. **Brotéria – Revista de Cultura**, vol. 148, 1999, p. 135-154.

em um conjunto de direitos essenciais que impedem a *coisificação* do indivíduo<sup>63</sup>, independentemente da religião, cultura ou ideologia que adotam.

Pela dimensão ontológica, o valor da pessoa humana exige respeito incondicional por si só, não sendo relevantes os contextos integrantes nem as situações sociais que ela se insira. Embora a pessoa viva em sociedade, sua dignidade pessoal não pode ser sacrificada em nome da comunidade que esteja envolvida, porque a dignidade e a responsabilidade pessoais não se confundem com o papel histórico-social do grupo ou da classe que ela faça parte<sup>64</sup>.

A dignidade, considerada como um valor, é um bem inalienável, que não pode ser objeto de renúncia ou de transação por parte de seu titular, sobrepondo-se à autonomia da vontade, para evitar qualquer forma de subjugação ou degradação da pessoa<sup>65</sup>.

Como todas as pessoas são iguais em dignidade, embora possam se comportar de modo diverso, há um dever de respeito e de consideração recíproco de cada pessoa em relação à dignidade alheia, além do dever de respeito e proteção por parte do poder público e da sociedade<sup>66</sup>.

Além disso, cumpre ressaltar que a dignidade não pressupõe capacidade (psicológica) de autodeterminação. Dela não estão privadas as crianças, as quais se beneficiam de proteção da sociedade e do Estado, nem os portadores de anomalia psíquica. A pessoa conserva a sua dignidade, independentemente das suas condutas, ainda que ilícitas e sancionadas pelo ordenamento jurídico<sup>67</sup>.

Nessa perspectiva, a dignidade humana, expressa no imperativo categórico de Kant, refere-se à esfera de proteção da pessoa humana enquanto fim em si, e não como meio para a concretização de interesses alheios.

---

<sup>63</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: **Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 37-38.

<sup>64</sup>MIRANDA, Jorge. A Constituição Portuguesa e a dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 45, 2003, p. 190-191.

<sup>65</sup>BAEZ, Narciso Leandro Xavier. A morfologia dos direitos fundamentais e os problemas metodológicos da concepção de dignidade humana em Robert Alexy. In: **Dignidade humana e direitos sociais e não-positivismo**. Org.: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez e Rogério Luiz Nery da Silva. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 62.

<sup>66</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana: notas em torno da discussão sobre o seu caráter absoluto ou relativo na ordem jurídico-constitucional. In: **Dignidade humana e direitos sociais e não-positivismo**. Org.: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 97.

<sup>67</sup>MIRANDA, Jorge. Human dignity and the value unit of the fundamental rights system. **Justitia**, São Paulo, vol. 201, Jan./Dec. 2010, p. 373.

Nas palavras de Immanuel Kant: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outra, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio. (...) No reino dos fins, tudo tem um preço, pode-se pôr em vez dele qualquer outro como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade”<sup>68</sup>.

Consequentemente, pela dimensão ontológica, a dignidade da pessoa humana constitui um dado prévio que existe independente de ser reconhecida pelo Direito<sup>69</sup>, pois está acima das especificidades culturais e sociais. Abrange um conjunto de direitos fundamentais e imprescindíveis para que se possa ter uma vida minimamente aceitável.

As violações à dimensão ontológica da dignidade da pessoa humana são facilmente verificadas, pois serão identificadas naquelas situações em que o indivíduo é tratado como mero instrumento ou coisa, tais como a escravidão, a tortura etc. Afinal, não é compatível com a dignidade humana que um ser humano seja tratado como um *mero objeto*<sup>70</sup>.

Enfim, todo ser humano é merecedor de respeito e consideração quer seja pelo Estado, quer pela comunidade, implicando, neste sentido, um conjunto de direitos fundamentais que assegurem as condições existenciais mínimas para uma vida saudável.

### 2.1.3 A dimensão cultural da dignidade humana

Os direitos humanos são mutáveis e estão em permanente processo de construção e desenvolvimento, podendo variar conforme o desenvolvimento político, econômico e social. São direitos que foram conquistado, por meio de muitas lutas, em determinada época e lugar.

Sobre o tema, Hannah Arendt afirma que os direitos humanos não nascem de uma só vez, pois estão em constante construção e reconstrução<sup>71</sup>.

Tais direitos se modificam conforme as condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a

---

<sup>68</sup>KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Coimbra: Atlântida, 1960, p. 68 e 76.

<sup>69</sup>MARTINEZ, Miguel Angel Alegre. **La dignidade de la persona como fundamento del ordenamento constitucional español**. León: Universidad de León, 1996, p. 21.

<sup>70</sup>Nesse sentido, conferir: Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha: decisão BVerfGE109,279 (312).

<sup>71</sup>ARENDRT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2004 p. 332-333.

realização dos mesmos, das transformações técnicas etc.<sup>72</sup>. Logo, direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade *sacre et inviolable*, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas. Por outro lado, direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, foram proclamados, com enorme amplitude, a partir do século XX. Além disso, no futuro, surgirão novas dimensões de direitos fundamentais, em decorrência do progresso cibernético e a evolução científica e tecnológica. Portanto, o que é fundamental em uma determinada época histórica e para uma determinada civilização pode não ser mais para a mesma sociedade em outro contexto temporal.

De igual modo, a dignidade da pessoa humana, ainda mais por possuir conceito vago e aberto, não pode ser considerada unicamente como algo inerente à natureza humana no sentido de uma característica inata pura e simplesmente, sendo produto da evolução cultural decorrente da construção histórica fruto de distintas gerações e da humanidade em seu todo<sup>73</sup>.

A *dimensão cultural* da dignidade da pessoa humana concebe as formas e as condições como a dignidade humana é inserida por cada grupo social no decorrer da história. Ganham destaque as peculiaridades culturais e suas práticas, variáveis no tempo e no espaço, buscando-se uma compreensão ética dos intuitos de cada grupo social, a fim de se construírem significados que tenham capacidade de serem entendidos interculturalmente<sup>74</sup>.

Todas as culturas possuem concepções distintas de dignidade humana a partir de suas demandas e reivindicações morais, algumas mais amplas do que outras, com um círculo de reciprocidade mais largo ou mais restrito<sup>75</sup>. Por exemplo, na cultura islâmica, a qual se baseia na moral religiosa para normatizar as condutas sociais, verifica-se que existe, nos textos sagrados, uma preocupação constante com a preservação da dignidade

---

<sup>72</sup>BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 18.

<sup>73</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: **Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 373.

<sup>74</sup>HÖFFE, Otfried. **A democracia no mundo de hoje**. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 77-78; BAEZ, Narciso Leandro Xavier. A morfologia dos direitos fundamentais e os problemas metodológicos da concepção de dignidade humana em Robert Alexy, p. 65.

<sup>75</sup>SANTOS, Boaventura de Souza. Direitos humanos: o desafio da interculturalidade. **Revista Direitos Humanos**, vol. 2, 2009, p. 14.

humana, que é instituída por meio de ensinamentos que resguardam os diversos modos de sua efetivação, tais como a vida, a liberdade, a igualdade, entre outros<sup>76</sup>.

Outra cultura que merece ser mencionada é a de alguns povos africanos, os quais adotam um antigo código moral chamado *ubuntu*, que enfatiza a importância da hospitalidade, do respeito e da generosidade que os indivíduos devem ter uns para com os outros, pelo fato de pertencerem a uma única família humana<sup>77</sup>.

Em contrapartida, destaca-se, negativamente, a posição atualmente adotada pela França a respeito da proibição ou restrição do uso da burca em lugares públicos, fundamentada na concepção moral de dignidade humana, com absoluto desrespeito às crenças dessas mulheres que acreditam no seu uso como um modo de realização de sua dignidade.

Com efeito, na dimensão cultural, a dignidade da pessoa humana é implementada a partir de esforços coletivos para se alcançarem juntos um mundo melhor. Para tanto, é imprescindível um diálogo entre as diferentes culturas, para que prevaleça a concepção multicultural de direitos humanos<sup>78</sup>. A abertura de diálogo entre as culturas permite praticar o respeito pela diversidade e possibilita a construção de mecanismos de reconhecimento de que o outro é um ser pleno de dignidade e direitos, que é uma condição necessária para a celebração de uma cultura de direitos humanos, guiada pela observância do *mínimo ético irreduzível*, alcançado por um universalismo de confluência<sup>79</sup>. Afinal, como assevera o art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, votada pela Assembleia Nacional francesa em 1789, “*as distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum*”, para que alguns cidadãos não sejam mais iguais que os outros.

É possível verificar, assim, que o que garante a existência de uma família seguramente não é o vínculo jurídico e nem mesmo os laços biológicos de filiação são

<sup>76</sup>PISCATORI, James P. Human Rights in Islamic Political Culture. In: **The Moral Imperativs of Human Rights: A World Survey**. Org. Kenneth W. Thompson. Washington: University Press of America, 1980, p. 152-153.

<sup>77</sup>BAEZ, Narciso Leandro Xavier. A morfologia dos direitos fundamentais e os problemas metodológicos da concepção de dignidade humana em Robert Alexy. In: **Dignidade humana e direitos sociais e não-positivismo**. Org. Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez e Rogério Luiz Nery da Silva. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 54.

<sup>78</sup>“Os direitos humanos têm que ser reconceptualizados como multiculturais. O multiculturalismo, tal como eu o entendo, é pré-condição de uma relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre a competência global e a legitimidade local, que constituem os dois atributos de uma política contra hegemônica de direitos humanos no nosso tempo” (SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Lua Nova**, vol. 39, São Paulo, 1997, p.112).

<sup>79</sup>PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan\\_dh\\_direito\\_constitucional.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_dh_direito_constitucional.pdf)> Acesso em 30 de janeiro de 2016,p.14.

garantidores. Tais relações são da ordem da cultura, e não da natureza. Consequentemente, estabelecer um conceito universal de família não é tarefa fácil, pois o próprio conceito de dignidade da pessoa humana varia no tempo e espaço.

#### 2.1.4 A dimensão processual da dignidade humana

A partir da Constituição Federal de 1988, as normas constitucionais ganharam força, alterando o sentido e o alcance de todo o direito infraconstitucional. A Constituição passou a ocupar um lugar de destaque no ordenamento jurídico, desfrutando de uma supremacia formal, material e axiológica.

É a partir da Constituição que todo o ordenamento jurídico deve ser filtrado e interpretado. Trata-se do fenômeno chamado de *constitucionalização do direito* ou da *filtragem constitucional*<sup>80</sup>. A ampliação da força normativa da Constituição é reforçada pelo neopositivismo, pelo qual princípios passam a ter relevância normativa tão ou mais importante que as regras jurídicas<sup>81</sup>.

Com a utilização cada vez maior dos princípios jurídicos, ganharam ainda mais importância a hermenêutica e a argumentação jurídicas nos processos judiciais, para a melhor aplicação do direito<sup>82</sup>.

Nesse contexto, o novo Código de Processo Civil Brasileiro (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) instituiu um verdadeiro *modelo constitucional* de processo ao conferir grande importância às normas constitucionais, prevendo já no art. 1º que o

---

<sup>80</sup>“Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional” (BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, 01 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em: 27 de fevereiro de 2016).

<sup>81</sup>CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 114-121.

<sup>82</sup>“A jurisprudência produzida a partir da Constituição de 1988 tem progressivamente se servido da teoria dos princípios, da ponderação de valores da argumentação. A dignidade da pessoa humana começa a ganhar densidade jurídica e a servir de fundamento para decisões judiciais. Ao lado dela, o princípio instrumental da razoabilidade funciona como justa medida de aplicação de qualquer norma, tanto na ponderação feita entre princípios quando na dosagem dos efeitos das regras” (BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. Disponível em: <[http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti\\_histdirbras.pdf](http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf)>. Acesso em: 16 de março de 2016).

processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições do Código.

O Código de Processo Civil não ignora a dignidade da pessoa humana, como um vetor hermenêutico de alta relevância<sup>83</sup>, ao afirmar, no art. 8º, que ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a *dignidade da pessoa humana* e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Tal dimensão processual da dignidade humana é importante, pois cada vez mais a dignidade de certos seres humanos é violada, exposta e desprotegida, seja pelo aumento assustador da violência contra a pessoa, seja pela carência social, econômica e cultural ou pelo crescente comprometimento das condições existenciais mínimas para uma vida com dignidade e, destarte, de uma existência com sabor de humanidade<sup>84</sup>.

O processo deve ser pensado não apenas como um mecanismo técnico de solução de controvérsias, mas também um mecanismo importante de promoção de valores éticos e emancipatórios consagrados pela Constituição Federal.

Não é adequado conferir legitimidade social, no Estado contemporâneo, a um processo formal que se limite a declarar direitos, sem se preocupar com a adequada, efetiva e rápida tutela dos direitos materiais<sup>85</sup>.

Outra característica do neoconstitucionalismo, que deve ser aliada à força normativa da Constituição, é a expansão da jurisdição constitucional, que exige o comprometimento do Judiciário com a efetivação dos direitos fundamentais<sup>86</sup>.

Por outro lado, o *passivismo judiciário* é extremamente nocivo ao Estado Democrático de Direito e à supremacia da Constituição<sup>87</sup>. Em uma sociedade democrática e com uma Constituição compromissória como a brasileira, cabe ao

---

<sup>83</sup> “O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) – significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo” (Recurso Extraordinário nº 477.554-AgR, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma – STF, j.16-8-2011).

<sup>84</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana: notas em torno da discussão sobre o seu caráter absoluto ou relativo na ordem jurídico-constitucional. In: **Dignidade humana e direitos sociais e não-positivismo**. Org.: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 99.

<sup>85</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**. Vol. 3. 2. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 61.

<sup>86</sup>CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 462.

<sup>87</sup>RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 150.

Judiciário assumir um compromisso constante de proteger, promover e efetivar os direitos fundamentais, colocando a norma jurídica em harmonia com a realidade, já que sem isso restará frustrada a mais importante função judicial que é promover a paz social.

O novo Código de Processo Civil reforça que a atividade jurisdicional deve ser exercida de modo a atender aos fins sociais, a permitir a inclusão social combatendo a desigualdade em seus aspectos materiais (político, econômico e social). Com efeito, é papel do Judiciário efetivar a dignidade da pessoa humana.

A dimensão processual da dignidade humana deve determinar e direcionar não apenas as decisões judiciais, como também todos os atos praticados no exercício das funções jurisdicionais. Não se quer, por certo, atribuir, exclusivamente, ao Judiciário, a missão de proporcionar o desenvolvimento social, mas também não é possível ignorar a sua responsabilidade.

No entanto, é preciso atentar-se para o fato de que, não raras as vezes, a disposição constitucional da dignidade da pessoa humana vem sendo ponderada pelo Judiciário sem nenhum critério e nem argumentação jurídica racional, o que leva ao problema do *decisionismo judicial*. Não se pode admitir que os juízes, empoderados pela força normativa dos valores e dos princípios constitucionais, possam impor a sua visão do que é justo, sem a preocupação rigorosa com o dever de fundamentar racionalmente as decisões<sup>88</sup>. A dignidade humana não pode ser usada como uma permissão constitucional que possibilite que o juiz decida da forma que bem quiser. Daí a importância da aplicação rigorosa do dever de motivação das decisões judiciais (art. 93, inc. IX, da Constituição Federal).

Por isso, a dignidade humana não pode ser transformada em uma artimanha jurídica à disposição tanto para os juízes quanto para as partes de um processo judicial. Nesse sentido, a teoria da ponderação proposta por Robert Alexy, infelizmente ainda não compreendida por muitos, não pode ser aplicada para forjar decisões *pseudofundamentadas*<sup>89</sup>, que, na verdade, estão baseadas em elevada carga de discricionariedade, abrindo espaço para arbitrariedades<sup>90</sup>. Tais decisões acabam por

---

<sup>88</sup>SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**: Estudos de Direito Constitucional. São Paulo: Lumen Juris. 2006, p. 200.

<sup>89</sup>CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 403-439.

<sup>90</sup>STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 5. ed. revista, modificada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 52.

manipular a dimensão processual da dignidade humana, para produzir casuísmos jurídicos e alimentar a utilização arbitrária e, portanto, descriteriosa dos princípios.

O novo Código de Processo Civil não compactua com o protagonismo judicial irresponsável, ao excluir taxativamente a regra do livre convencimento – substituindo o texto do art. 131/CPC-73 pelo art. 371/NCPC - e, principalmente, ao regulamentar hipóteses corriqueiras de decisões não fundamentadas e exigir maior rigor na motivação judicial (art. 489, par. 1º, CPC), para deixar claro que não se admite que o juiz julgue conforme a sua consciência<sup>91</sup>.

Portanto, a decisão judicial não pode ser produto do acaso, mas de um processo argumentativo, em que o julgador deve demonstrar de maneira racional o enfrentamento das questões fáticas e jurídicas relevantes ao julgamento da causa. Sem isso, a função judicial não se compatibiliza com a efetivação do Estado Democrático de Direito.

Compete ao Judiciário, com sensibilidade e prudência para não ultrapassar os limites contidos no sistema jurídico, interpretar e aplicar os textos legais em consonância com a dignidade da pessoa humana. Os juízes devem explorar todas as potencialidades hermenêuticas da Constituição para que se consiga, da melhor forma possível, promover os direitos fundamentais. Isso, contudo, não transforma o Judiciário em legislador, nem oferece riscos à democracia, quando a argumentação e a fundamentação judiciais se submetem aos rigores impostos pela Constituição e pelo novo Código de Processo Civil.

É importante destacar que o art. 8º do novo Código de Processo Civil faz alusão à *proporcionalidade*, um conceito-chave no debate sobre a justiça das decisões que envolvem direitos humanos-fundamentais e que deve ser concebido como um dever-jurídico-positivo, decorrente da garantia constitucional do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV, da CF)<sup>92</sup>.

Dessa forma, se por um lado a dignidade da pessoa humana ocupa o lugar de um valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente<sup>93</sup>, por outro lado ela não fica imune a possíveis restrições. A dignidade humana não deve prevalecer em toda e qualquer circunstância, apesar de assumir uma posição

---

<sup>91</sup>STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 33-34.

<sup>92</sup>“(…) o fundamento do dever de garantir uma decisão proporcional é uma exigência do Rule of Law e o Due Process of Law; outros entendem, na linha de Robert Alexy, que é a natureza dos direitos fundamentais que a exigem; para outros é a unidade sistêmica da Constituição; para outros, até, é a conjugação de todos esses fundamentos” (STRAPAZZON, Carlos Luiz. Apresentação. In: **Dignidade humana e direitos sociais e não-positivismo**. Org.: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 9).

<sup>93</sup>HC nº 107108, Relator Ministro Celso de Mello, 2ª Turma – STF. j. em 30/10/2012, p. em 20/11/2012.

privilegiada para a concretização dos direitos fundamentais<sup>94</sup>. Logo, mesmo a dignidade da pessoa humana é passível de ponderação quando em rota de colisão com outros bens jurídicos de estatura constitucional<sup>95</sup>.

Diante da complexidade da própria pessoa humana, a compreensão da existência de diversas dimensões de dignidade da pessoa humana possibilita uma avaliação mais ampla de casos concretos e conseqüente evolução do pensamento humano quer seja buscando proteger a dimensão ontológica da dignidade, quer seja respeitando as diferenças morais adotadas por cada sociedade.

### 2.1.5 A relação entre dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais

A relação entre dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais é objeto de controvérsia. Há doutrinadores que entendem que os direitos e garantias fundamentais encontram seu fundamento imediato na dignidade da pessoa humana. Para outros estudiosos, nem todos os direitos fundamentais encontram seu fundamento direto na dignidade da pessoa humana.

Sobre o tema, Ingo Wolfgang Sarlet esclarece:

(...) mesmo que se deva admitir que o princípio da dignidade da pessoa humana como principal elemento fundante e informador dos direitos e garantias fundamentais também da Constituição de 1988 – o que, de resto, condiz com a sua função como princípio fundamental – também é certo que haverá de se reconhecer um espectro amplo e diversificado no que diz com a intensidade desta vinculação, é que embora se possa aceitar, ainda mais em face das peculiaridades da Constituição Brasileira, que nem todos os direitos fundamentais tenham fundamento direto na dignidade da pessoa humana, sendo, além disso, correta a afirmação de que o conteúdo em dignidade dos direitos é variável, tais circunstâncias não retiram da dignidade da pessoa humana, na sua condição de princípio fundamental e estruturante, a função de conferir uma determinada (e possível) unidade de sentido ao sistema constitucional de direitos fundamentais, orientando – tal como bem aponta Jorge Reis Novais – inclusive as possibilidades de abertura e atualização do catálogo constitucional de direitos<sup>96</sup>.

<sup>94</sup>KLOPFER, Michael. Grundrechtstatbestand und Grundrechtsschranken in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – dargestellt am Beispiel der Menschenwürde. In: **Bundesverfassungsgerichts und Grundgesetz. Festchrift aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts**. Vol. II. Org. Christian Starck. Tübingen: J.C. Mohr (Paul Siebeck), 1976, p. 411.

<sup>95</sup>ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 94 e ss.

<sup>96</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana: notas em torno da discussão sobre o seu caráter absoluto ou relativo na ordem jurídico-constitucional. In: **Dignidade humana e direitos sociais e**

Logo, não se pode utilizar a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) como um critério exclusivo para se reconhecer os direitos fundamentais, embora grande parte dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 corresponda a exigências da dignidade da pessoa humana.

No que diz respeito à relação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, acredita-se que a dignidade da pessoa humana se apresenta como um limite aos direitos fundamentais e também assume a condição de limite aos limites. Vale dizer, dependendo de cada caso concreto, o princípio da dignidade da pessoa humana constitui um instrumento importante e necessário para restringir direitos fundamentais na esfera das relações privadas<sup>97</sup>.

Por fim, qualquer intervenção na esfera dos direitos fundamentais também deve respeitar a dignidade da pessoa humana quando esta for o núcleo essencial daqueles.

### **2.1.6A dignidade humana na teoria de Robert Alexy**

Afinal, é a dignidade humana um princípio ou uma regra?

Inicialmente, é preciso lembrar que Robert Alexy, ao se referir à distinção entre princípios e regras, explica que os “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização”<sup>98</sup>.

Segundo Robert Alexy, existem dois conceitos de dignidade da pessoa humana que se contrapõem: um absoluto e outro relativo.

---

**não-positivismo.** Org.: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 94.

<sup>97</sup>Fora das relações indivíduo-poder, isto é, quando se trata de particulares em condições de relativa igualdade, deverá, em regra, (segundo os defensores desta concepção), prevalecer o princípio da liberdade, aceitando-se uma eficácia direta dos direitos fundamentais na esfera privada apenas nos casos em que a dignidade da pessoa humana estiver sob ameaça ou diante de uma ingerência indevida na esfera da intimidade pessoal. Não é demais lembrar que, no concernente aos limites da autonomia privada, a incidência direta da dignidade da pessoa humana nas relações entre particulares atua também como fundamento de uma proteção da pessoa contra si mesma, já que a ninguém é facultada a possibilidade de usar de sua liberdade para violar a própria dignidade, de tal sorte que a dignidade da pessoa assume a condição limite material à renúncia e autolimitação de direitos fundamentais (pelo menos no que diz com o respectivo conteúdo em dignidade de cada direito especificamente considerado) (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 390.

<sup>98</sup>ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

De acordo com o conceito absoluto, a dignidade da pessoa humana é uma norma que tem preferência sobre todas as outras normas, em todos os casos, motivo pelo qual não há possibilidade de se realizar a ponderação<sup>99</sup>.

Logo, qualquer tipo de intervenção sobre a dignidade humana será necessariamente tida como uma violação à dignidade, ainda que seja de alguma forma justificada. Sendo assim, como regra, a dignidade não enfrenta limitação, devendo sempre prevalecer de forma absoluta. Nesse sentido, a concepção absoluta não é compatível com a análise de proporcionalidade<sup>100</sup>.

Por sua vez, de acordo com o conceito relativo, exatamente o oposto é verdadeiro. Compreende a dignidade humana como um princípio que pode ser ponderado e relativizado, quando em colisão com outras normas. Logo, a concepção relativa é compatível com a análise da proporcionalidade.

Nesse contexto, diante de um conflito entre princípios, Robert Alexy defende a ponderação, buscando-se, no caso concreto, dar maior peso a um em relação a outro. No direito brasileiro, a disposição constitucional da dignidade da pessoa humana, disposta no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988, vem sendo ponderada pelo Judiciário sem nenhum critério e nem argumentação jurídica racional. Daniel Sarmento faz severas críticas acerca do decisionismo judicial:

Muitos juízes deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça – ou o que entendem por justiça –, passaram a negligenciar seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta ‘euforia’ com os princípios abriu espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com os seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras ‘varinhas de condão’, com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser<sup>101</sup>.

Conforme argumenta o autor, no Brasil, existe ainda uma incompreensão do duplo caráter da norma da dignidade humana, transformando-se em uma artimanha

<sup>99</sup> ALEXY, Robert. A dignidade humana e a análise da proporcionalidade. In: **Dignidade humana e direitos sociais e não-positivismo**. Org.: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva. Florianópolis, 2015, p. 13.

<sup>100</sup> Segundo Robert Alexy, “a natureza dos princípios como mandamentos de otimização conduz diretamente a uma necessária vinculação entre os princípios e a análise da proporcionalidade”. (ALEXY, 2015, p. 18). Sendo assim, segundo o autor, o princípio da proporcionalidade que cada vez mais vem sendo reconhecido internacionalmente na teoria da jurisdição constitucional, é composto por três sub-princípios, quais sejam: o princípio da adequação, o princípio da necessidade e o princípio da proporcionalidade *stricto sensu*.

<sup>101</sup> SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**: Estudos de Direito Constitucional. São Paulo: Lumen Juris, 2006, p. 200.

jurídica, tanto pelos juízes quanto pelas partes de um processo. Dito de outra forma, a teoria da ponderação de princípios, proposta por Robert Alexy, constitui uma desculpa perfeita para sentenciar com ampla discricionariedade e pouca racionalidade, manipulando ao bel prazer as disposições constitucionais, como a própria dignidade.

Lenio Luiz Streck também faz severas críticas acerca da ponderação no Brasil:

A ponderação é inconstitucional (...) porque o legislador, ao estabelecer, de forma atécnica a ponderação de “normas”, “esqueceu” que o direito é um sistema de regras e princípios e que, portanto, ambas são normas. Logo, ponderar regras é ponderar normas. Entretanto, é vedado ponderar regras, como se pode ver no próprio criador da ponderação contemporânea, Robert Alexy, no âmbito de sua teoria da argumentação jurídica. Ao ponderar regras, o juiz deixará de aplicar uma delas. Só que, para fazer isso, deve lançar mão da jurisdição constitucional ou dos mecanismos que tratam da resolução de antinomias, e não de algo fugidio e vazio como é a ponderação. A violação, *in casu*, é do princípio da separação dos poderes e o da legalidade. Juiz não cria normas e tampouco pode deixar de aplicar uma regra válida sem que lance mão dos mecanismos próprios para isso. Se ponderar princípios já é um problema pela falta de critérios, a ponderação de regras é de extrema gravidade, porque transforma o Poder Judiciário em legislador<sup>102</sup>.

O fato é que, em quase todas as manifestações da jurisdição constitucional, a ponderação é encontrada em vários procedimentos distintos<sup>103</sup>, o que demonstra a relevância prática.

Ainda sobre o tema, Paulo Gustavo Gonet Branco assevera:

Numa sociedade plural, valores colidentes podem ser relevantes num mesmo contexto, gerando, contudo, soluções inconciliáveis. Recusar a ponderação seria equivalente a negar a evidência do pluralismo e corresponderia a uma tentativa vã de escamotear os conflitos da vida social. Assumi-la, revelaria a existência de conflitos axiológicos e a necessidade de enfrentá-los com racionalidade, do modo mais imparcial possível<sup>104</sup>.

Certamente, a ponderação vem acompanhada de ampla discricionariedade judicial. Todavia, segundo Robert Alexy, “a ponderação ou balanceamento será

<sup>102</sup>STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 5. ed. rev. e atual. de acordo com as alterações hermenêutico-processuais dos Códigos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 58-59.

<sup>103</sup>Robert Alexy desenvolveu a *Fórmula do Peso* em ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights* (trad. Julian Rivers). 1. ed. 1985, Oxford: Oxford University, 2002, p. 102.

<sup>104</sup>BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 141.

realizada somente em casos extremos”.<sup>105</sup> Logo, tal discricionariedade deve ficar limitada àqueles casos em que o ordenamento jurídico não tenha sido capaz de oferecer respostas adequadas para a solução do caso concreto. É nesse momento que deve ser exercido o controle da legitimidade das decisões obtidas mediante ponderação. Vale dizer, por meio de um processo argumentativo, o julgador deve demonstrar de maneira racional, apresentando elementos de ordem jurídica (que não podem ser substituídos por concepções pessoais), que a sua decisão é adequada à vontade constitucional. Eis o que se espera em um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

### 2.1.7 O caráter relativo da dignidade da pessoa humana

É possível estabelecer restrições à dignidade da pessoa humana?

Lamentavelmente, cada vez mais a dignidade da pessoa humana (de alguns humanos mais do que outros) é violada e desprotegida, seja pelo aumento assustador da violência contra a pessoa, seja pela carência social, econômica e cultural e grave comprometimento das condições existenciais mínimas para uma vida com dignidade e, nesse passo, de uma existência com sabor de humanidade<sup>106</sup>.

No entanto, se o ponto de partida for a ideia de que a dignidade da pessoa humana é um bem jurídico absoluto e, conseqüentemente, irrenunciável, inalienável e insuscetível de restrição, certamente não será possível o avanço na discussão do tema. Afinal, apesar da inviolabilidade da dignidade da pessoa humana, permanece o questionamento do caráter absoluto ou relativo da dignidade da pessoa e da possibilidade de se admitir eventuais restrições.

Nesse contexto, cumpre destacar o entendimento da Corte Constitucional Alemã que, em várias decisões, já adotou posições contraditórias sobre o tema, ora sinalizando na direção da concepção absoluta de dignidade humana, ora em direção à concepção relativa. Em uma decisão de 1973, sobre gravações secretas, a Corte se posicionou no sentido de que possui caráter absoluto. O Tribunal destacou que a

---

<sup>105</sup> ALEXY, Robert. A dignidade humana e a análise da proporcionalidade. In: **Dignidade humana e direitos sociais e não-positivismo**. Org.: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 31.

<sup>106</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana: notas em torno da discussão sobre o seu caráter absoluto ou relativo na ordem jurídico-constitucional. In: **Dignidade humana e direitos sociais e não-positivismo**. Org.: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 99.

dignidade humana exige um “núcleo de proteção absoluta da autodeterminação privada”

<sup>107</sup>, mencionando a ponderação do seguinte modo:

Ainda que atendendo os interesses públicos, não se justifica uma violação ao núcleo de proteção absoluta da autodeterminação privada; nenhuma ponderação, fundada em proporcionalidade, poderá ocorrer<sup>108</sup>.

Sobre o julgamento em questão, Robert Alexy declarou:

Seria aceitável que a dignidade humana tivesse precedência, mesmo naqueles casos em que, por uma perspectiva de direito constitucional, um princípio colidente tivesse maior peso? Isso cairia em uma contradição. Ter maior peso sob o ponto de vista do direito constitucional implica em ter precedência sobre tudo o que tenha menor peso do que o padrão adotado pelo direito constitucional. Nessa interpretação, a pretensão que se formula é de que o princípio colidente tem precedência e outro não tem precedência. Para evitar essa contradição, a expressão “atendendo interesses públicos” deve ser entendida com relacionada a interesses que superam a partir de uma perspectiva que não a do direito constitucional, por exemplo, a partir de uma perspectiva política. Mas, então, a tese do núcleo de proteção absoluta se tornaria supérflua. Razões que não têm status constitucional não podem prevalecer sobre razões que têm status constitucional<sup>109</sup>.

Num segundo momento, em um caso sobre a prisão perpétua, de 1977, o Tribunal em comento se manifestou acolhendo a concepção relativa de dignidade da pessoa humana, assim declarando:

A dignidade da pessoa humana também não se verá violada, se a conclusão da execução da pena é tornada necessária pelo perigo continuado representado pelo prisioneiro e, nesses termos, a libertação antecipada é afastada. (...) Nos casos em que o perigo representado pelo ofensor criminoso tiver de ser determinado, não há necessidade de comprovação complementar de que o princípio da proporcionalidade deva ser observado (...)<sup>110</sup>.

Conforme é possível conferir, este é um caso de exame de proporcionalidade, em que a dignidade humana é apreciada como um princípio que colide com o princípio da segurança pública. Logo, a colisão precisa ser resolvida por meio da ponderação.

<sup>107</sup> Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha: decisão BVerfGE 34,238 (245).

<sup>108</sup> Idem.

<sup>109</sup> ALEXY, Robert. A dignidade humana e a análise da proporcionalidade. In: **Dignidade humana e direitos sociais e não-positivismo**. Org.: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 15.

<sup>110</sup> Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha: decisão BVerfGE 45,187 (242).

Outro caso, decidido em 1978, que merece ser mencionado, diz respeito à análise da dignidade de um acusado que deixou crescer o cabelo e a barba, desde o início do cumprimento de pena. Poderia ele ser forçado a cortar os cabelos e barba para facilitar o reconhecimento por testemunhas que apenas o conheciam antes, com aparência diversa? Ao final, o Tribunal decidiu que a dignidade da pessoa humana possui caráter relativo, utilizando três argumentos: a intervenção é de “intensidade relativamente baixa”; o esclarecimento de crimes e a investigação de criminosos “correspondem ao interesse público”; o objetivo da intervenção não estava ligado à humilhação ou outro “objetivo que teria de ser reprovado pelo direito”. Logo, é preciso sempre demonstrar o que deu ensejo à intervenção para que, só assim, possa ser discutido se a medida foi desproporcional ou não. A intervenção poderá se mostrar expressivamente desproporcional em alguns casos, o que aí sim implicaria verdadeira violação da dignidade da pessoa humana.

Mas, afinal, a dignidade da pessoa humana possui um caráter absoluto ou relativo? Vale dizer, é possível estabelecer restrições à dignidade da pessoa humana? É possível, com a finalidade de proteger a dignidade de alguém, restringir a dignidade de outrem?

Nesse contexto, cumpre ressaltar o pensamento de Castanheira Neves:

A dimensão pessoal postula o valor da pessoa humana e exige o respeito incondicional de sua dignidade. Dignidade da pessoa a considerar em si e por si, que o mesmo é dizer a respeitar para além e independentemente dos contextos integrantes e das situações sociais em que ela concretamente se insira. Assim, se o homem é sempre membro de uma comunidade, de um grupo, de uma classe, o que ele é em dignidade e valor não se reduz a esses modos de existência comunitária ou social. *Será por isso inválido e inadmissível, o sacrifício desse seu valor e dignidade pessoal a benefício simplesmente da comunidade, do grupo, da classe.* Por outras palavras, o sujeito portador do valor absoluto não é a comunidade ou classe, mas o homem pessoal, embora existencial e socialmente em comunidade e na classe. Pelo que o juízo que histórico-socialmente mereça uma determinada comunidade, um certo grupo ou uma certa classe não poderá implicar um juízo idêntico sobre um dos membros considerado pessoalmente – a sua dignidade e responsabilidade pessoais não se confundem com o mérito e o demérito, o papel e a responsabilidade histórico-sociais da comunidade, do grupo ou classe de que se faça parte<sup>111</sup>.

---

<sup>111</sup> NEVES, Castanheira. A Constituição Portuguesa e a dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Constitucional e Internacional: cadernos de direito constitucional e ciência política**, n. 45, 2003, p. 87-88.

Por sua vez, Robert Alexy entende que a dignidade da pessoa humana é passível de ponderação quando em rota de colisão com outros bens jurídicos de estatura constitucional<sup>112</sup>.

Inicialmente, é preciso lembrar que a dignidade é inerente ao ser humano e, portanto, deve ser respeitada por todos. Até mesmo os atos “indignos” não têm o condão de restringir a dignidade (que não pode ocorrer nem mesmo voluntariamente, haja vista a sua irrenunciabilidade). Nesse sentido, o autor adverte:

Sendo todas as pessoas iguais em dignidade (embora nem todas se portem de modo igualmente digno) e existindo, portanto, um dever de respeito e de consideração recíproco (de cada pessoa) da dignidade alheia (para além do dever de respeito e proteção por parte do poder público e da sociedade), coloca-se a hipótese em conflito direto entre as dignidades de pessoas diversas, impondo-se – também nesses casos (?) – o estabelecimento de uma concordância prática (Hesse), que necessariamente implica a ponderação (Alexy) dos bens em rota conflitiva, neste caso, do mesmo bem (dignidade) concretamente atribuído a dois ou mais titulares<sup>113</sup>.

No entanto, a dignidade da pessoa humana, apesar de constituir um valor (bem jurídico) maior, não significa que deva prevalecer em toda e qualquer circunstância, mas tão somente que ocupa uma posição privilegiada com relação aos demais direitos fundamentais<sup>114</sup>. Por exemplo, não restam dúvidas de que o encarceramento de um indivíduo (ainda que tenha sido condenado, por exemplo, por homicídio qualificado pela utilização de meios cruéis) em uma prisão superlotada, sendo submetido a condições desumanadas e degradantes, constitui uma ofensa à sua dignidade pessoal. Por outro lado, tais sanções impostas decorrem da necessidade de se proteger a vida, a liberdade e dignidade de outras pessoas. Cada pessoa deve ser compreendida em relação com as demais.

Além disso, segundo Rodrigo da Cunha Pereira, o princípio da dignidade, por conter valores, traz consigo, além de seu conteúdo normativo, um conteúdo axiológico:

---

<sup>112</sup> ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 94 e ss.

<sup>113</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana: notas em torno da discussão sobre o seu caráter absoluto ou relativo na ordem jurídico-constitucional. In: **Dignidade humana e direitos sociais e não-positivismo**. Org.: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 97-98.

<sup>114</sup> KLOPFER, Michael. Grundrechtstatbestand und Grundrechtsschranken in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – dargestellt am Beispiel der Menschenwürde. In: STARCK, Christian (Org.), **Bundesverfassungsgerichts und Grundgesetz. Festschrift aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts**, vol. II, Tübingen: J.C. Mohr (Paul Siebeck), 1976, p. 411.

Invoca-se o princípio da dignidade humana para justificar a mudança de sexo e de nome de um transexual, mas este mesmo princípio é invocado para justificar o contrário; a adoção por homossexuais pode ter como invocação o princípio da dignidade e da igualdade de tratamento e, ao mesmo tempo, pode ser invocado para negar tal adoção; a eliminação de embriões excedentários pode ser considerada por alguns como afronta ao princípio da dignidade, como também conservá-los pode ser indigno; o aborto legal, isto é, em casos de estupro e grave risco de saúde da mãe – o feto pode ser expulso, sendo que em outras situações proíbe-se o aborto com base na dignidade humana; os ordenamentos jurídicos que não recepcionam a pena de morte sustentam-se no princípio da dignidade humana com o seu valor máximo, a vida. Por outro lado, os Estados que adotam a pena de morte relativizam até mesmo este valor máximo que é a vida. Os tribunais decidiram, reiteradas vezes, que obrigar o suposto pai a submeter-se ao exame de DNA afronta o princípio da dignidade humana e, no entanto, o Código Civil de 2002, em nome do princípio do melhor interesse da criança, positivou em seus arts. 231 e 232 uma quase obrigatoriedade de realização desse exame, o que significa também uma relativização da tão invocada dignidade. Como se vê, a verdade sobre o valor da dignidade é relativa e é construída ideologicamente à medida que as concepções subjetivas vão mudando<sup>115</sup>.

O fato é que cada ser humano é um sujeito singular diante de um conflito humano igualmente singular<sup>116</sup>. Logo, a construção do conteúdo da dignidade sofre variações a depender de cada caso concreto, especialmente no que tange aos valores do sujeito desejante.

Sobre o tema, Robert Alexy afirma que o princípio da dignidade da pessoa humana acaba por sujeitar-se a uma necessária relativização. “(...) a concepção relativa é, de fato, a correta, mas que existem outros desdobramentos da dignidade humana que se encaminham na direção da concepção absoluta”<sup>117</sup>.

Admite-se, portanto, a relativização da dignidade da pessoa humana diante da necessidade de proteção da dignidade de terceiros, especialmente de uma comunidade. Porém, é preciso averiguar, em cada caso concreto, a existência ou não de ofensa à dignidade, bem como definir qual o âmbito de proteção da norma que o consagra. É preciso ter cuidado para que a dignidade não sirva de justificação para uma espécie de *fundamentalismo da dignidade*<sup>118</sup>, já que esta possui conceito aberto, é um construído,

<sup>115</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 121-122.

<sup>116</sup> Idem, p. 123.

<sup>117</sup> ALEXY, Robert. A dignidade humana e a análise da proporcionalidade. In: **Dignidade humana e direitos sociais e não-positivismo**. Org.: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 17.

<sup>118</sup> Nesse sentido, Chaim Perelman em **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 403.

um produto cultural. Já para o professor Rodrigo da Cunha Pereira, o uso indiscriminado da dignidade humana, embora possa acarretar uma banalização deste fundamental princípio, tem relevância ímpar, por colocar em pauta a proteção e a promoção da pessoa humana. Enfim, se por um lado a dignidade da pessoa humana ocupa o posto mais alto do ordenamento jurídico, especialmente no âmbito do Direito de Família, por outro, não fica imune a qualquer tipo de restrição.

### **2.1.8 Dignidade, direitos humanos e inclusão social**

A noção de Direitos Humanos foi delineada com base na dignidade da pessoa humana, ou seja, está centrada na ideia de que determinados direitos são atribuídos a todos os indivíduos pelo simples fato de pertencerem ao gênero humano. Logo, a dignidade da pessoa humana deve ser respeitada e protegida pelo Poder Público. Trata-se de exigência essencial para a noção de cidadania.

Mas, afinal, como a dignidade interfere como uma fonte principiológica na aplicação prática do Direito de Família?

Em um Estado Democrático de Direito, fundado no valor da dignidade da pessoa humana, cada pessoa possui uma esfera de liberdade e autonomia individuais que deve ser assegurada pelo Poder Público. Por isso, a exclusão de determinadas relações de família do laço social é uma afronta à dignidade da pessoa humana. O Direito de Família só estará em conformidade com a dignidade e com os Direitos Humanos quando essas relações interprivadas não estiverem mais à margem, fora do laço social. Os exemplos históricos do Direito de Família são muitos: a exclusão da mulher do princípio da igualdade, colocando-a em posição inferior ao homem; a proibição de registrar o nome do pai nos filhos havidos fora do casamento se o pai fosse casado; e o não reconhecimento de outras formas de família que não fosse o casamento<sup>119</sup>. É o jurista Rodrigo da Cunha Pereira que vem iluminar a reflexão:

(...) o Direito de Família está intrinsecamente ligado aos “Direitos Humanos” e à dignidade. A compreensão dessas noções, que nos remetem ao conceito contemporâneo de cidadania, é que tem impulsionado a evolução do Direito de Família. Cidadania pressupõe não exclusão. Isto deve significar a legitimação e a inclusão no laço social de todas as formas de família, respeito a todos os vínculos

---

<sup>119</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 120.

afetivos e a todas as diferenças. Portanto, o princípio da dignidade humana significa para o Direito de Família a consideração e o respeito à autonomia e à sua liberdade. Significa, em primeira e última análise, uma igual dignidade para todas as entidades familiares. Neste sentido, podemos dizer que é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família<sup>120</sup>.

Sendo assim, considerando o histórico de exclusões, torna-se imprescindível refletir o Direito de Família na contemporaneidade sob a ótica dos Direitos Humanos, cujas bases estão relacionadas à noção de cidadania. Legitimar e incluir os novos arranjos familiares no laço social, com respeito ao afeto e às diferenças, significa outorgar-lhes dignidade e permitir que existam como cidadãos.

## **2.2 Princípio da autonomia e da menor intervenção estatal**

### **2.2.1 Direito de família: Direito Público ou Privado**

À família sempre competiu uma função essencial na vida do ser humano, representando a forma pela qual este se relacionava com o meio em que vivia, ou seja, no decorrer da vida, o desenvolvimento pessoal do indivíduo, a formação de sua personalidade e sua integração ao meio social estão intrinsecamente ligados ao seio familiar ao qual está inserido.

Ocorre que, do ponto de vista jurídico, sendo a família uma instituição, esta é estruturada e organizada segundo o Direito de Família, ou seja, o ramo do Direito que regula as obrigações e direitos decorrentes das relações familiares. Logo, não é possível negar a presença do Estado regulando a convivência familiar. Exatamente por isso, alguns autores chegam a afirmar que o Direito de Família deveria ser incluído no âmbito do Direito Público, com maior intervenção do Estado. Dentre eles, Silvio Rodrigues destaca:

O interesse do Estado pela família faz com que o ramo do direito que disciplina as relações jurídicas que se constituem dentro dela se situe mais perto do direito público do que do direito privado. Dentro do Direito de Família o interesse do Estado é maior do que o individual. Por isso, as normas de Direito de Família são, quase todas, de ordem pública, insuscetíveis, portanto, de serem derogadas pela convenção entre particulares<sup>121</sup>.

---

<sup>120</sup> Idem.

<sup>121</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito de família**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 6, p. 7.

Embora a proteção da família seja de interesse tanto do Estado quanto da sociedade<sup>122</sup>, considerando os sujeitos das relações que disciplina, o conteúdo de tais relações, os fins de seu ordenamento e a forma de atuação, o Direito de Família é direito privado, e parte integrante do direito civil<sup>123</sup>. Nesse sentido, para Caio Mário da Silva Pereira, as normas de Direito de Família são de ordem privada, haja vista que os interesses protegidos são preponderantemente individuais. Para o autor, embora haja interesse coletivo, a relação ocorre entre particular<sup>124</sup>. Além disso, o próprio Código Civil em seu artigo 1.513 estabelece que “É defeso a qualquer pessoa, de Direito Público ou Privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

Sobre o tema, Rodrigo da Cunha Pereira assim sustenta:

Não se deve confundir, entretanto, esta tutela com poder de fiscalização e controle, de forma a restringir a autonomia privada, limitando a vontade e a liberdade dos indivíduos. Muito menos se pode admitir que esta proteção alce o Direito de Família à categoria de Direito Público, apto a ser regulado por seus critérios técnico-jurídicos. Esta delimitação é de fundamental importância, sobretudo para servir de freio à liberdade do Estado para intervir nas relações familiares<sup>125</sup>.

Sendo assim, a aplicabilidade do princípio da intervenção mínima do Estado está ligada à questão da autonomia privada e traz à tona a discussão acerca dos limites entre o Público e o Privado.

### **2.2.2 Dicotomia: Direito Público e Direito Privado**

O fenômeno da constitucionalização do Direito Privado representa, de certo modo, a superação de uma das grandes dicotomias do pensamento jurídico: o Direito Público e o Direito Privado. Deste modo, é necessário percorrer as razões que deram

---

<sup>122</sup> Segundo o artigo 226 da Constituição Federal, “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Também o artigo 227 estabelece que “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)”.

<sup>123</sup> GOMES, Orlando. **Direito de família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 6.

<sup>124</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 5, p. 3-4.

<sup>125</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.178.

origem a essa diferença, a sua evolução, e por qual motivo tal diferenciação foi relativizada.

Sob o ponto de vista da igualdade e desigualdade, Norberto Bobbio afirma a existência da dicotomia entre o Público e o Privado, nos seguintes termos:

Com base na *forma* da relação jurídica, distinguem-se relações de *coordenação* entre sujeitos de nível igual, e relações de *subordinação* entre sujeitos de nível diferente, dos quais um é superior e outro inferior: as relações de direito privado seriam caracterizadas pela igualdade dos sujeitos, e seriam, portanto, relações de coordenação; as relações de direito público seriam caracterizadas pela desigualdade dos sujeitos, e seriam, portanto, relações de subordinação. Com base na *matéria*, porém, que constitui o objeto da relação, distinguem-se os interesses individuais, que se referem a uma única pessoa dos *interesses coletivos*, que se referem à totalidade das pessoas, à coletividade. Levando em conta esta distinção, o direito privado seria caracterizado pela proteção que oferece aos interesses privados e o direito público pela proteção oferecida aos interesses coletivos<sup>126</sup>.

Para Daniel Sarmiento, a dicotomia entre o Público e o Privado, sobre o ponto de vista da igualdade e desigualdade, reside na distinção da relação de autoridade e subordinação nas relações estabelecidas entre o Estado e o cidadão (Público). Por sua vez, no Direito Privado, impera a paridade e coordenação, travadas por agentes em situação de igualdade<sup>127</sup>.

Importante ressaltar que o estudo da distinção entre o Direito Público e o Privado sempre vem acompanhado de certo valor axiológico, na medida em que é recorrente a afirmação de que existe supremacia do Direito Público sobre o Privado.

O fato é que, independentemente das distinções que sempre são feitas a partir de critérios variados, originariamente, o Direito Público e o Privado viviam em mundos apartados. Portanto, faz-se necessário um estudo acerca do surgimento dessa dicotomia e sua repercussão no mundo jurídico.

### 2.2.2.1 A prevalência do Privado sobre o Público

---

<sup>126</sup> BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Immanuel Kant**. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 83.

<sup>127</sup> SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional”. In: **Interesses Públicos versus Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. SARMENTO, Daniel (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 31.

Importa enfatizar que a recorrente afirmação da supremacia do Direito Público sobre o Direito Privado admitiu alternâncias ao longo da história. Já a evolução não ocorreu de forma linear, ao contrário, verifica-se uma oscilação de modo cíclico.

Na antiga Grécia, já existia certa relação do público com o privado, haja vista que havia uma participação direta dos cidadãos, na tomada de grandes decisões, no que dizia respeito aos interesses da comunidade. Dentre tais decisões, destacam-se a votação de leis e o julgamento de seus semelhantes em processos públicos mais relevantes. Já em Roma, ao contrário, existia uma nítida separação entre as duas esferas, havendo pouca participação direta dos cidadãos na esfera pública.

Na era medieval, ocorreu certa absorção do Público pelo Privado, eis que os senhores feudais exerciam verdadeira função pública<sup>128</sup>.

Com o desenvolvimento do Estado moderno, novamente há uma inter-relação entre o público e o privado, pois era evidente o interesse da burguesia emergente no fortalecimento da monarquia nacional, pois isso poderia proporcionar, em especial, o crescimento do comércio e a redução das taxas alfandegárias. Da mesma forma, preocupava-se o monarca com o fortalecimento da burguesia, eis que com isso, poderia cobrar tributos cada vez mais altos e obter maiores empréstimos para o financiamento de suas campanhas militares e outros empreendimentos.

No entanto, por volta do séc. XVIII, a divisão dicotômica entre o público e o privado se mostra mais intensa. O Direito Público passa a ser visto como o ramo do direito voltado a disciplinar a sociedade civil e a área econômica. Por sua vez, surgem os primeiros Códigos Civis, e as relações privadas passam a se desenvolver a partir de uma concepção de propriedade absoluta e de uma plena liberdade contratual (áreas essas que o Direito Público não podia interferir).

Por sua vez, a partir da Revolução Francesa, o Direito Privado torna-se também burguês, na medida em os Códigos passaram a regular toda a sociedade a partir das ideologias e anseios de um fragmento dessa sociedade, qual seja, a classe burguesa.

Segundo Flávia Piovesan, “há o alargamento do próprio conceito de sujeito de direito, que passou a abranger, além do indivíduo, as entidades de classe, as organizações sindicais, os grupos vulneráveis e a própria humanidade”<sup>129</sup>.

---

<sup>128</sup>FACHINNI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Constituição, Direitos fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 18.

<sup>129</sup>PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 130.

Nesse período, os Códigos Civis desempenhavam o papel de verdadeiras constituições na esfera do Direito Privado. O direito de propriedade e a autonomia privada eram protegidos como autênticos direitos fundamentais, de maneira quase absoluta. Dessa forma, o Direito Civil oferecia uma espécie de suporte à burguesia para que esta exercesse a sua liberdade sem intervenções do Estado. Daí a importância secundária do direito constitucional.

Já as normas constitucionais daquela época somente tutelavam a autonomia privada para que não houvesse intromissões estatais.

Nesse universo, o Direito Civil e o Direito Constitucional percorriam trilhas distintas, cada um com seu próprio domínio de incidência. Aliás, o direito constitucional sequer estabelecia princípios que pudessem disciplinar as relações jurídicas privadas. Como tais constituições não eram rígidas e, portanto, podiam ser alteradas a qualquer tempo, o *Code Civil* sempre simbolizou a estabilidade da sociedade civil, pois vigora há mais de duzentos anos.

Assentadas tais premissas, resta evidente que o legalismo imperava nessa época. Segundo Nelson Saldanha, ambas as regulamentações jurídicas possuíam uma característica em comum – tratava-se da “concepção legalista e escritural do Direito”<sup>130</sup>. Por sua vez, a atividade jurisdicional estava reduzida a uma operação técnica, ou seja, o juiz deveria observar os fatos e encontrar a regra legal em um catálogo de leis que resolveria o problema.

### **2.2.2.2 A prevalência do Público sobre o Privado**

A era das codificações representou, de certa forma, a prevalência do Direito Privado sobre o Direito Público. Todavia, essa relação se inverte no período do constitucionalismo social dos países ocidentais, que sucede ao pós-guerra.

Na esfera do Direito Privado, diferentemente do período anterior no qual predominava o individualismo, agora a vontade dos particulares começa a ser limitada, especialmente pelos princípios constitucionais da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana. Os Códigos, no período anterior, representavam o centro de todo o

---

<sup>130</sup>SALDANHA, Nelson. Conceituações do Direito: tendência privatizante e tendência publicizante. In: *Revista de Direito Público*, São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 81, 1987, jan./março, p. 78.

ordenamento jurídico privado, na medida em que regulavam as relações privadas, sob a proteção da autonomia da vontade. Todavia, ao passo em que as novas Constituições, com certo olhar para o futuro, pretendiam transformar a sociedade, os novos códigos passaram, também, a ter um caráter promocional. A função dos códigos não se resumia a proteger ou a reprimir os atos que lhes eram contrários, mas estimular e encorajar a promoção de atos considerados socialmente úteis<sup>131</sup>.

Com a adoção de microssistemas como, por exemplo, a Lei de Locações, o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente, inicia-se a chamada *Era dos Estatutos*.

### 2.2.2.3 A relativização da distinção entre Direito Público e Direito Privado

Modernamente, sob o ponto de vista jurídico, é possível afirmar que o Direito Público e o Direito Privado não caminham em sentidos antagônicos. Isto porque o Estado cada vez mais se aproveita de alguns institutos jurídicos do Direito Privado quando, por exemplo, celebra contratos com os particulares (nas privatizações).

Por sua vez, o Direito Privado também percorre as trilhas do Direito Público na medida em que inúmeros institutos do direito privado passaram a ser protegidos pela Constituição. Sobre este enfoque, destaca-se a função social da propriedade, a função social do contrato, a função social da empresa, a função social da família que, de simples instituição ou mero agrupamento humano baseado em laços sanguíneos, passou a ser reconhecida como um espaço de busca de felicidade e de realização pessoal de cada um de seus membros.

Acerca da relativização da autonomia privada, avalia Konrad Hesse:

La autonomía privada y su manifestación más importante, la libertad contractual, encuentran su fundamento y sus límites en la idea de la configuración bajo propia responsabilidad de la vida y de la personalidad. Presuponen una situación jurídica y fáctica aproximadamente igual de los interesados. Donde falta tal presupuesto, y la autonomía privada de uno conduce a la falta de libertad del otro, desaparece todo fundamento y se transpasa todo límite; el indispensable equilibrio debe entonces ser encontrado por otra vía, la de la regulación estatal, cuya eficacia frecuentemente requiere una conexión de preceptos de Derecho Público y Privado. Aquí radica la diferencia esencial entre el significado actual de la autonomía privada y el del siglo XIX: aquél ofrecía una libertad sólo formal, que sólo parcialmente se correspondía con la realidad social; en

<sup>131</sup>BOBBIO, Norberto. **Dalla struttura alla funzione**. Nuovi studi di teoria del diritto. Milano: Edizione di Comunità, 1977, p. 13-32.

consecuencia, podía conducir a la falta de libertad efectiva. Una libertad real general nunca puede ser producida por la sola autonomía privada. Dado el presupuesto de una situación jurídica y fáctica aproximadamente igual de los interesados, ésta es, sin embargo, elemento esencial de la libertad real, y como tal no puede ser sustituida por planificación o regulación estatal alguna por cuidada que sea<sup>132</sup>.

Enfim, após tantas alterações conceituais ao longo da história, Direito Público e Direito Privado tiveram seus significados originários modificados. Para Maria Celina Bodin de Moraes, “o Direito Privado deixou de ser o âmbito da vontade individual, e o Direito Público não mais se inspira na subordinação do cidadão”<sup>133</sup>. Seria o fim das dicotomias? É indubitável que as diferenças existem (e devem mesmo existir), no entanto, aquela dualidade radical foi atenuada no decorrer das últimas décadas, na medida em que a Constituição Federal de 1988 passou a ser o centro do ordenamento jurídico. As diferenças hoje existentes são puramente quantitativas, pois existe um predomínio dos interesses individuais no Direito Privado, ao passo que prevalecem os interesses da sociedade no Direito Público.

#### **2.2.2.4A constitucionalização do Direito Privado no Brasil**

A constitucionalização do Direito Privado trouxe reflexos para o ordenamento jurídico, conferindo-lhe sistematicidade e unidade. No Brasil, o fenômeno deve ser analisado em duas fases. Na primeira delas, verifica-se que alguns temas que antes eram tratados apenas nos códigos privados (família, propriedade, etc.), passaram a ser disciplinados também nas Constituições contemporâneas. Estas passaram, inclusive, a tratar de normas de Direito Penal, Direito Administrativo e Direito Processual. Mas esta é apenas a fase inicial da constitucionalização do Direito, fase chamada por alguns estudiosos de *relevância constitucional das relações privadas*. Importante destacar, ainda, que o fenômeno da constitucionalização ocorreu, inicialmente, na Alemanha e, em seguida, na Itália. Já nos países de democratização tardia, tais como Portugal, Espanha e, especialmente, no Brasil, a constitucionalização é recente, embora bastante intensa.

Desse modo, na segunda fase, verifica-se que a Constituição Federal de 1988 passou a ocupar um lugar de destaque no ordenamento jurídico, desfrutando de uma

---

<sup>132</sup> HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Madrid: Ed. Civitas, 1995, p. 78-79.

<sup>133</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **A caminho de um direito civil constitucional**. Revista de Direito Civil, n. 65, 1993, p. 26.

supremacia formal, material e axiológica. Isso conduziu, aqui, ao fenômeno chamado de constitucionalização do direito (ou *filtragem constitucional*) que é a leitura de toda e qualquer legislação infraconstitucional à luz da Constituição. É a partir da Constituição, portanto, que todo o ordenamento jurídico deve ser filtrado e interpretado<sup>134</sup>.

Sendo assim, a partir da Constituição Federal de 1988, as normas constitucionais ganharam força, alterando o sentido e o alcance de todas as normas infraconstitucionais, com grande repercussão, inclusive, sobre a atuação dos Três Poderes e nas suas relações com os particulares.

De tal modo, o fenômeno da constitucionalização no Brasil vai muito além do fato de que a Constituição Federal de 1988 passou a tratar de disciplinas próprias do Direito Privado. O fenômeno deve ser entendido sob a ótica da hermenêutica contemporânea, em um ambiente em que toda matéria verdadeiramente importante carece de interpretação constitucional – direta ou indiretamente.

No mesmo sentido, José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira entendem que "a principal manifestação da preeminência normativa da Constituição consiste em que toda a ordem jurídica deve ser *lida à luz dela* e passada pelo seu crivo"<sup>135</sup>.

Nesse ambiente, o Direito Civil foi o que sofreu de maneira mais intensa o impacto da constitucionalização. O antigo Código Civil, que tinha a pretensão de disciplinar todos os aspectos da vida privada, acaba sendo esfacelado pela edição de várias leis específicas tratando de temas como divórcio, locação, sociedades empresariais, filiação, criança e adolescente, alimentos, etc. Enfim, uma verdadeira *descodificação* (fragmentação) do Direito Civil.

Daí falar-se em *repersonalização* (ou *despatrimonialização*) do Direito Civil. O ser humano passou a ser o centro do Direito Civil, e o patrimônio deixou de ser o centro das preocupações privatistas. Sobre o maior relevo dado à pessoa, Pietro Perlingieri salienta que "os interesses e direitos de natureza essencialmente pessoal antepõem-se a interesses e direitos patrimoniais, o que supõe que, na hierarquia de valores, a pessoa humana prevalece sobre o interesse econômico"<sup>136</sup>.

---

<sup>134</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito:** o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf). Acesso em 29 de novembro de 2016.

<sup>135</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição.** Coimbra: Coimbra, 1991, p. 45.

<sup>136</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil:** Introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 6.

Além disso, por consequência da constitucionalização do Direito Civil, alguns princípios constitucionais, em especial o da dignidade da pessoa humana, acabaram migrando para o âmbito do Direito Privado.

Por outro lado, diante de tantos novos estatutos tratando de temas do Direito Privado, é preciso garantir certa unidade sistemática por meio de interpretação constitucional. Sobre o tema, Pietro Perlingieri ressalta que “o Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional”<sup>137</sup>.

Nesse sentido, objetivando trazer harmonia ao ordenamento jurídico, em consequência do caráter normativo da Constituição, todas as leis e atos da administração pública devem ser interpretados à luz dos valores e princípios consagrados na Constituição Federal de 1988.

Mas também ao Judiciário impende invalidar os atos legislativos que sejam incompatíveis com a Constituição, desde que não haja inovação na ordem jurídica. O debate, todavia, é complexo e carece de outros estudos.

Em suma, o fenômeno da constitucionalização implica irradiação de todos os valores constitucionais por todo o sistema jurídico. Disso resulta a aplicação direta da Constituição Federal de 1988 a diversas pretensões ou a interpretação das normas infraconstitucionais à luz dos valores constitucionais. Em especial, o Direito Civil brasileiro tomou como norma vinculante os princípios constitucionais.

### **2.2.3 A aplicação do princípio da mínima intervenção do Estado**

Conforme já exposto, com a despatrimonialização do Direito Civil, não é possível afirmar que ocorreu a exclusão do conteúdo patrimonial, mas tão somente que houve redistribuição dos valores na relação de família. Vale dizer, que se passou a valorizar o indivíduo como centro da família e não tão somente como um elemento de força produtiva.

Por conseguinte, a família contemporânea não mais admite a intervenção do Estado, especialmente no que se concerne à intimidade de seus integrantes. Restará claro

---

<sup>137</sup>Idem.

que a Constituição de 1988 buscou unir a liberdade do indivíduo à importância que a família representa para a sociedade e para o Estado. Quando no rol de direitos e garantias fundamentais previstos no artigo 5º, bem como por meio de outros princípios, o Estado garantiu liberdade ao indivíduo, atribuiu-lhes a autonomia e o respeito dentro da família<sup>138</sup> e, imediatamente, afirmou a sua existência como célula mantenedora de uma sociedade democrática. Eis o que deve interessar ao Estado<sup>139</sup>.

Sobre a intervenção do Estado na vida privada, bem asseverou Savigny, ainda no século XIX:

(...) toda relação de direito compõe-se de dois elementos: primeiro, uma determinada matéria, a relação mesmo; segundo, a ideia de direito que regula essa relação. O primeiro pode ser considerado como elemento material da relação de direito, como um simples fato; o segundo, como o elemento plástico que enobrece o fato e lhe impõe a forma jurídica. Todavia, **nem todas as relações de homem a homem entram no domínio do direito, nem todas têm necessidade, nem todas são suscetíveis de serem determinadas por uma regra de tal gênero.** Cabe, pois, distinguir três casos: ora a relação está inteiramente dominada por regras jurídicas, ora está somente em parte, ora escapa a elas por completo. A propriedade, o matrimônio e a amizade podem servir como exemplo dos três diferentes casos. (grifo nosso)<sup>140</sup>.

Porém, na experiência brasileira, é possível citar alguns casos de intervenção excessiva do Estado. Por exemplo, a imputação de culpa pelo casamento; se não cabe ao Estado impor a forma como a família será constituída, tampouco poderá normatizar acerca dos motivos que fundamentam a sua desconstituição. Igualmente, quando o Estado impõe o regime de separação de bens no casamento da pessoa com mais de 70 (setenta) anos<sup>141</sup>, resta clara a intervenção do Estado na família para além de função de tutelar. Também o Estado intervém de forma irrestrita quando proíbe a renúncia aos alimentos entre cônjuges<sup>142</sup>. Conforme critica João Batista Villela, a própria Súmula

<sup>138</sup> Também no §7º do artigo 226 da CF/88, o Estado garantiu a liberdade ao indivíduo no que diz respeito ao planejamento familiar, com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

<sup>139</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 183.

<sup>140</sup> SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **Da vocação no nosso tempo para a legislação e a ciência do direito**. apud. AMARAL. Francisco. **Direito civil**: introdução. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 162.

<sup>141</sup> Conforme artigo 1.641, inciso II, com redação alterada pela Lei nº 12.344/2010.

<sup>142</sup> Conforme artigo 1.707, do Código Civil.

379 do STF<sup>143</sup>: “infantiliza os cônjuges e lhes retira o poder de autodeterminação até mesmo quando já superados todos os desencontros de um casamento que se inviabilizou”<sup>144</sup>.

Além disso, embora o Código Civil proíba a interferência de qualquer pessoa, de Direito Público ou Privado, na comunhão de vida instituída pela família<sup>145</sup>, esse mesmo Código também estabelece a obrigação de coabitação<sup>146</sup> e da manutenção do relacionamento sexual durante a convivência no lar comum, como se vê na decisão abaixo transcrita:

EMENTA: APELAÇÃO. ANULAÇÃO DE CASAMENTO. ERRO ESSENCIAL EM RELAÇÃO À PESSOA DO CÔNJUGE. OCORRÊNCIA. A existência de relacionamento sexual entre cônjuges é normal no casamento. É o esperado, o previsível. O sexo dentro do casamento faz parte dos usos e costumes tradicionais em nossa sociedade. Quem casa tem uma lícita, legítima e justa expectativa de que, após o casamento, manterá conjunção carnal com o cônjuge. Quando o outro cônjuge não tem e nunca teve intenção de manter conjunção carnal após o casamento, mas não informa e nem exterioriza essa intenção antes da celebração do matrimônio, ocorre uma desarrazoada frustração de uma legítima expectativa. O fato de que o cônjuge desconhecia completamente que, após o casamento, não obteria do outro cônjuge anuência para realização de conjunção carnal demonstra a ocorrência de erro essencial. E isso autoriza a anulação do casamento<sup>147</sup>.

Apesar de a jurisprudência brasileira caminhar por trilha distinta, entende-se que a expressão “vida em comum” disposta no inciso II do artigo 1.566 do Código Civil não significa “contatos sexuais”, como se conseqüentemente não houvesse a possibilidade de existir o afeto e o desejo de constituir família. O Estado não pode impor a obrigação de manter relações sexuais, sob pena de ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana e a um dos corolários da personalidade jurídica, qual seja,

<sup>143</sup> “No acôrdo de desquite não se admite renúncia aos alimentos, que poderão ser pleiteados ulteriormente, verificados os pressupostos legais”.

<sup>144</sup> VILLELA, João Batista. **Liberdade e família**. Movimento Editorial da Revista da Faculdade de Direito da UFMG, v. III, série Monografias, n. 2. Belo Horizonte: Faculdade de Direito UFMG, 1980, p. 36.

<sup>145</sup> Conforme artigo 1.513 do Código Civil.

<sup>146</sup> Conforme artigo 1.566, inciso II do Código Civil.

<sup>147</sup> Acórdão 70016807315, 8ª Câmara Cível - TJRS, p. 30/11/2006.

a livre disposição do próprio corpo e da privacidade mais íntima.<sup>148</sup> Para Maria Berenice Dias, não é possível o Estado intervir na intimidade da vida a dois:

A eventual ou contumaz ausência da vida sexual não afeta a higidez do casamento. Não serve de motivo para sua anulação. Sequer pode ser invocada para justificar ação de separação. O simples fato de haver arrefecido a paixão ou o desejo não produz qualquer efeito. Ninguém pode ser condenado pela falta do estímulo indispensável para que os contatos físicos sejam um verdadeiro coroamento das relações afetivas que enlaçam um par. Não é o exercício da sexualidade que mantém o casamento. A inaceitação do contato corporal não gera a possibilidade de ocorrência de dano moral. Muito menos a abstinência sexual assegura direito indenizatório. Desarrazoado e desmedido pretender que a “ausência de contato físico de natureza sexual” seja reconhecida como inadimplemento de dever conjugal. A injustificada tentativa de inserir na lei civil obrigação indenizatória por dano moral, se vingar, certamente terá consequências funestas. Algumas, inclusive, imprevisíveis. Poderá dar ensejo a um verdadeiro terrorismo sexual e chancelar a violência doméstica para forçar o contato sexual. Ou até mesmo poderá chegar a absurdos como – quem sabe? – desqualificar o estupro nas relações familiares, pelo reconhecimento do direito do estuprador ao exercício da sexualidade. Realmente, não se pode brincar com as leis<sup>149</sup>.

Sendo assim, a dignidade da pessoa humana deve ser respeitada também no âmbito dos relacionamentos sexuais. Não pode o indivíduo ser tratado como mero objeto de prazer. “Como pode o Estado ditar normas e dispor sobre a vida íntima e sexual do casal, inclusive afastando a livre manifestação de vontade de pessoas capazes? A quem interessa a ‘prestação sexual’ além dos próprios cônjuges?”<sup>150</sup>. Eis o questionamento de Rodrigo da Cunha Pereira.

Por fim, a intervenção do Estado no âmbito familiar justifica-se, apenas e tão somente, para tutelar e garantir a realização pessoal de seus integrantes. Quando da leitura do artigo 226 da Constituição “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, é essa a interpretação que se extrai quanto à concepção de intromissão do Estado, ou seja, o papel do “Estado-protetor” e não “Estado-

<sup>148</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 187.

<sup>149</sup> DIAS, Maria Berenice. **Casamento ou terrorismo sexual?** Disponível em <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_547\)4\\_\\_casamento\\_ou\\_terrorismo\\_sexual.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_547)4__casamento_ou_terrorismo_sexual.pdf)>. Acesso em 01 de novembro de 2016.

<sup>150</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 188.

interventor”.<sup>151</sup> Vale dizer que o Estado deve intervir para proteger, para garantir que o indivíduo possa existir como cidadão, não para restringir direitos.

Sobre o tema, assim decidiu o Supremo Tribunal Federal recentemente:

Cuida-se, a busca da felicidade, de preceito que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhecendo-se não apenas as suas capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos, mas também que o Estado, então recém-criado, deveria atuar apenas na extensão em que essas capacidades próprias fossem respeitadas. Traduz-se em um mandamento a que o governo se abstenha de eleger finalidades a serem perseguidas nas mais diversas esferas da vida humana, bem assim a que não se imiscua nos meios eleitos pelos cidadãos para a persecução das vontades particulares. Nenhum arranjo político é capaz de prover bem-estar social em caso de sobreposição de vontades coletivas a objetivos individuais<sup>152</sup>.

O ser humano jamais pode ser reduzido a mero instrumento para fazer prevalecer a vontade dos governantes. Não pode o Estado, ao querer enquadrar a realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei, impedir que cada pessoa busque a felicidade. Sobre o direito à busca da felicidade, o Supremo Tribunal Federal também já se manifestou anteriormente:

O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. - Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana<sup>153</sup>.

Enfim, quando o assunto é família, o Estado deve intervir para reconhecer liberdades e ampliar a proteção, jamais para restringir direitos.

### **2.3 Princípio da afetividade**

<sup>151</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 183.

<sup>152</sup> Recurso Extraordinário nº 898.060/ SP, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno – STF. j. 22/09/2016.

<sup>153</sup> Recurso Extraordinário nº 477.554-AgR, Relator Ministro Celso de Mello – STF. j. 26/08/2011.

Hoje, cada pessoa possui a capacidade de decidir por diferentes formas de convivência, segundo estilos de vida e práticas diferentes, na busca da satisfação pessoal e da felicidade. Mas nem sempre foi assim.

A composição familiar, no século XIX, era tipicamente patriarcal e estruturada em torno do patrimônio familiar. A família era composta pelo núcleo central (pai, esposa e filhos legítimos) e tinha representatividade religiosa, política e, especialmente, econômica. O *pater familias* era o grande homem dotado de autoridade máxima. Por sua vez, a mulher limitava-se à execução de tarefas domésticas e à criação dos filhos, de modo a garantir o bom andamento das diretrizes familiares. Sendo assim, no patriarcalismo, havia lugares demarcados para um e para outro, ou seja, o lugar do homem e da mulher, do pai e da mãe<sup>154</sup>.

Todavia, com a Revolução Industrial e consequente aumento da necessidade de mão-de-obra, a estrutura familiar foi, aos poucos, sofrendo importantes alterações. Com a inclusão da mulher no mercado de trabalho, o homem deixou de ser a única fonte de sustento da família. Diante do afastamento da mulher do ambiente exclusivamente doméstico, houve a necessidade da presença masculina para auxiliar nos afazeres domésticos e no cuidado com os filhos. Com isso, o próprio exercício da paternidade passou a ser repensado.

As lutas emancipatórias, o início do movimento feminista, a descoberta dos métodos contraceptivos e o surgimento das modernas técnicas de reprodução assistida ensejaram transformações expressivas. Finalmente, a mulher descobriu o direito à liberdade, à igualdade de oportunidades e passou a discutir acerca da discriminação de que sempre foi alvo, não mais se sujeitando ao marido por questões de sobrevivência. Aos poucos, a estrutura vertical do caráter produtivo e reprodutivo do laço familiar que prevalecia cedeu a um convívio de maior igualdade<sup>155</sup>.

Sobre o tema, Paulo Luiz Netto Lôbo afirma:

A família patriarcal, que nossa legislação civil tomou como modelo, ao longo do século XX, entrou em crise, culminando com sua derrocada, no plano jurídico, pelos valores introduzidos na Constituição de 1988. Como a crise é sempre perda de fundamentos, a família atual está matizada em um fundamento que explica sua função atual: a afetividade. Assim enquanto houver *affectio* haverá

---

<sup>154</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, Introdução.

<sup>155</sup> DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. 6. ed. reformulada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 108.

família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida não hierarquizada<sup>156</sup>.

Freud já questionava “O que revela a própria conduta dos homens acerca da finalidade e intenção de sua vida, o que pedem eles da vida e desejam nela alcançar? Eles buscam a felicidade, querem se tornar e permanecer felizes”<sup>157</sup>. Segundo Maria Berenice Dias, foi essa busca pela felicidade que levou ao surgimento de novas famílias, que floresceram vincadas pelo afeto<sup>158</sup>.

Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf esclarece o sentido etimológico da palavra afeto, que deriva do latim *afficere*, *affectum*, e que significa produzir impressão; e também do latim *affectus*, que significa tocar, comover o espírito, unir, fixar, ou mesmo adoecer. Seu melhor significado, todavia, liga-se à noção de afetividade, afecção, que deriva do latim *afficere ad actio*, onde o sujeito se fixa, onde o sujeito se liga<sup>159</sup>.

De fato, a partir do momento em que a mulher assumiu uma carreira profissional, conseqüentemente, passou também a contribuir para o sustento da família e deixou de ficar “presa” ao homem<sup>160</sup>. Logo, aquela família constituída a partir de motivações exclusivamente econômicas cedeu espaço aos vínculos familiares mais autênticos, fundados no amor, na compreensão, deixando de lado a falsidade institucionalizada e a submissão à legalidade estrita.<sup>161</sup> Enfim, a essência da família deixou de ser a figura paterna e passou a ser o afeto.

Sobre o tema, esclarece Paulo Luiz Netto Lôbo:

A realização pessoal da afetividade e da dignidade humana, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época. Suas antigas funções econômica, política, religiosa e procracional feneceram, desapareceram ou desempenham papel secundário. Até mesmo a função procracional, com a secularização

<sup>156</sup> LÔBO NETTO, Paulo Luiz. A repersonalização das relações familiares. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**, Ano VI, n. 24, Porto Alegre, Síntese, jun./jul. 2004, p. 136-156.

<sup>157</sup> FREUD, Sigmund. **O mal-estar da civilização**. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2011, p. 19.

<sup>158</sup> DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. 6. ed. reformulada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 109.

<sup>159</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Direito das famílias: amor e bioética**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 19.

<sup>160</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 211.

<sup>161</sup> DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. 6. ed. reformulada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 108.

crescente do direito de família e a primazia atribuída ao afeto, deixou de ser sua finalidade precípua<sup>162</sup>.

Por sua vez, para José Sebastião de Oliveira, a família só tem sentido enquanto unida pelos laços de respeito, consideração, amor e afetividade<sup>163</sup>.

Também pensa dessa forma Giselda Hironaka:

Vale dizer, a verdade jurídica cedeu vez à imperiosa passagem e instalação da verdade da vida. E a verdade da vida está a desnudar aos olhos de todos, homens ou mulheres, jovens ou velhos, conservadores ou arrojados, a mais esplêndida de todas as verdades: neste tempo em que até o milênio muda, muda a família, muda o seu cerne fundamental, muda a razão de sua constituição, existência e sobrevivência, mudam as pessoas que a compõem, pessoas estas que passam a ter a coragem de admitir que se casam principalmente por amor, pelo amor e enquanto houver amor. Porque só a família assim constituída – aquele remanso de paz, ternura e respeito, lugar em que haverá, mais que em qualquer outro, para todos e para cada um de seus componentes, a enorme chance da realização de seus projetos de felicidade<sup>164</sup>.

Em uma visão mais filosófica, Michelle Perrot destaca:

Não é a família em si que nossos contemporâneos recusam, mas o modelo excessivamente rígido e normativo que assumiu no século XIX. Eles rejeitam o nó, não o ninho. A casa é, cada vez mais, o centro da existência. O lar oferece, num mundo duro, um abrigo, uma proteção, um pouco de calor humano. O que eles desejam é conciliar as vantagens da solidariedade familiar e as da liberdade individual. Tateando, esboçam novos modelos de famílias, mais igualitárias nas relações de sexos e de idades, mais flexíveis em suas temporalidades e em seus componentes, menos sujeitas à regra e mais ao desejo. O que se gostaria de conservar da família, no terceiro milênio, são seus aspectos positivos: a solidariedade, a fraternidade, a ajuda mútua, os laços de afeto e o amor. Belo sonho<sup>165</sup>.

Sobre os novos vínculos familiares, agora fundados no afeto, ressalta Maria Berenice Dias:

Diante desses novos ares, o verdadeiro repúdio da legislação a qualquer vínculo fora do casamento não foi suficiente para impedir o

<sup>162</sup> LÔBO NETTO, Paulo Luiz. A repersonalização das relações familiares. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**, Ano VI, n. 24, Porto Alegre, Síntese, jun./jul. 2004, p. 136-156.

<sup>163</sup> OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 242.

<sup>164</sup> HIRONAKA, Giselda. Família e casamento em evolução. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 1, n. 1, abril./jun. 1999, p. 17.

<sup>165</sup> PERROT, Michelle. O nó e o ninho. **Revista Veja 25 anos: reflexões para o futuro**. São Paulo: Abril, 1993, p. 81.

surgimento de uniões sem a chancela estatal. As famílias formadas por quem saía de outras relações fizeram surgir novas estruturas de convívio. Quando do desfazimento desses vínculos, seus membros – mesmo sem nome, mesmo sem lei – acabaram batendo às portas dos tribunais. Viram-se os juízes forçados a criar alternativas para evitar flagrantes injustiças. Foram cunhadas as expressões companheirismo, união livre, com forma de contornar as proibições ao reconhecimento dos direitos ao concubinato, que eram banidos pela legislação<sup>166</sup>.

Diante do quadro apresentado, é possível concluir que o afeto constitui um elemento essencial de todo e qualquer núcleo familiar, inerente a todo e qualquer relacionamento conjugal ou parental. Conforme orienta Carla Bertoncini, “apesar de não estar expresso na Constituição Federal de 1988, o afeto, como sinônimo de amor, carinho, afeição, constitui o principal fundamento das relações familiares”<sup>167</sup>. O inverso, porém, não é verdadeiro, ou seja, sempre que existir a afetividade estará presente uma entidade familiar? A resposta é negativa, pois somente o afeto familiar garante a existência de uma família, caso contrário, uma amizade seria elo formador de família<sup>168</sup>.

Além disso, apesar de a presença do afeto ser decisiva e justificadora para a constituição e subsistência de uma família, ele por si, não garante o vínculo familiar, devendo coexistir com vários outros elementos, os quais serão objetos de discussão em capítulo próprio.

## 2.4 Princípio da pluralidade das formas de família

Impulsionada pelas significativas transformações do contexto político, econômico e social do País, a Constituição de 1988 provocou uma verdadeira revolução no Direito de Família. Nem poderia ter sido diferente, pois o Direito não pode assumir uma postura estática, distanciada e alheia às transformações sociais. Vale dizer que todo Direito que se pretenda legítimo deve estar em consonância com os anseios humanos, deve adaptar-se à realidade social.

Ocorre que as aspirações humanas são bastante dinâmicas, encontram-se em constante evolução, aprimoramento e transformação. Logo, o Direito deve ainda

<sup>166</sup> DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. 6. ed. reformulada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 109.

<sup>167</sup> BERTONCINI, Carla. **Pelo reconhecimento de uma entidade familiar: união homoafetiva** 2011. 155 p. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – São Paulo – SP, p. 50.

<sup>168</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 212.

acompanhar essa realidade de forma coerente e com bom senso, não podendo atuar como mero expectador das modificações sociais. Ao contrário, “o direito é produto dos círculos sociais, é fórmula da coexistência dentre eles”, conforme afirma Pontes de Miranda<sup>169</sup>.

Sobre a tutela histórico-constitucional da família matrimonializada, esclarece Rodrigo da Cunha Pereira:

(...) houve o rompimento com a premissa de que o casamento era o único instituto formador e legitimador da família brasileira, e do modelo de família hierarquizada, patriarcal, impessoal e, necessariamente, heterossexual, em que os interesses individuais cediam espaço à manutenção do vínculo. Esta Constituição trouxe, além de novos preceitos para as famílias, princípios norteadores e determinantes para a compreensão e legitimação de todas as formas de família<sup>170</sup>.

Sendo assim, o princípio da pluralidade das formas de família teve seu marco histórico com a Constituição de 1988, que rompeu com a tradição centenária do Direito Brasileiro de reconhecer como família somente aquele modelo familiar baseado exclusivamente no casamento, e trouxe novas configurações. Até então, as demais entidades familiares, sobretudo a união estável e a entidade monoparental eram consideradas clandestinas, destituídas de direitos familiares e relegadas a meros fatos sociais.

A partir do momento em que a Constituição de 1988, logo em seu preâmbulo, institui o Estado Democrático de Direito e assegura o exercício dos direitos sociais e individuais, bem como a liberdade, o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores de uma sociedade pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social, é possível extrair daí o fundamento para a aplicabilidade do princípio da pluralidade de família.

Além disso, a própria dignidade da pessoa humana, um princípio fundamental também previsto na Constituição, já impõe a aceitação da família plural. Torna-se imprescindível que o Estado reconheça a legitimidade dessas novas estruturas familiares, a fim de que estas não fiquem excluídas do laço social.

---

<sup>169</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsói, v. 7, p. 170.

<sup>170</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 192.

O fato é que, apesar das inúmeras mudanças registradas no perfil das famílias no mundo inteiro, alguns grupos ainda insistem em discursos incoerentes com o atual modelo histórico da família, defendendo a manutenção do modelo monogâmico, centralizado na autoridade paterna e, rotuladamente, heterossexual. Para alguns, devido ao apego exacerbado ao tradicionalismo, o reconhecimento dessas novas modalidades de família significa a destruição da “verdadeira” família.

Apesar dos significativos avanços, os valores patriarcais e o conservadorismo social persistem em nome de uma moral alegadamente civilizatória, moral esta que, no passado, provocou severas exclusões de muitas pessoas do *laço social* quando, por exemplo, considerava ilegítimos os filhos havidos fora da constância do casamento; quando determinados modelos familiares eram tratados como mera sociedade de fato, retirando a dignidade das pessoas que os constituía, negando-lhes uma série de direitos; quando existia a superioridade do homem sobre as mulheres nas relações conjugais, e o casamento era a única forma de legitimar e constituir uma família.

Mas, afinal, em nome de qual moral as novas modalidades de família são excluídas pelo ordenamento jurídico? O que existe na realidade é clara intolerância das pessoas diante de tudo aquilo que de alguma forma se destoa dos padrões vigentes e dos princípios particulares. Esta intolerância em relação ao “diverso” decorre do preconceito, o que faz com que esses novos arranjos familiares, especialmente as uniões homoafetivas sejam desprezadas e reprovadas.

Embora o debate seja sempre saudável, existem questões mais urgentes para serem discutidas, eis que as famílias constituídas pelo casamento, união estável e entidade monoparental já foram tipificadas no Texto Constitucional, ou seja, já ganharam o selo de legitimidade concedido ideologicamente pelo Estado. A elas já foi dispensado tratamento legislativo, doutrinário e jurisprudencial e, portanto, já têm o selo de legitimidade concedido ideologicamente pelo Estado<sup>171</sup>.

No momento, partindo-se da ideia de que inegavelmente existem várias outras modalidades de família, torna-se imperioso que tais grupos recebam tratamento tutelar pelo Estado, ou seja, que sejam reconhecidas como legítimas. Isso porque essas famílias existem e continuarão existindo, independentemente de sua positivação pelo Estado. Eis o desafio.

---

<sup>171</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 196.

Com base nos princípios da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, há uma tendência em muitos países do mundo de se legitimar e reconhecer as novas estruturas familiares. Nessa linha, estudos antropológicos realizados com o objetivo de identificar os modelos básicos de família demonstram que não é fácil catalogar o grande número de famílias existentes, justamente porque a família não é um produto da natureza e estática no tempo, e sim um grupo dinâmico que reage e interfere na sociedade. É preciso considerar, ainda, o que as pessoas envolvidas entendem por família e, por conseguinte, o seu olhar sobre os demais elementos que compõem a família. Se considerar as uniões homoafetivas, por exemplo, e a tecnologia de reprodução artificial existente, as possibilidades de existência de novos arranjos familiares são muitas<sup>172</sup>.

Sendo assim, em decorrência do princípio da pluralidade das formas de família, “é preciso reformular o tratamento jurídico dispensado à família, no sentido de afastar qualquer disposição legal, doutrinária e jurisprudencial que não acolha as variedades e peculiaridades das famílias”<sup>173</sup>, eis o que adverte Rodrigo da Cunha Pereira. Se, por um lado, a família no Brasil como instituição perdeu força, por outro, várias outras modalidades de família já são uma realidade. Positivá-las significa permitir aos seus membros estabelecerem-se como sujeitos, exercerem com plenitude e sem restrições discriminatórias a cidadania, pois esta, juntamente com a dignidade da pessoa humana, constitui uma das bases fundamentais do Estado Brasileiro.

Acerca da classificação das novas entidades familiares, esta será objeto de estudo no próximo capítulo.

## 2.5 Princípio da monogamia

A palavra *monogamia* vem do latim *monogamus*, que significa um só casamento, ou seja, é a relação conjugal composta por apenas duas pessoas, seja homem/mulher, homem/homem ou mulher/mulher.

O Código Civil Brasileiro, ao tratar dos impedimentos do casamento, dispõe em seu artigo 1.521, inciso VI, que não podem casar as pessoas casadas. Por

---

<sup>172</sup> SANTIAGO, Marcelo; FEITOSA, Lourdes Conde. Família e Gênero: um estudo antropológico. *Mimesis*, Bauru, v. 32, n. 1, 2011, p. 29-41.

<sup>173</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 196-197.

consequente, o artigo 1.548, inciso II, estabelece que é nulo o casamento contraído por infringência de impedimento.

Por sua vez, o Código Penal, ao tratar dos *crimes contra a família*, estabelece em seu artigo 235 o crime de bigamia, ao qual confere a pena de reclusão, de dois a seis anos, para aquele que contrair, sendo casado, novo casamento. Também aquele que, não sendo casado, contrair casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, será punido com pena de reclusão ou detenção, de um a três anos.

Para alguns, a base da proibição da monogamia seria de ordem sexual. Em 1917, Freud expõe que a origem da monogamia está associada à virgindade da mulher e à ideia de posse e propriedade:

Poucas particularidades da vida sexual dos povos primitivos são tão estranhas a nossos próprios sentimentos quanto a valorização da virgindade, o estado de intocabilidade da mulher (...). A exigência de que a moça leve para o casamento com determinado homem qualquer lembrança de relações sexuais com outro nada mais é, realmente, que a continuação lógica do direito de posse exclusiva da mulher, que constitui a essência da monogamia, a extensão desse monopólio para incluir o passado<sup>174</sup>.

Na percepção de Engels, a família monogâmica “baseia-se no predomínio do homem; sua finalidade expressa é a de procriar filhos cuja paternidade seja indiscutível, e exige-se essa paternidade indiscutível porque os filhos, na qualidade de herdeiros diretos, entrarão, um dia, na posse dos bens de seu pai”<sup>175</sup>. Nesse sentido, é o entendimento de Eduardo de Oliveira Leite:

Se o casamento monogâmico é um casamento de conveniência, arranjado pelos parentes, este processo decorre da necessidade de conservar e transmitir a propriedade privada. O substrato da monogamia não foi, de modo algum, um fruto do amor sexual individual, como ingenuamente se poderia supor. (...) A monogamia, porém, representa forma familiar fundada não sobre condições naturais, mas sociais, particularmente no triunfo da propriedade individual sobre a comunidade espontânea primitiva<sup>176</sup>.

<sup>174</sup> FREUD, Sigmund. O tabu da virgindade – contribuições à psicologia do amor III. In: **Obras psicológicas completas**. Trad. Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1995, v. XI, p. 179.

<sup>175</sup> ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh\\_engels\\_origem\\_propriedade\\_privada\\_estado.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_engels_origem_propriedade_privada_estado.pdf)>. Acesso em 18 de janeiro de 2017.

<sup>176</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento**. Curitiba: Juruá, 1991, p. 49-50.

No mesmo sentido, Maria Berenice Dias:

A monogamia – que é considerada monogamia só para a mulher – não foi instituída em favor do amor. Trata-se de mera convenção decorrente do triunfo da propriedade privada sobre o estado condominial primitivo. (...) Pretender elevar a monogamia a status de princípio constitucional autoriza que se chegue a resultados desastrosos. Por exemplo, quando a simultaneidade de relações, simplesmente deixar de emprestar efeitos jurídicos a um ou, pior, a ambos os relacionamentos, sob o fundamento de que foi ferido o dogma da monogamia, acaba permitindo o enriquecimento ilícito exatamente do parceiro infiel. Resta ele com a totalidade do patrimônio e sem qualquer responsabilidade para com o outro. Essa solução, que vem sendo apontada pela doutrina e aceita pela jurisprudência, afasta-se do dogma maior de respeito à dignidade da pessoa humana, além de chegar a um resultado de absoluta afronta à ética<sup>177</sup>.

Mas enfim, não se tem por meta, no presente estudo, investigar se a monogamia surgiu de uma necessidade econômica ou se foi imposta pela lei ou religião. A pergunta que se faz é: considerando as novas demarcações e contornos da conjugalidade e das famílias contemporâneas, o princípio da monogamia continua sendo um fator estruturante do Direito de Família? Uma resposta afirmativa significa excluir da proteção estatal alguns arranjos familiares simultaneamente integrados por uma mesma pessoa (cônjuge ou companheiro), por exemplo.

Segundo Rodrigo da Cunha Pereira:

O princípio da monogamia, embora funcione também como um ponto-chave das conexões morais das relações amorosas e conjugais, não é simplesmente uma norma moral ou moralizante. Sua existência nos ordenamentos jurídicos que o adotam tem a função de um princípio jurídico ordenador. Ele é um princípio básico e organizador das relações jurídicas da família no mundo ocidental. Se fosse mera regra moral teríamos que admitir a imoralidade dos ordenamentos jurídicos do Oriente Médio, onde vários Estados não adotam a monogamia<sup>178</sup>.

Marcos Alves da Silva, em trabalho fruto do doutorado sobre o tema, apresenta seus questionamentos:

---

<sup>177</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 60.

<sup>178</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 127.

O princípio da monogamia deve e pode continuar sendo utilizado como critério de exclusão da tutela jurídica de entidades familiares que se formam simultaneamente? Em face do princípio da dignidade da pessoa humana consagrado na Constituição Federal e de seus reflexos e desdobramentos no âmbito da família (repersonalização, despatrimonialização), há ainda lugar para se falar em concubinato e, portanto, na manutenção da monogamia como princípio estruturante do sistema jurídico pátrio? É possível admitir que se negue existência jurídica à união estável que de fato existe para manter a tutela a determinada conjugalidade que não mais expressa comunhão plena de vida, mas que apenas formalmente subsiste? A existência concomitante de duas uniões estáveis implicará a caracterização de uma delas como concubinato, embora não presentes os elementos configuradores deste, consignados no art. 1.527 do CC/2002<sup>179</sup>?

Para o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Brito, voto vencido em julgamento sobre o tema:

Qual é o sentido do parafraseado “união estável”, ali no peregrino texto da Lei Republicana? Convivência duradoura do homem e da mulher, expressiva de uma identidade de propósitos afetivo-ético-espirituais que resiste às intempéries do humor e da vida? Um perdurável tempo de vida em comum, então, a comparecer como *elemento objetivo do tipo*, bastando, por si mesmo, para deflagrar a incidência do comando constitucional? Esse tempo ou alongado período de coalescência que amalgama caracteres e comprova a firmeza dos originários laços de personalíssima atração do casal? Tempo que cimenta ou consolida a mais delicada e difícil relação de alteridade por parte de quem se dispôs ao sempre arriscado, sempre corajoso projeto de uma busca de felicidade amorosa (coragem, em francês, é *courage*, termo que se compõe do substantivo *coeur* e do sufixo *age*, para significar, exatamente, “o agir do coração”)? Sabido que, nos insondáveis domínios do amor, ou a gente se entrega a ele de vista fechada ou já não tem olhos abertos para mais nada? Pouco importando se os protagonistas desse incomparável projeto de felicidade-a-dois sejam ou não, concretamente, desimpedidos para o casamento civil? Tenham ou não uma vida sentimental paralela, inclusive sob a roupagem de um casamento de papel passado? (vida sentimental paralela que, tal como a preferência sexual, somente diz respeito aos respectivos agentes)? Pois que, se desimpedidos forem, a lei facilitará a conversão do seu companheirismo em casamento civil, mas, ainda que não haja tal desimpedimento, nem por isso o par de amantes deixa de constituir essa por si mesma valiosa comunidade familiar? Uma comunidade que, além de complementadora dos sexos e viabilizadora do amor, o mais das vezes se faz acompanhar de toda uma prole? E que se caracteriza pelo financiamento material do lar com receitas e despesas em comunhão? Quando não a formação de um patrimônio igualmente comum, por menor ou por maior que ele seja? Comunidade, enfim, que, por modo quase invariável, se consolida por obra e graça de um investimento

<sup>179</sup> SILVA, Marcos Alves da. **Da monogamia**: a sua superação como princípio estruturante do direito de família. Curitiba: Juruá, 2013, p. 26.

físico-sentimental tão sem fronteiras, tão sem limites que a eventual perda do parceiro sobrevém como vital desfalque econômico e a mais pesada carga de viuvez? Pra não dizer a mais dolorosa das sensações de que a melhor parte de si mesmo já foi arrancada com o óbito do companheiro? Um sentimento de perda que não guarda a menor proporcionalidade com o modo formal, ou não, de constituição do vínculo familiar? Minha resposta é afirmativa para todas as perguntas. (...) Sem essa palavra azeda, feia, discriminadora, preconceituosa, do **concubinato**. Estou a dizer: não há concubinos para a Lei Mais Alta do nosso País, porém, casais em situação de companheirismo. Até porque o concubinato implicaria discriminar os eventuais filhos do casal, que passariam a ser rotulados de “filhos concubinários”. Designação pejorativa, essa, incontornavelmente agressora do enunciado constitucional de que “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e **qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação**” (§6º do art. 227, negritos à parte). Com feito, à luz do Direito Constitucional brasileiro o que importa é a formação em si de um novo e duradouro núcleo doméstico. A concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. **Isto é família**, pouco importando se um dos parceiros mantém uma concomitante relação sentimental a dois. No que *andou bem* a nossa Lei Maior, ajuízo, pois ao Direto não é dado sentir ciúmes pela parte supostamente traída, sabido que esse órgão chamado coração “é terra que ninguém nunca pisou”. Ele, coração humano, a se integrar um contexto empírico da mais entranhada privacidade, perante a qual o ordenamento jurídico somente pode atuar como instância protetiva. Não censura ou por qualquer modo embaraçante<sup>180</sup>.

Sendo assim, a família, ainda que à margem do casamento, é uma formação social digna de proteção constitucional, quando presentes as condições de afeto, estabilidade e responsabilidade indispensáveis ao desenvolvimento da personalidade de seus integrantes, especialmente dos filhos. A função dessas formações sociais é extremamente relevante, pois a tutela constitucional não é mais dirigida à família transpessoal como valor em si, mas à realização de interesses afetivos e existenciais das pessoas que compõem cada núcleo familiar. Nesse sentido, Marcos Alves da Silva:

Evidencia-se que não há como tutelar mais apenas aquela família unitária, unívoca, insofismável, cuja existência, validade e efeitos estavam prèdispostos nos códigos civis. Ainda que as famílias contemporâneas sejam dotadas de maior fluidez e plasticidade, ainda que sejam cambiantes por excelência, ainda que não correspondam a

---

<sup>180</sup> Recurso Extraordinário nº 397762/BA, Relator Ministro Marco Aurélio. 1ª Turma – STF. j. 03/06/2008.

*fattispecie* por excelência – o casamento monogâmico – elas reclamam reconhecimento jurídico<sup>181</sup>.

Não é mais a estrutura familiar que a Constituição visa proteger, mas a função que a família desempenha. Na realização de sua função é que a família é reconhecida como tal. Assim, o que faz a família não é a estrutura legal preestabelecida, mas, o cumprimento de um papel constitucional. Eis o entendimento de Maria Celina Bodin de Moraes:

O que se deseja ressaltar é que a relação estará protegida não em decorrência de possuir esta ou aquela forma, mesmo se e quando prevista constitucionalmente, mas em virtude da função que desempenha – isto é, como espaço de companheirismo e convivência afetiva entre pessoas humanas, quer sejam do mesmo sexo, quer sejam de sexo diferentes<sup>182</sup>.

Logo, não é admissível ao Estado negar proteção a essas pessoas com amparo na regra da monogamia, sem ferir frontalmente o princípio da dignidade da pessoa humana. Não é condizente com a dignidade do sujeito que um relacionamento de caráter incontestavelmente afetivo seja rebaixado à dimensão meramente patrimonial.

Também discorda-se da criminalização, pois o Direito Penal deve atuar apenas quando os demais ramos do Direito revelarem-se impossibilitados de oferecer a proteção devida a bens relevantes da vida do sujeito e da própria sociedade. Não se trata de uma crítica à orientação monogâmica, mas à pretensão de conferir ao Estado o poder de considerar ilícitos os modos de convivência que decorrem de escolhas coexistenciais livres. Não se pretende negar a existência de modelos familiares centrados na monogamia, mas igualmente não se pode eleger o padrão monogâmico como o único merecedor da tutela estatal, estando os demais modelos deixados para o campo da ilicitude.

Por fim, não se está a alegar que o princípio da monogamia está em crise e que a sociedade brasileira ou o mundo ocidental apresenta inclinações poligâmicas. Contudo, os novos arranjos familiares impõem uma interpretação adequada e

---

<sup>181</sup> SILVA, Marcos Alves da. **Da monogamia:** a sua superação como princípio estruturante do direito de família. Curitiba: Juruá, 2013, p. 198.

<sup>182</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana:** estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 223.

coerenteste princípio, capaz de abarcar exceções que as particularidades do caso concreto possa produzir.

## 2.6 Princípio da solidariedade

A solidariedade, antes classificada como mero dever moral, compaixão ou caridade, somente passou a ser reconhecida como princípio jurídico, no Brasil, a partir da Constituição de 1988 que instituiu como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

O princípio da solidariedade também está implícito em outros artigos do Texto Constitucional quando, por exemplo, estabelece que é dever não apenas da família, mas também da sociedade e do Estado<sup>183</sup> proteger a entidade familiar na figura de cada membro<sup>184</sup>.

Sendo assim, a solidariedade significa uma forma de preocupação com o outro, decorre de um dever civil de cuidado e significa, sobretudo, a superação do individualismo jurídico, como ocorria na sociedade dos primeiros séculos da modernidade e se preocupava predominantemente com os interesses patrimoniais e individuais<sup>185</sup>. Sobre o tema discorre Paulo Lôbo:

O princípio jurídico da solidariedade resulta da superação do individualismo jurídico, que por sua vez é a superação do modo de pensar e viver em sociedade a partir do predomínio dos interesses individuais, que marcou os primeiros séculos da modernidade, com reflexos até a atualidade. Na evolução dos direitos humanos, aos direitos individuais vieram concorrer os direitos sociais, nos quais se enquadra o direito de família. Estudiosos das dimensões dos direitos humanos têm-nos classificados na primeira os direitos e garantias individuais, ou as liberdades públicas, com natureza negativa, ou seja, como oponíveis ao poder político. Na segunda, estariam os chamados direitos sociais como as garantias dos trabalhadores e os que nossa Constituição enuncia no art. 6º (educação, saúde, moradia, lazer, segurança, previdência social etc.). Na terceira, estariam exatamente

<sup>183</sup> “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

<sup>184</sup> “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. Igualmente o art. 230 da Constituição Federal trata de forma implícita do princípio da solidariedade: “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

<sup>185</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 224.

os direitos de solidariedade, não só das pessoas em relação às outras, mas em relação ao meio ambiente em que vivemos, aos demais seres vivos e às futuras gerações<sup>186</sup>.

No mundo antigo, o indivíduo era concebido apenas como parte do todo social e, portanto, era impensável a ideia de direito subjetivo. No mundo moderno, o indivíduo era o centro de emanção e destinação do direito, motivo pelo qual o direito subjetivo assumiu a centralidade jurídica, a partir de sujeitos abstratamente considerados iguais. No mundo contemporâneo, busca-se o equilíbrio entre os espaços privados e públicos e a imprescindível interação entre os sujeitos concretos, surgindo a solidariedade como fundamento dos direitos subjetivos. Nem poderia ser diferente, pois como expõe Miguel Reale, “o homem não apenas existe, mas coexiste, ou seja, vive necessariamente em companhia de outros homens”<sup>187</sup>. Logo, com a evolução dos direitos humanos, deve existir uma compatibilidade entre os interesses individuais e os sociais, nos quais se enquadra o Direito de Família<sup>188</sup>.

Sobre o tema, comenta Paulo Lôbo:<sup>189</sup>

A solidariedade, concebida como diretriz geral de conduta, no direito brasileiro, apenas com a Constituição de 1988 inscreveu-se como princípio jurídico. Para Paulo Bonavides, o princípio da solidariedade serve como oxigênio da Constituição não apenas dela, dizemos, pois, a partir dela se espraia por todo ordenamento jurídico -, conferindo unidade de sentido e auferindo a valoração da ordem normativa constitucional. O mais importante nessa viragem rumo ao princípio jurídico da solidariedade, é a compreensão de que a solidariedade não é apenas dever positivo do Estado, na realização das políticas públicas, mas também que importa deveres recíprocos entre as pessoas, pois, como disse Bourgeois, os homens já nascem devedores da associação humana e são obrigados uns com os outros pelo objetivo comum. A imposição de solidariedade levou ao desenvolvimento da função social dos direitos subjetivos, inclusive a propriedade e o contrato, que se tornou lugar comum neste início de século XXI. Sem a solidariedade, a subjetividade jurídica e a ordem jurídica convencional estão fadadas a constituírem mera forma de conexão de indivíduos que permanecem juntos, mas isolados. O princípio da solidariedade vai além da justiça comutativa, da igualdade formal, pois projeta os princípios da justiça distributiva e da justiça social. Estabelece que a dignidade de cada um apenas se realiza

<sup>186</sup> LÔBO, Paulo. **Princípio da solidariedade familiar**. Disponível em: <[www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/78.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/78.pdf)>. Acesso em 19 de novembro de 2016.

<sup>187</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 22.

<sup>188</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 224.

<sup>189</sup> LÔBO, Paulo. **Princípio da solidariedade familiar**. Disponível em: <[www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/78.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/78.pdf)>. Acesso em 19 de novembro de 2016.

quando os deveres recíprocos de solidariedade são observados ou aplicados<sup>190</sup>.

Também o Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre o tema, quando, ao apreciar o Preâmbulo Constitucional, afirmou que é por meio das normas constitucionais que o princípio jurídico da solidariedade se afirma, obrigando não apenas o Estado, mas toda a sociedade<sup>191</sup>.

No plano das famílias, o princípio da solidariedade pode ser visualizado sob dois ângulos. O primeiro, no âmbito interno, nas relações familiares, devido ao respeito mútuo e dos deveres de auxílio entre seus membros; o próprio lar é, nomeadamente, um lugar de cuidado, de colaboração, de cooperação, de solidariedade. O segundo, no âmbito externo, nas relações do grupo familiar com a comunidade.

Nesse sentido, o artigo 229 da Constituição Federal estabelece uma obrigação recíproca de assistência, cooperação e amparo entre pais e filhos. Sobre o tema, Tânia da Silva Pereira ressalta que

O cuidado como “expressão humanizadora”, preconizado por Vera Regina Waldow, também nos remete a uma efetiva reflexão, sobretudo quando estamos diante de crianças e jovens que, de alguma forma, perderam a referência da família de origem (...). A autora afirma: “o ser humano precisa cuidar de outro ser humano para realizar a sua humanidade, para crescer no sentido ético do termo. Da mesma maneira, o ser humano precisa ser cuidado para atingir sua plenitude, para que possa superar obstáculos e dificuldades da vida humana”. (...) O cuidado dentro do contexto da convivência familiar leva à releitura de toda a proposta constitucional e legal relativa à prioridade constitucional para a convivência familiar.

Foi com base nesse dever legal de cuidado que o Superior Tribunal de Justiça condenou um pai por abandono afetivo, diante da omissão na prática dos deveres inerentes à paternidade, reconhecendo a Ministra Nancy Andrighi que “amar é faculdade, cuidar é dever”.<sup>192</sup> Porém, o artigo 229 da Constituição Federal também deixa claro o oposto, ou seja, os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. Por isso, hoje já se fala em *abandono afetivo inverso*, ou seja, a ausência de cuidado dos filhos para com os genitores, de regra idosos.

<sup>190</sup> LÔBO, Paulo. **Princípio da solidariedade familiar**. Disponível em: <[www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/78.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/78.pdf)>. Acesso em 19 de novembro de 2016.

<sup>191</sup> ADIn 2.649, voto da relatora Ministra Cármen Lúcia, j. 8-5-2008, Plenário, *DJE* de 17-10-2008.

<sup>192</sup> REsp. 1.159.242 – SP, voto da relatora Ministra Nancy Andrighi, j. 24-04-2012, *DJE* de 10/05/2012.

Também o Código Civil traz várias imposições legais orientadas pelo princípio da solidariedade quando, por exemplo, institui em seu artigo 1.511 que o casamento estabelece comunhão plena de vida. Por sua vez, o artigo 1.566, III e IV dispõe que os cônjuges têm dever de mútua assistência e também de sustento, guarda e educação dos filhos. Já o artigo 1.568 estabelece que 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. Também a obrigação de prestar alimentos entre cônjuges e parentes está norteada pelo princípio da solidariedade, no artigo 1.694 e seguintes. Já o artigo 1.724 estabelece que as relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

Por fim, a repersonalização das relações familiares não pode ser entendida como um novo modo de expressar o individualismo, que repõe a pessoa humana, em sua concreta dignidade, como alvo central do direito<sup>193</sup>. Em um Estado Democrático de Direito, torna-se necessária a participação de todos os indivíduos nos bens da vida, mesmo os extrapatrimoniais. Logo, o patrimônio deixou de ser o centro das preocupações e foi dado maior relevo à pessoa. Por outro lado, a solidariedade familiar não pode significar o aniquilamento do indivíduo, desprezando sua dignidade pessoal.

Ora, estaríamos, então, diante de um paradoxo? De modo algum. Quando se fala em solidariedade nas relações familiares, defende-se a exigência de união entre os membros da família de forma democrática e não autoritária. No direito anterior, protegia-se a família matrimonializada, hierarquizada, e tudo girava em torno do chefe de família. Sobre o tema, Jacques Donzelot apresenta suas críticas:

O chefe de família possuía, sobre aqueles que o cercavam um poder quase *discricionário*. Podia utilizá-los em todas as operações destinadas a majorar a importância de sua situação, decidir sobre a carreira dos filhos, sobre o emprego de sua parentela, sobre a contração de alianças. Ele podia também puni-los [sic] se infringissem suas obrigações com respeito à família e, para isso, apoiava-se na autoridade pública que lhe devia ajuda e proteção em sua empresa<sup>194</sup>.

---

<sup>193</sup> LÔBO, Paulo. **Princípio da solidariedade familiar**. Disponível em [www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/78.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/78.pdf). Acesso em 19 de novembro de 2016.

<sup>194</sup> DONZELOT, Jacques. **A Polícia das Famílias**. Tradução de M. T. da Costa Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980, p. 50.

Conforme é possível verificar, a unidade familiar girava em torno da autoridade do chefe. Logo, as normas eram destinadas ao grupo. No direito atual, cabe ao Estado assegurar a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram (artigo 226, §8º, da Constituição). Cada membro do grupo é protegido individualmente. Vale dizer, cada integrante da família é titular de direitos e deve, portanto, compartilhar essa titularidade com as titularidades de cada pessoa que o integra. É justamente a solidariedade (e não mais a autoridade do chefe) que permite a unidade familiar<sup>195</sup>. A família contemporânea contempla um modo de relação conjugal que não repousa mais em uma coerção ligada à vontade do pai. Paulo Lôbo complementa:

A solidariedade instiga a compreensão da família brasileira contemporânea, que rompeu os grilhões dos poderes despóticos do poder marital e do poder paterno, especialmente e se vê em estado de perplexidade para lidar com a liberdade conquistada. Porém, a liberdade não significa destruição dos vínculos e laços familiares, mas reconstrução sob novas bases. Daí a importância do papel da solidariedade, que une os membros da família de modo democrático e não autoritário, pela corresponsabilidade<sup>196</sup>.

Assim sendo, o princípio da solidariedade deve ser apreciado em todos os ramos do direito, mas, especialmente, em todos os institutos do direito de família, haja vista o caráter essencialmente solidário da família atual. A transformação revolucionária que houve no direito das famílias (a pluralidade é uma de suas características atuais), com a dissolução do centro unificador, na pessoa do patriarca familiar, apenas o dever de solidariedade e afetividade pode manter os vínculos de pessoas livres e iguais<sup>197</sup>.

Portanto, os vínculos familiares somente podem se sustentar e se desenvolver em espaço recíproco de compreensão e amparo mútuo.

## 2.7 Princípio da igualdade

<sup>195</sup> LÔBO, Paulo. **Princípio da solidariedade familiar**. Disponível em [www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/78.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/78.pdf). Acesso em 19 de novembro de 2016.

<sup>196</sup> Idem.

<sup>197</sup> LÔBO, Paulo. **Princípio da solidariedade familiar**. Disponível em [www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/78.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/78.pdf). Acesso em 19 de novembro de 2016.

O princípio da igualdade está intimamente ligado ao princípio da liberdade, haja vista que só existe liberdade se existir, concomitante e proporcionalmente, com a isonomia. Não existindo igualdade, existe dominação e sujeição, mas não liberdade.

A Constituição Federal de 1988 revolucionou o Direito de Família a partir de três pontos básicos: 1º) homens e mulheres são iguais perante a lei (arts. 5º, I, e 226, §5º); 2º) proteção das várias estruturas familiares (art. 226, *caput*); 3º) todos os filhos são iguais em direitos, sejam eles havidos de um casamento ou não (art. 227, §6º). Desse modo, o princípio da igualdade deve ser respeitado no Direito de Família, incluindo aí o respeito às diferenças. Porém, em razão dos limites do objeto deste estudo, nossa reflexão ficará reservada à questão da igualdade de direitos entre homens e mulheres. A igualização das várias formas de família e dos filhos já foi tratada em outros momentos no presente estudo.

No entanto, a aplicação do princípio da igualdade implica embrenhar-se um pouco no intricado universo masculino e feminino que, aliado a fatores culturais, econômicos e religiosos estabeleceu uma ideologia autorizadora da desigualdade dos gêneros apoiada em uma suposta superioridade masculina.

Na história do Direito, a mulher sempre esteve subordinada ao pai ou ao marido. Os valores familiares tradicionais demonstravam que a maior virtude de uma dama era ser mulher de seu marido, mãe de seus filhos e senhora de sua família e de seus escravos. Muitas surpreendiam pela ambição intelectual, apesar da educação tão medíocre que recebiam, para não dizer nula. Elisabeth Badinter descreve o caminho percorrido por algumas dessas mulheres:

É preciso lembrar que toda educação propriamente intelectual lhes era proibida. Na escola, em casa ou no convento, evitava-se desenvolver esses espíritos. E mesmo se houve, aqui e ali, pequenas modificações de programa, o conteúdo do ensino das meninas foi de uma mediocridade espantosa até a primeira metade do século XIX, pois a finalidade era sempre a mesma: fazer delas esposas crentes, donas-de-casa eficientes. Num internato ou num convento do século XVII, ensina-se mais ou menos a ler e escrever, mas o essencial do ensino se dividia entre os trabalhos de agulha e os cursos de religião. Em numerosos estabelecimentos, as moças, abandonadas a si mesmas, saíam tão ignorantes quanto tinham entrado. E quando a sua educação se fazia em casa, sob a suposta direção da mãe, os resultados não eram muito brilhantes, salvo exceção. Ricas, como a princesa de Orleans, tinham direito essencialmente a lições de boas maneiras<sup>198</sup>.

---

<sup>198</sup> BADINTER, Elisabeth. **Um Amor conquistado**: o mito do amor materno. Tradução de Waltensir Dutra. 9. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1085, p. 107.

Assim, no que diz respeito à emancipação das mulheres, elas sempre desejaram condições de igualdade no campo intelectual, mas pais e maridos não viam com bons olhos essa voracidade de cultura. Diziam que o saber “estragava” as mulheres, distraíndo-as de seus deveres naturais de dona de casa e de mãe, já que as mais cultas não se interessavam muito pelas atividades domésticas e tinham fama de abomináveis donas de casa. Não se sabe ao certo se o que queriam, realmente, era a igualdade dos sexos ou tudo não passava de uma espécie de revanche, já que o domínio do saber castigava os homens pela tradicional sujeição feminina.

Foi assim que, no século XVIII, as mulheres das classes mais favorecidas puderam alcançar a autonomia intelectual. Um pequeno núcleo de mulheres, em relação aos 80% de suas irmãs analfabetas, conseguiu demonstrar que, com o tempo e dinheiro, as mulheres podiam ser iguais aos homens<sup>199</sup>. Mas tudo indica que o conhecimento das mulheres estava condenado à superficialidade, afinal, estavam proibidas de se aproximar da ciência da administração, da política e do comércio. Por isso, os homens instruídos continuavam sendo muito mais úteis aos seus semelhantes e ao Estado.

Além disso, as discriminações enfrentadas pelas mulheres, na maioria das vezes, repousam em apreciações culturais ou religiosas sobre a função de cada um dos gêneros, segundos os quais a subordinação das mulheres aos homens é apresentada como sendo parte da ordem natural das coisas, esperando-se delas a submissão após o casamento. Nesse sentido, é precisa a lição bíblica que apregoa “que saibam ensinar as jovens a amarem seus maridos, a quererem bem seus filhos, a serem prudentes, castas, cuidadosas da casa, bondosas, submissas a seus maridos, para que a palavra de Deus não seja desacreditada”<sup>200</sup>.

Também na relação com os pais, existia espantosa desigualdade de tratamento entre filhos, segundo o sexo e o lugar que ocupavam na família. Definitivamente, a filha não era um bom “negócio” para os pais conforme deixa claro Elisabeth Badinter:

Toda filha custará um dote a seu pai, sem nada lhe trazer, a não ser algumas alianças ou a amizade de seu vizinho. Pouca coisa, afinal de contas, se considerarmos que alianças e amizades se rompem ao sabor dos interesses. Quanto à filha que não podemos casar por falta do dinheiro necessário à sua posição, será preciso pagar-lhe um convento,

---

<sup>199</sup> BADINTER, Elisabeth. **Um Amor conquistado**: o mito do amor materno. Tradução de Waltensir Dutra. 9. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1085, p. 115.

<sup>200</sup> **Bíblia Sagrada**. Epístola a Tito 2:5, p. 1525.

conservá-la como criada ou empregá-la como tal numa casa estranha. Não, realmente a filha não é um bom negócio para os pais, e nenhuma cumplicidade parece aproximá-la da mãe. Esta guarda seus tesouros de ternura e de orgulho para o primogênito, herdeiro exclusivo do patrimônio e do título quando os pais são nobres<sup>201</sup>.

Também no que concerne à procriação, a psicanalista Elisabeth Roudinesco expõe que, num dado momento, foi questionado até mesmo o papel da mulher na procriação, existindo a ideia de que só o homem gerava:

(...) teólogos da época medieval se colocaram a questão de saber em que medida, no momento do orgasmo, a emissão de um líquido pela mulher podia desempenhar um papel na procriação. O sêmen feminino não seria necessário à geração de uma criança “normal”, e, caso estivesse ausente, qual podia ser o risco para a descendência? (...) Eis por que, nas representações cristãs da união conjugal, a mulher é sempre mostrada virada, com o dorso no chão. Ela deve se deixar passivamente “laborar”, qual um fértil sulco, pelo pênis do homem. Em contrapartida, nas ligações proibidas, feitas de “fornicação” ou prazeres secretos, perde essa imagem para ser pintada como dominadora ou enfeitiçadora. A ordem da procriação deve respeitar a ordem do mundo. Penetrada pelo homem deitada sobre ela, a mulher ocupa seu verdadeiro lugar. Porém, se a posição se inverte, a ordem do mundo se verá pervertida. Apenas a imagem do homem cavalgando a mulher e penetrando sua carne é reputada conforme à norma<sup>202</sup>.

No que tange ao trabalho, foi somente no século XIX que as mulheres começaram efetivamente a lutar por sua cidadania plena e, só a partir do século XX, notadamente, posteriormente a Segunda Guerra Mundial, com a entrada maciça das mulheres no mercado de trabalho, criou-se uma situação de maior independência econômica, impulsionando mudanças nas instituições do casamento, família e gênero, provocando crescente igualdade das mulheres<sup>203</sup>.

Sendo assim, a aplicação do princípio da igualdade dos direitos entre homens e mulheres, previsto nos artigos 5º, I, e 226, §5º, I da Constituição Federal, decorre de uma evolução histórica que está intimamente vinculada ao patriarcalismo, aos modos de produção e mais recentemente ao movimento feminista.

<sup>201</sup> BADINTER, Elisabeth. **Um Amor conquistado**: o mito do amor materno. Tradução de Waltensir Dutra. 9. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985, p. 91-92.

<sup>202</sup> ROUDINESCO, Elisabeth. **A família em desordem**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2003, p. 24.

<sup>203</sup> DIAS, Rodrigo Bernardes. **Estado, Sexo e Direito**: reflexões acerca do processo histórico de reconhecimento dos direitos sexuais como direitos humanos fundamentais. São Paulo: SRS Editora, 2015, p. 309.

O processo de emancipação das mulheres, embora bastante desenvolvido, ainda não é completo. A igualdade jurídica, apesar de ser um avanço louvável, não garante a efetiva igualdade fática e, lamentavelmente, as discriminações enfrentadas pelas mulheres persistem no Brasil (bem como no resto do mundo) e constituem, assim, um desafio a ser superado.

## **2.8 Princípio do melhor interesse da criança/adolescente**

A família deixou de ter uma função meramente econômica e passou a ser um núcleo de companheirismo e de afeto, ou seja, um espaço a serviço das próprias pessoas que o constituem, buscando-se a realização de cada uma delas. É desta mudança, portanto, ocorrida na estrutura familiar, que decorre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Atualmente, em face da valorização do sujeito e da dignidade da pessoa humana em seus mais diversos ambientes, inclusive no espaço familiar, destaca-se uma proteção especial do menor devido ao fato deste ainda não saber gerir a própria vida sozinho. Ou seja, precisa de alguém para lhe conduzir ao exercício de sua autonomia.

Sendo assim, em face do novo perfil da família, aquele menor que, no passado, já foi tratado com indiferença e frieza pelos pais, hoje é visto como uma pessoa em situação de fragilidade, haja vista ainda estar em processo de amadurecimento e formação da personalidade. Ocupa, portanto, uma posição privilegiada no espaço familiar, de tal forma que precisa de todos os cuidados necessários para desenvolver as suas potencialidades no que tange à educação, caráter e profissão.

Logo, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente tem as suas raízes nas alterações que ocorreram na estrutura familiar nos últimos tempos. O teor deste princípio, no entanto, é relativo, pois pode sofrer variações culturais, sociais e axiológicas. É por esse motivo que a definição sobre o que é melhor para o menor só pode ser feita no caso concreto, não existindo um entendimento preconcebido. Por exemplo, ficar sob a guarda materna, paterna ou ser adotado? Ficar sob os cuidados da mãe biológica ou socioafetiva? Eis alguns dos questionamentos acerca do que seja melhor para a criança ou adolescente.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente guarda íntima relação com o princípio da paternidade responsável e também com os direitos previstos no artigo 227 da Constituição Federal. Ou seja, além do menor já ser detentor dos

direitos e garantias fundamentais gerais, tem ainda direitos especiais, e assegurar tais direitos significa respeitar o princípio do melhor interesse dos menores.

Artigo 227.É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

Também o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece várias normas protetivas à criança e ao adolescente, especialmente em seus artigos 3º e 4º:

Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem. (incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

O que se constata desses dispositivos é que o princípio do melhor interesse da criança atinge todo o ordenamento jurídico brasileiro, tornando-se o vetor axiológico a ser observado quando colocados em causa os interesses da criança, condicionando a interpretação das normas legais. Para Regina Vera Villas Bôas e Grasielle Augusta Ferreira Nascimento, a proteção integral da criança e do adolescente, prevista no artigo 227 da Carta Magna, lhes garante a titularidade de direitos subjetivos e lhes beneficia com o princípio da “prioridade absoluta”, que é determinado em proveito dos seus melhores interesses e das condições peculiares que possuem, já que são pessoas em desenvolvimento, princípio este, ratificado pelo ECA<sup>204</sup>.

<sup>204</sup> VILLAS BÔAS, Regina Vera; NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira. **A educação no combate às violências sofridas pela criança, pelo jovem e pelo adolescente.** Disponível em:

Convém mencionar também a Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989, ratificada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 28, de 14 de setembro de 1990 e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 99.710 de 21 de novembro de 1990, cuja redação estabelece que “Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”.

Percebe-se, desse modo, que todos os dispositivos citados impõem aos pais e aos responsáveis o dever de proporcionar às crianças cuidados especiais e prioritários, pois está-se a tratar de pessoas vulneráveis, desiguais. Eis o entendimento de Martha de Toledo Machado:

É esta vulnerabilidade que é a noção distintiva fundamental, sob a ótica do estabelecimento de um sistema especial de proteção, eis que distingue crianças e adolescentes de outros grupos de seres humanos simplesmente diversos da noção de *homo medio*. É ela, outrossim, que autoriza a aparente quebra do princípio da igualdade: porque são portadores de uma desigualdade inerente, intrínseca, o ordenamento confere-lhes tratamento mais abrangente como forma de equilibrar a desigualdade de fato e atingir a igualdade jurídica material e não meramente formal<sup>205</sup>.

Rodrigo da Cunha Pereira comenta ainda sobre os vínculos familiares que se desfazem e que, em muitas vezes, a criança é utilizada como verdadeira arma de negociação:

São várias as circunstâncias em que se confere lugar de destaque ao melhor interesse do menor, principalmente em disputas de guarda e na fixação do direito de visitas. No fim da conjugalidade, em que os restos do amor são levados ao Judiciário, percebemos a utilização dos processos judiciais como instrumento para se atingir o outro. São histórias de degradação em que se vê o quanto é lamentável que o amor que um dia existiu tenha se transformado apenas em ódio. Entretanto, as pessoas investidas deste ódio e de uma relação malresolvida não conseguem dissociar o fim da família conjugal da família parental, e utilizam os filhos como moeda de troca<sup>206</sup>.

---

<[http://www.proealc.etc.br/VI\\_SEMINARIO/assets/pdfs/gtv/Regina%20Vera%20Villas%20B%C3%B4as%20et%20al%20GT05.pdf](http://www.proealc.etc.br/VI_SEMINARIO/assets/pdfs/gtv/Regina%20Vera%20Villas%20B%C3%B4as%20et%20al%20GT05.pdf)>. Acesso em 19 de fevereiro de 2017.

<sup>205</sup> MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos fundamentais**. Barueri: Manole, 2003, p. 119.

<sup>206</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 154-155.

A história da trajetória familiar mostra que houve uma época em que existia uma divisão sexual do trabalho e que era função somente da mulher cuidar dos filhos, tarefa esta interpretada como um prolongamento de suas atividades domésticas. Logo, no caso de desfazimento dos laços conjugais, o bem-estar dos filhos estava condicionado à guarda materna.

Todavia, com a inversão progressiva dos papéis causado pelo feminismo e pelo ingresso da mulher no mercado de trabalho, os deveres para com os filhos foram redefinidos. Vale dizer, ao pai também foi imposto o dever de cuidar dos filhos, não existindo mais preferência no processo de educação e guarda do menor. Hoje, esta é concedida àquele que demonstrar melhores condições para cuidar da criança, pois o seu bem-estar. Também a fixação da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro deve atender sempre ao melhor interesse do menor que, mesmo após a separação dos pais, ainda tem o direito à continuidade da convivência familiar.

Com base no princípio em comento, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

(...) 1. A Constituição Federal alterou o anterior Sistema de Situação de Risco então vigente, reconhecendo a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, protegidos atualmente pelo Sistema de Proteção Integral. 2. O corpo normativo que integra o sistema então vigente é norteado, dentre eles, pelos Princípio da Absoluta Prioridade (art. 227, caput, da CF) e do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente. 3. Não há olvidar que, na interpretação do Estatuto da Criança "levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento" (art. 6º) (...) <sup>207</sup>.

Também, com base no princípio do melhor interesse da criança, é preciso romper as barreiras do preconceito e abandonar concepções morais e estigmatizantes para buscar o bem-estar do menor, cuidar de sua formação moral, social e psíquica, seja em uma família heterossexual, seja homossexual.

---

<sup>207</sup> Recurso Especial nº 1199587/SE, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, 1ª Turma – STJ. j. 21/10/2010. p. 12/11/2010.

## 2.9 Princípio da responsabilidade

Nas relações familiares, o princípio da responsabilidade está presente, sobretudo, entre pais e filhos. Os pais são responsáveis pela criação, educação, sustento material e afetivo de seus filhos.

O Código Civil, em diversos momentos, trata desses deveres dos pais quando, por exemplo, em seu artigo 932, I, estabelece que os pais são responsáveis civilmente pelos danos causados pelos filhos menores.<sup>208</sup> Também em seu artigo 1.579, estabelece que “o divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos”. Por sua vez, o artigo 1.566, IV dispõe que são deveres de ambos os cônjuges, o sustento, guarda e educação dos filhos. Já o artigo 1.634, I, estabelece que compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos dirigir-lhes a criação e a educação. Igualmente, o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe em seu artigo 22 que os pais, ou os responsáveis, têm responsabilidades compartilhadas no cuidado e na educação da criança. No entanto, o princípio da paternidade responsável será tratado no próximo item.

No que diz respeito às relações conjugais, o princípio da responsabilidade, associado ao princípio da menor intervenção estatal, possibilitou compreender e abolir a discussão da culpa pelo fim do casamento. Por meio da promulgação da Emenda Constitucional nº 66 de 13 de julho 2010<sup>209</sup>, proposta pelo IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família), o Congresso Nacional promoveu três impactantes alterações na organização jurídica sobre o divórcio: a) aboliu com os prazos para se requerer o divórcio; b) extinguiu o instituto da separação judicial; c) não há mais discussão de culpa. Diferentemente da relação entre pais e filhos, os responsáveis pelo fim dos relacionamentos conjugais são as próprias pessoas envolvidas nas escolhas e desilusões amorosas. Sobre o assunto, cumpre ressaltar o entendimento de Rodrigo da Cunha Pereira:

É necessário diferenciar o dano advindo da relação pai/filho das relações conjugais. No casamento ou união estável, o amor é uma via de mão dupla, isto é, ambos são responsáveis pelas ilusões e desilusões amorosas e a dor e o sofrimento decorrentes dessas relações são parte integrante do amor, afinal amor e dor são duas faces da

---

<sup>208</sup> Segundo o artigo 933 do Código Civil, os pais são responsáveis independentemente de culpa de sua parte.

<sup>209</sup> Alterou a redação do §6º do artigo 226 da Constituição Federal.

mesma moeda. Amor é tensão e satisfação, desejo e hostilidade, alegria e dor. Um não existe sem o outro. Quem entra em uma relação amorosa, deve assumir os riscos da dor. As possíveis indenizações de um cônjuge ao outro, em casos como, por exemplo, transmissão de doenças, lesões corporais, não pertencem ao campo do Direito de Família. Qualquer um que tenha sofrido tais danos pode buscar sua reparação na esfera do Direito Civil em geral, ou do Direito Penal. Ao Estado não deve interessar o porquê do fim de um casamento. Uma relação acaba não é por culpa, mas por responsabilidade de ambas as partes, seja porque não cuidaram, seja porque simplesmente o amor acabou, ou porque o desejo se deslocou<sup>210</sup>.

Enfim, as relações conjugais sempre trazem questões muito íntimas que não podem ter a interferência do Estado. Ao contrário, o Estado deve se afastar da intimidade das pessoas e, conseqüentemente, conferir maior responsabilidade aos próprios sujeitos ali envolvidos.

### **2.9.1 Princípio da paternidade responsável**

Os laços biológicos não bastam para garantir a paternidade e a maternidade. Ser pai ou mãe, em seu sentido autêntico, é exercer uma função diária de cuidado e isso transcende o sustento material. É preciso construir, diariamente, uma relação de afeto, cumplicidade, respeito. A maternidade/paternidade implica um conjunto de deveres, pois é preciso estar atento para saberorientar, cobrar, direcionar para que consigam, sobretudo, superar os obstáculos da vida humana, sempre considerando o melhor interesse da criança e do adolescente.

O cuidado, como valor jurídico, dentro do contexto familiar, significa proporcionar à criança e ao adolescente todo o necessário à formação de um adulto íntegro física e psicologicamente e que seja capaz de viver em sociedade e exercer plenamente a sua cidadania. Sobre a falta de cuidado, segundo estudos do psicanalista e pediatra inglês Donald Woods Winnicott:

(...) do lado psicológico, um bebê privado de algumas coisas correntes, mas necessárias, como um contato afetivo, está voltado, até certo ponto, a perturbações no seu desenvolvimento emocional que se revelarão através de dificuldades pessoais, à medida que crescer. Por outras palavras: à medida que a criança cresce e transita de fase para fase do complexo de desenvolvimento interno, até seguir finalmente

---

<sup>210</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 242-243.

uma capacidade de relação, os pais poderão verificar que a sua boa assistência constitui um ingrediente essencial<sup>211</sup>.

Tudo isso exige, evidentemente, compromisso e responsabilidade. Enfim, ser pai ou mãe não significa ter a obrigação de amar, mas de cuidar e dar assistência a fim de colocar o menor a salvo de toda forma de negligência. Cumpre registrar trecho do voto da Ministra Nancy Andriahi sobre o abandono afetivo:

Alçando-se, no entanto, o cuidado à categoria de obrigação legal supera-se o grande empeco sempre declinado quando se discute o abandono afetivo – a impossibilidade de se obrigar a amar. Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos. O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. **Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever**<sup>212</sup>.

No mesmo sentido, Rodrigo da Cunha Pereira também apresenta suas lições sobre a problemática:

O princípio jurídico da paternidade responsável não se resume à assistência material. O amor – não apenas um sentimento, mas sim uma conduta, cuidado – é alimento imprescindível para o corpo e a alma. Embora o Direito não trate dos sentimentos, trata dos efeitos decorrentes destes sentimentos. Afeição, segundo o *Dicionário Aurélio*, significa também instruir, educar, formar, dar feição, forma ou figura. O afeto, no sentido de cuidado, ação, não pode faltar para o desenvolvimento de uma criança. Ao agir em conformidade com a função de pai e mãe, está-se trazendo o afeto para a ordem da objetividade e tirando-o do campo da subjetividade apenas<sup>213</sup>.

Sendo assim, a ausência de amor não exclui a obrigação da conduta de afeto, esta entendida como um dever e que pode, portanto, ser imposta pelo Judiciário. Desse

<sup>211</sup> WINNICOTT, Donald Woods. **A criança e o seu mundo**. 6. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008, p. 129.

<sup>212</sup> Recurso Especial nº 1.159.242 – SP, Relatora Ministra Nancy Andriahi, 3ª Turma – STJ. p. 10/05/2012.

<sup>213</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 246.

modo, o princípio da paternidade responsável constitui um dos pilares do Direito de Família, presente também na Constituição Federal:

Art. 226, §7º. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Observa-se que, diferentemente da responsabilidade nos relacionamentos conjugais, o princípio da paternidade responsável traz questões que são do interesse não apenas das pessoas ali envolvidas, mas também do Estado. Aliada aos fatores econômicos, políticos e sociais, a irresponsabilidade paterna tem gerado milhares de crianças de rua, além de contribuir para aumentar o índice de criminalidade, gravidez na adolescência etc. Enfim, a responsabilidade é um princípio que deve ser observado em todas as relações jurídicas e, especialmente, nas relações familiares. Logo, o descompromisso de pais com seus filhos justifica a intervenção estatal.

### 3 NOVAS ESTRUTURAS FAMILIARES

*O amor já foi uno, concreto e definido. Mas o século mudou e com ele as variantes do amor, que se multiplicaram. Hoje há diversas formatações para vivenciá-lo, são inúmeros os seus significados e ilimitadas as suas maneiras de encantar e transformar. O amor romântico – “eu e você para sempre” – é apenas uma de suas modalidades. (O amor e tudo que ele é –Martha Medeiros).*

Nas últimas décadas, estimulados pelo incremento veloz da tecnologia e da ciência, estas acentuadas pelo processo de globalização, vários fatores contribuíram de forma abrangente e profunda para a transformação da sociedade e a forma de viver do homem contemporâneo. Presencia-se, atualmente, uma consciência mais crítica acerca da sociedade como um todo, sobretudo no modo de pensar a família, um estágio de verdadeira ruptura com ideias fundamentais, até pouco tidas como absolutas.

Sobre esse cenário atual, Rodrigo Bernardes Diasfaz suas observações:

O sexo, como não poderia deixar de ser, foi uma das áreas mais afetadas, e num período de pouco menos de um século, em particular no mundo, ocidental, praticamente todas as ideias estabelecidas sobre o tema, fruto de um relativo consenso histórico que durava já vários séculos, foram, uma a uma questionadas, alteradas e, muitas vezes, totalmente subvertidas. Dentre os fatores que geraram esta situação, ao longo deste período dentre outros, destacamos: (i) a alteração das condições econômicas, tecnológicas e políticas existentes no mundo, em particular o aprofundamento das transformações econômicas iniciadas pela revolução industrial ao redor do globo e a supremacia do sistema capitalista; (ii) o aumento da compreensão humana sobre o sexo, que se constituiu em um verdadeiro salto epistemológico acerca do tema; (iii) a emancipação das mulheres em todas as áreas da vida, megatendência ainda em curso, quem além de mudar as estruturas de poder e a maneira como metade da população vive, resultou no fato de que a outra metade – no mais das vezes, a contragosto – tivesse que se adaptar a essa nova realidade; (iv) progressiva secularização da sociedade e contestação de valores tradicionalmente aceitos com base em preceitos de ordem religiosa; (v) a revolução sexual iniciada nos anos 1960 incluiu uma radical alteração dos padrões de comportamento sexual; (vi) o início da emancipação de minorias sexuais antes ignoradas; (v) a invenção de anticoncepcionais mais efetivos; (vii) o advento da AIDS; (viii) o advento da “sociedade da informação” e a popularização dos meios de comunicação em massa,

em particular a televisão e, posteriormente, a Internet e; (ix) a aceleração do processo de globalização<sup>214</sup>.

Segundo o sociólogo polonês Zygmunt Bauman, todas essas transformações, nesse mundo propenso a mudar com rapidez e de forma imprevisível, trazem consigo uma fragilidade dos laços humanos, ou seja, as relações tornam-se cada vez mais flexíveis; não apenas as relações amorosas e familiares são afetadas, mas a própria capacidade de o indivíduo tratar um estranho com humanidade é prejudicada. O autor complementa com suas reflexões:

O advento da proximidade virtual torna as conexões humanas simultaneamente mais frequentes e mais banais, mais intensas e mais breves. As conexões tendem a ser demasiadamente breves e banais para poderem condensar-se em laços. Centradas no negócio à mão, estão protegidas da possibilidade de extrapolar e engajar os parceiros além do tempo e do tópico da mensagem digitada e lida – ao contrário daquilo que os relacionamentos humanos, notoriamente difusos e vorazes, são conhecidos por perpetrar. Os contatos exigem menos tempo e esforço para serem estabelecidos, e também para serem rompidos. A distância não é obstáculo para se entrar em contato – mas entrar em contato não é o obstáculo para se permanecer à parte. Os espasmos da proximidade virtual terminam, idealmente, sem sobras nem sedimentos permanentes. Ela pode ser encerrada, real e metaforicamente, sem nada mais que o apertar de um botão<sup>215</sup>.

É certo que, com tantas transformações, na atualidade, surgiram também novas formas de agrupamento familiar que passaram a viver lado a lado com outros modelos mais tradicionais de família. Começou-se a pensar, a partir daí, que a família entrou em crise, que está desestruturada, eis uma preocupação que parece ser frequente e que é, por vezes, compreensível. No entanto, conforme ressalta Rodrigo da Cunha Pereira “o processo é de evolução histórica e não de decadência. As turbulências do caminho são decorrências naturais”. O autor complementa:

Demógrafos, sociólogos, antropólogos, economistas ou psicanalistas não têm a fórmula certa para dizer ao Direito como legislar essa nova realidade. Como organizar juridicamente a família, se não há mais uma única forma de família, mas várias? Ela deixou sua forma

---

<sup>214</sup> DIAS, Rodrigo Benardes. **Estado, Sexo e Direito:** reflexões acerca do processo histórico de reconhecimento dos direitos sexuais como direitos humanos fundamentais. São Paulo: SRS Editora, 2015, p. 14-15.

<sup>215</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido:** sobre a fragilidade dos laços humanos. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004, p. 83.

singular e agora é plural, como a Constituição da República de 1988 já expressou em seu art. 226<sup>216</sup>.

Sendo assim, com base nos princípios da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, há uma tendência em muitos países do mundo de se legitimar e reconhecer as novas estruturas familiares. Nessa linha, estudos antropológicos realizados com o objetivo de identificar os modelos básicos de família demonstram que não é fácil catalogar o grande número de famílias existentes justamente, porque a família não é um produto da natureza e estática no tempo, e sim um grupo dinâmico que reage e interfere na sociedade. É preciso considerar, ainda, o que as pessoas envolvidas entendem por família e, por conseguinte, o seu olhar sobre os demais elementos que compõem a família. Se considerar as uniões homoafetivas, por exemplo, e a tecnologia de reprodução artificial existente, as possibilidades de existência de novos arranjos familiares são muitas<sup>217</sup>.

Em meio a esse pluralismo de constituição de famílias, existe certa dificuldade até mesmo para conceituar a família ou para determinar o elemento identificador dos vínculos familiares, que já desatrelou do conceito de casamento. Sobre o tema, a antropóloga Cláudia Fonseca define dinâmicas familiares como:

(...) a relação marcada pela identificação estreita e duradoura entre determinadas pessoas que reconhecem entre elas certos direitos e obrigações mútuos. Essa identificação pode ter origem em fatos alheios à vontade da pessoa (laços biológicos, territoriais), em alianças conscientes e desejadas (casamento, compadrio, adoção) ou em atividades realizadas em comum (compartilhar o cuidado de uma criança ou de um ancião, por exemplo)<sup>218</sup>.

Logo, para a autora, “os aspectos biológicos, territoriais, as alianças conscientes e as atividades realizadas em comum são vistos apenas como os meios pelos quais ocorrem as uniões entre os indivíduos que se configuram em uma família”<sup>219</sup>. Um grupo de pessoas é definido como família quando presente uma relação de reciprocidade entre os sexos.

---

<sup>216</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 24.

<sup>217</sup> SANTIAGO, Marcelo; FEITOSA, Lourdes Conde. **Família e Gênero: um estudo antropológico**. Mimesis, Bauru, v. 32, n. 1, 2011, p. 29-41.

<sup>218</sup> FONSECA, C. Concepções de família e práticas de intervenção: uma contribuição antropológica. **Saúde e Sociedade**, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 50-9, maio-ago 2005. Disponível em: <[www.scielo.br/pdf/sausoc/v14n2/06.pdf](http://www.scielo.br/pdf/sausoc/v14n2/06.pdf)>. Acesso em: 11 dez. 2010.

<sup>219</sup> Idem.

Enfim, apesar de toda a variedade e diversidade de cultura, religião e credos, valores morais, seria possível estabelecer um conceito universal de família? Inicialmente, verifica-se que o que garante a existência de uma família seguramente não é o vínculo jurídico e nem mesmo os laços biológicos de filiação são garantidores. Tais relações são da ordem da cultura, e não da natureza. Se assim fosse, não seria possível o milenar instituto da adoção, por exemplo. Deve-se, então, partir da compreensão, e da constatação de que é possível estabelecer um conceito universal para família, revisar o inciso III do artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, já que família não é natural, mas essencialmente cultural<sup>220</sup>.

É claro que estabelecer um conceito universal de família não é tarefa fácil, pois, conforme exposto, há uma pluralidade de culturas no mundo e cada uma dessas culturas produz os seus próprios valores, crenças e discursos. O próprio conceito de dignidade da pessoa humana varia no tempo e espaço. Todavia, a cultura não é a única fonte de validade de um direito ou regra moral como pretendem os adeptos do *relativismo cultural forte*. Por outro lado, não é possível desprezar a cultura como almejam os *universalistas*. Ou seja, é preciso respeitar a diversidade e reconhecer o outro como ser pleno de dignidade e direitos.

Logo, é possível, com fundamento na dignidade da pessoa humana, buscar um conceito de família que esteja acima de conceitos morais, muitas vezes estigmatizantes. É imperioso buscar um conceito de família que possa ser pensado e entendido em qualquer tempo e espaço, já que família foi e sempre será a célula básica da sociedade<sup>221</sup>. Independentemente da época e espaço, é possível definir a família como uma estruturação psíquica em que cada membro ocupa um lugar, uma função. Lugar de pai, lugar de mãe, lugar de filhos, sem, no entanto, estarem necessariamente ligados biologicamente. É essa estruturação familiar que existe antes, e acima do Direito das Famílias, que interessa trazer para o mundo jurídico e que permite que o indivíduo possa, inclusive, existir como cidadão<sup>222</sup>. É essa família democratizada que cria a consciência e o sentimento de pertencimento à comunidade.

Luiz Edson Fachin, em linguagem poética, explica o tema:

---

<sup>220</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, n. 58, maio-ago 2006, p. 195-201.

<sup>221</sup> Idem.

<sup>222</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, n. 58, maio-ago 2006, p. 195-201.

A verdade socioafetiva pode até nascer de indícios, mas toma expressão na prova; nem sempre se apresenta desde o nascimento. Revela o pai que ao filho empresta o nome, e que mais do que isso o trata publicamente nessa qualidade, sendo reconhecido como tal no ambiente social; o pai que ao dar de comer expõe o foro íntimo da paternidade, proclamada visceralmente em todos os momentos, inclusive naqueles em que toma conta do boletim e da lição de casa. É o pai de emoções e sentimentos, e é o filho do olhar embevecido que reflete aqueles sentimentos. Outro pai, nova família<sup>223</sup>.

A seguir, serão estudadas as novas estruturas familiares que vêm se desenvolvendo e que são bastante distintas daquele antigo modelo patriarcal que tinha como função assegurar “a transmissão da vida, dos bens e dos nomes”<sup>224</sup>. Agora, as novas configurações de núcleo familiar estão em movimento, são democráticas, flexíveis e baseadas no afeto. São famílias reconstituídas, multiplicidade de relacionamentos, famílias conjugais construídas e rapidamente destruídas, divórcios sucessivos, discussões sobre parentalidade, enfim, daí a dificuldade para se chegar a um conceito de família.

Por conseguinte, percebe-se que o desafio que se apresenta a todos os protagonistas do Direito é saber tratar das questões que abrangem família de modo cuidadoso, preocupado e atento, pois se está a tratar de gente.

### 3.1 Famílias reconstituídas

A família reconstituída decorre da reorganização de grupos familiares constituídos por membros que, por sua vez, também advêm de outra formação familiar, seja de um casamento, seja união estável. Nessa categoria, formada seja por pai viúvo ou mãe viúva, pai divorciado ou mãe divorciada, pai solteiro ou mãe solteira, circulam crianças de outro precedente e, portanto, um dos adultos é padrasto ou madrasta.

Também chamada de *mosaico*, *recomposta*, *reconstruída*, *redimensionada*, *ensablada*, ou ainda de *tentacular* como prefere a psicanalista Maria Rita Kehl<sup>225</sup>, a família reconstituída é o mais novo e desafiante modelo familiar já experimentado pelo Direito de Família. Semy Glanz salienta que

<sup>223</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade**: relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 59.

<sup>224</sup> ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Tradução de Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981, p. 193.

<sup>225</sup> KEHL, Maria Rita. **A família tentacular**. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=Kt-jSi32nL0>>. Acesso em 19 de fevereiro de 2017.

(...) após a ruptura dos casais, muitos refazem seus lares e, já tendo filhos, acabam juntando os seus aos do companheiro ou cônjuge do segundo casamento. Muitas vezes, ambos têm filhos e acabam tendo mais, donde o surgimento dos irmãos germanos e unilaterais<sup>226</sup>.

Dessa maneira, a família reconstituída pode advir de vários arranjos, sendo possível coexistir em apenas uma família *os meus, os seus* e *os nossos filhos*. O mosaico significa uma arte milenar que reúne pequenas peças de diversas cores para formar uma grande figura. Daí surgiu a expressão família mosaico, ou seja, famílias formadas por um dos pais, seus filhos, um novo companheiro ou cônjuge, os filhos desses e quiçá, os filhos de ambos. Geralmente, os nomes dados aos integrantes dessa família são os de madrasta, padrasto, enteado, meio-irmão<sup>227</sup>. Sobre tais expressões Maria Berenice Dias declara que

Não bastam os vocábulos disponíveis para diferenciar o par formado por quem é egresso de relacionamentos anteriores. A prole de cada um também não dispõe de uma palavra que permita identificar quem seja, por exemplo, o companheiro da mãe; o filho da mulher do pai diante de seu próprio filho, e ainda o novo filho desta relação frente aos filhos de cada um dos pais. Claro que termos madrasta, padrasto, enteado, assim como as expressões filho da companheira do pai ou filha do convivente da mãe, meio-irmão e outras não servem, pois trazem uma forte carga de negatividade, ainda resquício da intolerância social, por lembrarem vínculos pecaminosos<sup>228</sup>.

Conforme comentado pela autora, não existe uma nomenclatura que identifique o vínculo dos filhos como o novo parceiro da mãe ou do pai. A mulher do pai não cabe ser chamada de madrasta, pela conotação malvada dos contos de fada. Também não há como os filhos de um se referir aos *filhos do outro*. Diante da ausência de uma terminologia específica, resta explicar a posição de cada um. Por descrição e não por um vocábulo: *este é o filho do novo marido da minha mãe; este é o meio-irmão*. Ora, se não existe meio-pai, meia-mãe ou meio-filho, não existe meio-irmão! Mesmo assim, o fato de não existirem expressões adequadas acerca do tema, nada impede a formação de

<sup>226</sup> GLANZ, Semy. **A família mutante - sociologia e direito comparado**: inclusive o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 157-158.

<sup>227</sup> VALADARES, Maria Goreth Macedo. **Os meus, os seus e os nossos**: as famílias reconstituídas e seus efeitos jurídicos. 2007. 120 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – Belo Horizonte – MG.

<sup>228</sup> DIAS, Maria Berenice. Sociedade de afeto: um nome para a família. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v. I, n. 1, abr./jun. 1999, p. 34.

laços afetivos desvinculados dos laços biológicos e registrais. São relacionamentos que nascem da convivência e não da identidade genérica<sup>229</sup>.

Sendo assim, o divórcio que sempre foi censurado moralmente pelos conservadores, que receavam que sua proliferação resultasse na morte da família e no banimento de toda vida social, fez com que o casamento (antes necessário à legitimação dos cônjuges e de seus filhos) perdesse efetivamente sua força simbólica. Afinal, como poderia o casamento continuar a encarnar o poder do vínculo familiar se este já não era mais indissolúvel? Logo, ele deixou de ser visto como aquele rito festivo que fundava uma célula familiar única e definitiva, agora considerado como um simples contrato mais ou menos duradouro entre duas pessoas. Segundo Sygmunt Bauman, “(...) em particular, o compromisso incondicional e certamente aquele do tipo ‘até que a morte nos separe’, na alegria e na tristeza, na riqueza e na pobreza, parece cada vez mais uma armadilha que se deve evitar a todo custo”<sup>230</sup>. Foi assim que, segundo a psicanalista Elisabeth Roudinesco, surgiu a família recomposta:

Daí o surgimento da noção de "família recomposta", que remete a um duplo movimento de dessacralização do casamento e de humanização dos laços de parentesco. Em lugar de ser divinizada ou naturalizada, a família contemporânea se pretendeu frágil, neurótica, consciente de sua desordem, mas preocupada em recriar entre os homens e as mulheres um equilíbrio que não podia ser proporcionado pela vida social. Assim, fez brotar de seu próprio enfraquecimento um vigor inesperado. Construída, desconstruída, reconstruída, recuperou sua alma na busca dolorosa de uma soberania alquebrada ou incerta. E se alguns filhos podiam doravante ser educados sob a autoridade de dois pais e duas mães, e sob o mesmo teto que seus meios-irmãos ou suas meias-irmãs, isso significava que outros filhos, vivendo com um único pai, não tardariam a ser vistos, sem pudor, como sujeitos totalmente à parte. Apelidadas antigamente de "bastardas", estas crianças foram chamadas "naturais", depois integradas à norma de uma nova ordem familiar recomposta<sup>231</sup>.

Cumprido destacar a frequência cada vez maior no Brasil das famílias reconstituídas. Tal informação emerge do estudo do IBGE<sup>232</sup> que, pela primeira vez,

---

<sup>229</sup> DIAS, Maria Berenice. **Filhos do afeto**: questões jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 38.

<sup>230</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004, p. 113.

<sup>231</sup> ROUDINESCO, Elisabeth. **A família em desordem**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p.153.

<sup>232</sup> BRASIL. IBGE. **Celso Demográfico**, 2010. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/imprensa/ppts/00000010435610212012563616217748.pdf>. Acesso em 26 de novembro de 2016.

analisou as famílias reconstituídas, identificadas pelo instituto como os núcleos constituídos depois da separação ou morte de um dos cônjuges. O Censo de 2010 mostra que esses grupos representam 16,3% do total de casais, em que os filhos são apenas de um dos parceiros ou de ambos em relacionamentos anteriores. Portanto, no Brasil, são mais de 4,4 milhões de famílias com tais características.

O crescente número de divórcios e, por consequência, o aumento do número de famílias reconstituídas é um indício de que a família passou a atender mais aos objetivos pessoais do que às formalidades. Aquela excessiva preocupação com os interesses patrimoniais que afligiam o direito de família tradicional não encontra amparo na família atual, sustentada por outros interesses de caráter pessoal, caracterizados por um elemento nuclear: o afeto. Sobre o tema, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná decidiu:

(...) A distinção, acerca de quais relações afetivas se encontram sob o manto da proteção constitucional, observa os princípios que norteiam o direito de família, destacando-se os princípios da liberdade, da responsabilidade e da solidariedade. 3. No que tange a liberdade para constituição das relações afetivas, o direito apenas tutela aquelas em que se preserva o cuidado para com o consorte, pois a família preservada pelo direito de família contemporâneo é aquela que se denomina "família eudemonista", para a qual importa a realização afetiva de todos os seus membros individualmente considerados. Ou seja, a liberdade tutelada não é a mera liberdade formal de constituir família, mas também a liberdade substancial, em que se fornecem condições ao consorte a fim de que possa escolher conscientemente se quer ou não constituir família com o pretendente (...) <sup>233</sup>.

Consequentemente, alguns questionamentos no Direito de Família foram redimensionados pelas características particulares desta nova ordem familiar. Por exemplo, a alteração do nome de família, a adoção do enteado pelo padrasto, a divisão do pátrio poder e guarda de menores, o direito de visita e o dever alimentar <sup>234</sup>. O Superior Tribunal de Justiça decidiu sobre o tema:

O direito fundamental da criança e do adolescente de ser criado e educado no seio da sua família, preconizado no art. 19 do ECA, engloba a convivência familiar ampla, para que o menor alcance em

<sup>233</sup> Processo nº 941.949-6/01, Relatora Ivanise Maria Tratz Martins, 12ª Câmara Cível - TJPR. j. 28/05/2014.

<sup>234</sup> FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RÖRHMANN, Konstanze. **As famílias pluriparentais ou mosaico.** Disponível em <<http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Fam%C3%ADliasPluriparentaisouMosaicosJussaraFerreira.pdf>>. Acesso em 26 de novembro de 2016.

sua plenitude um desenvolvimento sadio e completo. Atento a isso é que o Juiz deverá colher os elementos para decidir consoante o melhor interesse da criança. Dentro do contexto da multiplicidade de vínculos exibida pelas famílias intituladas “pluriparentais” ou “mosaicos”, as crianças lucrarão em afetividade se os familiares envolvidos, sejam eles socioafetivos, sejam eles biológicos, alcançarem a consciência de que o melhor para todos é agregar muito amor e cuidado aos pequenos inseridos nessa nova realidade das famílias “recompostas”, sem direito a exclusividades castradoras, ou, ainda, exclusão do amor de uns em detrimento de outros<sup>235</sup>.

Sendo assim, as famílias reconstituídas são definidas pela afetividade, diferentemente da família clássica em que predomina a vinculação pelos laços consanguíneos. O afeto, que revolucionou o Direito de Família enquanto valor jurídico, é o elemento indispensável à estabilidade da família reconstituída, especialmente porque os membros dessas famílias são oriundos de uniões anteriores. Logo, é possível que ocorram divergências quanto aos valores, à educação, à formação espiritual e, portanto, são dilemas que se abrem e exigem extraordinária capacidade de adaptação de todos os integrantes. Sobre os novos paradigmas no Direito de Família brasileiro, discorre Luis Edson Fachin:

Rente à história e preso à vida mutante, considerando que não pode a Justiça seguir dando respostas mortas a perguntas vivas, ignorando a realidade social subjacente, encastelando-se no formalismo, para deixar de dizer o direito. (...) Na transformação da família e de seu Direito, o transcurso apanha uma comunidade de sangue e celebra (...) a possibilidade de uma comunidade de afeto. (...) Mosaico da diversidade, ninho de comunhão no espaço plural da tolerância<sup>236</sup>.

Diante disso, é necessária uma extensa empreitada educativa para sustentar a integração social das famílias reconstituídas. É importante ressaltar que a característica marcante dessas famílias não é a desintegração, mas a reintegração, a recomposição dos grupos, anteriormente desfeitos.

---

<sup>235</sup> REsp nº1106637/SP, Relatora Ministra Nancy Andrichi, 3ª Turma – STJ. j. 01/06/2010.

<sup>236</sup> FACHIN, Luis Edson. **Direito de famílias**: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 123.

### 3.1.1 Alteração do nome de família

O nome civil integra a personalidade do ser humano, desempenhando funções essenciais de individualização e identificação das pessoas na sociedade, diferenciando-as das demais. Tão importante é a importância do nome civil que o Código Civil o inseriu no rol dos direitos da personalidade

Sendo assim, a Lei nº 11.924/09<sup>237</sup>, que alterou a Lei de Registros Públicos, autoriza o enteado ou a enteada a adotar o nome da família do padrasto ou da madrasta. Existindo motivo ponderável, poderão requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes.

Muitos são os casos de pessoas que, estando em seu segundo casamento, por exemplo, desejam criar os filhos da companheira ou companheiro como se seus próprios filhos fossem e desejam, inclusive, que tenham o mesmo nome como forma também de integração ao grupo familiar ao qual pertencem. Portanto, em harmonia com o novo conceito de família e amparando as novas estruturas familiares, esta Lei tem por objetivo proteger as relações familiares baseadas no afeto, superando aquela ideia simplista e excludente da paternidade biológica. Assim já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Nada mais forte do que o amor para unir uma família. A carta de próprio punho firmada pelo padrasto, que vê no filho da esposa um companheiro, a quem devota o mesmo carinho que tem para com sua filha natural é mais do que “motivo ponderável” para justificar a pretensão. Nesse contexto, é inegável que a inclusão do nome do padrasto contribuirá para que o menor se sinta integrado de forma plena ao grupo familiar ao qual pertence desde tenra idade. Esse é daqueles casos em que se prestigia o princípio da dignidade humana. A manutenção do nome original da pessoa, constante de seu registro civil de nascimento, extrapolando da sua função identificadora, em determinadas situações, torna-se elemento de desconforto ao indivíduo, que, embora concebido e reconhecido por seu pai ou mãe biológicos, foi criado e se desenvolveu sob a proteção e influência de um padrasto ou madrasta, com quem mantém laços, se não de sangue, de tamanha afinidade, que justificam a alteração pretendida, evitando-se com isso danos psicológicos ao menor ao atestar uma realidade pré-existente<sup>238</sup>.

<sup>237</sup> Esta Lei modifica a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973 – Lei de Registros Públicos.

<sup>238</sup> Ação rescisória nº 0221759-90.2010.8.26.0000, Relator Paulo Alcides Amaral Salles, 6ª Câmara de Direito Privado - TJSP. j. 01/08/2013.

Como se verifica, a referida Lei não aborda a retirada do nome de família biológico, mas tão somente do acréscimo de outro nome, quer seja do padrasto ou da madrasta. Isso porque, muitas vezes, o relacionamento do enteado com seu padrasto reflete muito mais uma relação de pai e filho do que com o pai biológico. Sendo assim, é possível que na certidão conste o nome do pai ou mãe socioafetivos, sem prejuízo da manutenção do nome do pai ou mãe biológicos. Nessa perspectiva, decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal<sup>239</sup>, ao admitir que o reconhecimento de filiação pela multiparentalidade possui amparo legal na parte final do art. 1.593 do Código Civil, segundo o qual “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consaguinidade ou outra origem”. Segundo o Tribunal, a menção à expressão *outra origem* cedeu espaço semântico para que a doutrina e a jurisprudência, ao interpretarem tal dispositivo, à luz da Constituição Federal, reconhecessem as relações de parentesco socioafetivas.

Dessa forma, a multiparentalidade, ou seja, a dupla maternidade/paternidade transformou-se em uma realidade jurídica e a força dos costumes<sup>240</sup>, como fontes do Direito, permite esta nova categoria jurídica. Por sua vez, o juiz não é um mero expectador da lei. Haverá sempre novos direitos e também haverá outros séculos. Deve

---

<sup>239</sup> EMENTA: DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. DECLARATÓRIA DE MATERNIDADE. ENTEADA CRIADA COMO FILHA DESDE 1 ANO E 8 MESES DE IDADE. PLEITO DE INCLUSÃO DO NOME DA MÃE SOCIOAFETIVA, DE SEUS ASCENDENTES E DE SEU PATRONÍMICO NO ASSENTO DE NASCIMENTO DA MENOR. POSSIBILIDADE. MATERNIDADE SOCIOAFETIVA PROVADA. MANUTENÇÃO DA MATERNIDADE BIOLÓGICA. RESPEITO À MEMÓRIA DA MÃE BIOLÓGICA, FALECIDA MENOS DE 1 ANO APÓS O PARTO. SENTENÇA REFORMADA. 1 - A filiação socioafetiva, que encontra alicerce no art. 227, § 6º da Constituição/88, abarca não apenas a adoção em si considerada, como também parentescos de origens diversas, conforme sinalizado pelo art. 1.593 do CC/02, além daqueles decorrentes da consaguinidade decorrente da ordem natural, de forma a contemplar a socioafetividade surgida como elemento da ordem cultural. 2 - O Código Civil, em seu art. 1.593, reconhece a possibilidade de parentesco, e, por óbvio, de filiação, decorrente de outros critérios, resguardando a possibilidade de uma origem socioafetiva. 3 - Na hipótese, provada a maternidade socioafetiva, seu reconhecimento consiste apenas na materialização da realidade fática vivenciada pelas partes, de modo que, apesar de a legislação não dispor explícita e detalhadamente sobre tal situação, incumbe ao Poder Judiciário assegurar direitos decorrentes da peculiaridade de tais casos. 4 - À luz do interesse superior da menor, princípio consagrado no artigo 100, inciso IV da Lei nº. 8.069/90, impõe-se o reconhecimento da maternidade socioafetiva e respectiva averbação do nome da apelante no assento de nascimento da infante para conferir-lhe o reconhecimento jurídico que já desfrutava de filha da apelante, sem prejuízo da manutenção do nome da mãe biológica registral, até mesmo para fins de preservação da memória desta, que não teve culpa pelo rompimento do vínculo materno-filial, já que veio a falecer antes de a menor completar 1 ano de idade. (Apelação nº 20140310318936, Relatora Maria Ivatônia, 5ª Turma Cível – TJDF, p. 27/07/2016).

<sup>240</sup> Art. 4º (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 - Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro) . Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

estar atento à realidade social e, confrontando os fatos com o ordenamento jurídico, concluir pela solução mais apropriada<sup>241</sup>.

A ausência de lei para regência de novos fatos sociais decorrentes das relações familiares não significa necessariamente a impossibilidade jurídica do pedido. O formalismo exacerbado não pode restringir a evolução dos fatos da vida e alguns regramentos devem ser relativizados em nome das relações afetivas que também não são estáveis.

### 3.2 Família parental

A família parental é a que se forma a partir de laços de parentesco, consanguíneos, socioafetivos ou por afinidade.

De Plácido e Silva conceitua o parentesco da seguinte forma:

Derivado do latim popular *parentus*, de *parens*, no sentido jurídico quer exprimir a *relação* ou a *ligação jurídica* existente entre pessoas, unidas pela evidência de *fato natural* (nascimento) ou de *fato jurídico* (casamento, adoção). Nesta razão, embora originariamente *parentesco*, a relação entre parentes, traga um sentido de ligação por consanguinidade, ou aquela que se manifesta entre as pessoas que descendem do mesmo tronco, no sentido jurídico, o parentesco abrange todas as relações ou nexos entre as pessoas, provenha do sangue ou não<sup>242</sup>.

Percebe-se assim que os dicionários jurídicos ainda definem o parentesco como faziam os clássicos, ou seja, não mostram a evolução no modo de conceituá-lo, pois sequer mencionam a questão da socioafetividade. Segundo Christiano Cassetari, provavelmente o final do texto, no qual o autor escreve que o parentesco abrange todas as relações ou nexos entre as pessoas, provenha do sangue ou não, refere-se ao casamento e à adoção, e não à socioafetividade<sup>243</sup>.

Embora o vínculo socioafetivo não esteja previsto de forma explícita no Código Civil, nos termos do artigo 1.593 “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou *outra origem*” (**grifo nosso**). Não há dúvidas, portanto, de que a família reconhecida pelo Estado não é somente aquela decorrente de laços de

<sup>241</sup> CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva**: efeitos jurídicos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 164.

<sup>242</sup> SILVA, De Plácido. **Vocabulário jurídico**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 1005.

<sup>243</sup> CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva**: efeitos jurídicos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.13.

consanguinidade ou casamento, mas também aquela que tem origens em laços meramente afetivos entre os sujeitos que a compõem.

No entanto, a família parental é o gênero das várias espécies de famílias, tais como a anaparental, monoparental e multiparental.

### **3.2.1 Família monoparental**

Segundo o artigo 226, §4º da Constituição Federal, “entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”. A família monoparental, portanto, é aquela formada por filhos com apenas o pai ou a mãe, sejam eles casados, viúvos ou solteiros. Também pode ser formada pelo avô/ avó ou outro parente que se encarregue da criação de um ou mais filhos.

Sendo assim, a Constituição ampliou o conceito de família, passando a tutelar também outros relacionamentos não abarcados pelo casamento (união estável e família monoparental), mas fundados na afetividade, oferecendo proteção jurídica aos companheiros e conferindo-lhes equiparação, perante a lei, aos cônjuges.

Dados do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) revelam que tem aumentado no Brasil o número de famílias monoparentais, especialmente as de mulheres que criam seus filhos sozinhas, seja pelo abandono do pai, seja por motivo de gravidez não planejada.

### **3.2.2 Família anaparental**

Do grego *ana*, tem o sentido de privação, isto é, a família privada de pais, sem pais. Assim é a família formada entre irmãos, primos, ou pessoas que têm uma relação de parentesco entre si, sem que haja conjugalidade entre elas e sem vínculo de ascendência ou descendência. É uma espécie do gênero família parental. A importância desse conceito e caracterização, assim como as demais famílias, está no sentido de proteção jurídica, especialmente para efeitos de caracterização do bem de família e sua impenhorabilidade.

Sobre o tema decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

(...) a chamada família anaparental – sem a presença de um ascendente –, quando constatado os vínculos subjetivos que remetem à

família, merece o reconhecimento e igual status daqueles grupos familiares descritos no art. 42, § 2, do ECA. Na espécie, o fim expressamente assentado pelo texto legal – colocação do adotando em família estável – foi plenamente cumprido, pois os irmãos, que viveram sob o mesmo teto, até o óbito de um deles, agiam como família que eram, tanto entre si, como para o então infante. Naquele grupo familiar o adotado deparou-se com relações de afeto, construiu – nos limites de suas possibilidades – seus valores sociais, teve amparo nas horas de necessidade físicas e emocionais, em suma, encontrou naqueles que o adotaram, a referência necessária para crescer, desenvolver-se e inserir-se no grupo social que hoje faz parte<sup>244</sup>.

Sendo assim, embora a filiação biológica seja valorizada pelo Direito no que diz respeito aos laços de parentesco, os laços afetivos também são importantes na formação da personalidade e caráter do sujeito. Nos termos do artigo 1.596 do Código Civil Brasileiro, “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Como sugestão, entende-se que deveria ocorrer a modificação deste artigo para acrescentar os filhos socioafetivos, eis que estes deverão possuir os mesmos direitos dos filhos biológicos, em razão da igualdade prevista na Constituição Federal.

### **3.2.3 Família multiparental (ou pluriparental)**

É a família que tem múltiplos pais/mães, isto é, mais de um pai e/ou mais de uma mãe.

A prevalência ou equiparação da filiação socioafetiva em relação à biológica foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal que admitiu a coexistência de parentalidades simultâneas. Decidiu-se que a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitantemente baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais. Veja-se:

A omissão do legislador brasileiro quanto ao reconhecimento dos mais diversos arranjos familiares não pode servir de escusa para a negativa de proteção a situações de pluriparentalidade. É imperioso o reconhecimento, para todos os fins de direito, dos vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e

---

<sup>244</sup>Recurso Especial nº 1.217.415/RS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma – STJ. j. 19/06/2012.

adequada tutela aos sujeitos envolvidos. Na doutrina brasileira, encontra-se a valiosa conclusão de Maria Berenice Dias, in verbis: “não mais se pode dizer que alguém só pode ter um pai e uma mãe. Agora é possível que pessoas tenham vários pais. Identificada a pluriparentalidade, é necessário reconhecer a existência de múltiplos vínculos de filiação. Todos os pais devem assumir os encargos decorrentes do poder familiar, sendo que o filho desfruta de direitos com relação a todos. Não só no âmbito do direito das famílias, mas também em sede sucessória. (...) Tanto é este o caminho que já há a possibilidade da inclusão do sobrenome do padrasto no registro do enteado” (Manual de Direito das Famílias. 6ª. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 370). Tem-se, com isso, a solução necessária ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º). (...) “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais”<sup>245</sup>.

Trata-se de importante decisão, pois consolida o princípio da afetividade nos relacionamentos familiares e progride sobre a possibilidade jurídica de multiparentalidade ao pronunciar que pais afetivos e biológicos possuem os mesmos direitos e deveres. Não é possível afirmar, portanto, que uma modalidade prevalece sobre a outra, de tal modo que somente o caso concreto indicará a solução mais coerente.

No mesmo sentido, decidiu o Tribunal de Justiça de Goiás:

(...) como a sociedade brasileira passa por profundas transformações que refletem no Direito de Família, **atualmente a ideia de se possuir dois pais e duas mães não se revela impossível, já que a família contemporânea está ligada ao afeto e a busca da felicidade**. Assim, temos que a formação da família moderna não-consanguínea tem sua base na afetividade e nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Corroborando nosso entendimento veja doutrina e jurisprudência abaixo: "Coexistindo vínculos parentais afetivos e biológicos, mais do que apenas um direito, é uma obrigação constitucional reconhecê-los na medida em que preserva direitos fundamentais de todos os envolvidos, sobretudo a dignidade e a afetividade da pessoa humana"<sup>246</sup>. (grifo nosso).

Sendo assim, no que diz respeito aos laços afetivos, o Estado deve, como consequência do respeito à dignidade da pessoa humana, restringir a sua função a

<sup>245</sup>Ag. Reg. no RE nº 898060/SC, Rel. Min. Luiz Fux – STF. j. 15/03/2016. p. 18/03/2016.

<sup>246</sup>Processo ordinário nº 0010040-48.2015.8.08.0024, Juiz Antônio Carlos de Oliveira Dutra – TJGO. j. 3/06/2015.

respeitar, validar e tutelar as novas estruturas familiares, respeitando a liberdade e a pluralidade. Não cabe ao Estado definir o que é família, eis que esta realidade surge da convivência humana e não de técnica jurídica.

### **3.3 Família binuclear**

Como já exposto, a família nuclear é a família mais reduzida, ou seja, é aquela formada pelo casal e sua prole. Portanto, se opõe à concepção de família extensa, esta formada não somente pelo pai, mãe e filhos, mas também pelos avós, tios e primos.

Por sua vez, a família binuclear é a família nuclear dividida, constituída por dois núcleos a partir de um núcleo originário. Logo, a partir da separação de um casal com filho (s), ocorre a formação de dois núcleos daquela mesma família.

A compreensão do conceito de família binuclear é importante, pois é preciso ter claro que a partir do divórcio ou da dissolução de união estável, o que se dissolve é tão somente a conjugalidade e não a família propriamente dita. Esta vai continuar existindo, porém, sob novo formato.

### **3.4 Família homoafetiva (ou isossexual)**

A família homoafetiva é aquela constituída por pessoas do mesmo sexo, seja por meio do casamento ou da união estável. Sendo a homossexualidade tão antiga como a própria humanidade, resta claro que a união homoafetiva sempre existiu como realidade fática, embora continue a ser ignorada por muitos que discutem o tema, ao se referirem a ela, como algo novo.

Ocorre que grande parte da discussão, contra o reconhecimento legal da união homoafetiva, não possui qualquer amparo racional na argumentação. Vale dizer, na maioria das vezes, são premissas religiosas e subjetivas de que a homossexualidade seria de algum modo inferior à heterossexualidade, além de ser uma suposta ameaça à família. Tal pensamento é sempre hostil, cruel, repugnante e deve ser rechaçado pelo ordenamento jurídico, eis que não passa da tentativa de impor a concepção religiosa de um grupo a toda a sociedade. Em discussão sobre o tema, Rodrigo Bernardes Dias cita estudo realizado pela Associação Americana de Antropologia:

Os resultados de mais de um século de pesquisas antropológicas em lares, relacionamentos e famílias de diferentes culturas, através do tempo, não dão qualquer suporte a alegação de que a civilização ou qualquer ordem social viável dependa do casamento como uma instituição exclusivamente heterossexual. Ao contrário, a pesquisa antropológica apoia a conclusão de que a vasta variação de tipos familiares, incluindo famílias construídas através de relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo pode contribuir para a estabilidade das sociedades humanas<sup>247</sup>.

Um segundo argumento contrário à validação do casamento homoafetivo refere-se à ideia de que os filhos de uma relação homossexual seriam de algum modo prejudicados por não terem pais de sexo diferentes. Mais uma vez o argumento não se sustenta, pois as pesquisas científicas já chegaram a um consenso no sentido de que os casais homoafetivos têm capacidade para criar os filhos e constituir famílias tão saudáveis como os heterossexuais. Nesse sentido, Rodrigo Bernardes Dias faz referência a um importante documento elaborado pela Associação Americana de Psicologia em conjunto com a Associação Americana de Psiquiatria, que conclui:

(i) os homossexuais são capazes de formar relacionamentos estáveis equivalentes em todos os aspectos essenciais aos relacionamentos heterossexuais; (ii) não existe qualquer base científica que sustente que pais homossexuais sejam de qualquer forma menos capazes que pais heterossexuais ou que seus filhos sejam menos saudáveis ou psicologicamente menos bem ajustados; (iii) existem benefícios tangíveis para as crianças de casais homoafetivos caso a eles seja permitido o casamento<sup>248</sup>.

Sendo assim, quem sofre com o preconceito acerca do casamento homoafetivo não são apenas os pais, mas especialmente as crianças. Quem fala dos efeitos psicológicos causados na criança criada por casal homoafetivo, certamente não sabe que, no Brasil, mais de 46 mil crianças estão em abrigos à espera de uma família. São crianças invisíveis que não são tratadas como sujeitos de direitos. É perverso! Isso sem falar nas outras milhares de crianças e adolescentes que vivem nas ruas como seres descartáveis. Enfim, nada justifica a estigmatizada visão de que a criança criada por um casal homoafetivo será socialmente rejeitada.

---

<sup>247</sup> ASSOCIAÇÃO AMERICANA DE ANTROPOLOGIA. *Statement on Marriage and the Family from the American Anthropological Association* (2004). Disponível em: <<http://www.aaanet.org/stmts/marriage.htm>> Citado por DIAS, Rodrigo Bernardes. **Estado, Sexo e Direito**: reflexões acerca do processo histórico de reconhecimento dos direitos sexuais como direitos humanos fundamentais. São Paulo: SRS Editora, 2015, p. 445.

<sup>248</sup> Idem.

No Brasil, antes do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da ADIn 4277 e ADPF 132, em 05/05/2011, os Tribunais Estaduais tinham entendimentos variados sobre o reconhecimento desta forma de família.

O Supremo Tribunal Federal decidiu sobre o tema:

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” (...) 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 ESTABELECEER 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<sup>249</sup>.

Também o Superior Tribunal de Justiça proveu recurso de duas mulheres que pediam para ser habilitadas ao casamento civil. A Turma, acompanhando o voto do relator Luis Felipe Salomão, concluiu que a dignidade da pessoa humana, consagrada pela Constituição não é aumentada nem diminuída devido ao uso da sexualidade, e que a orientação sexual não pode servir de pretexto para excluir famílias da proteção jurídica representada pelo casamento. Veja-se o voto do Ministro Luis Felipe Salomão:

O Estado existe para auxiliar os indivíduos na realização dos respectivos projetos pessoais de vida, que traduzem o livre e pleno desenvolvimento da personalidade. O Supremo já assentou, numerosas vezes, a cobertura que a dignidade oferece às prestações de cunho material, reconhecendo obrigações públicas em matéria de medicamento e creche, mas não pode olvidar a dimensão existencial do princípio da dignidade da pessoa humana, pois uma vida digna não se resume à integridade física e à suficiência financeira. A dignidade da vida requer a possibilidade de concretização de metas e projetos. Daí se falar em dano existencial quando o Estado manietta o cidadão nesse aspecto. Vale dizer: **ao Estado é vedado obstar que os indivíduos busquem a própria felicidade, a não ser em caso de violação ao direito de outrem**, o que não ocorre na espécie. (...) Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados -, deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade. A fundamentação do casamento hoje não pode simplesmente emergir de seu traço histórico, mas deve ser extraída de sua função constitucional instrumentalizadora da dignidade da pessoa humana. Com a transformação e evolução da sociedade, necessariamente também se transformam as instituições sociais, devendo, a reboque, transformar-se a análise jurídica desses fenômenos. O direito é fato, norma e valor - qual clássica teoria tridimensional de Miguel Reale -, razão pela qual a alteração substancial do fato deve necessariamente conduzir a uma releitura do fenômeno jurídico, à luz dos novos valores. (...) **Não pode o Direito - sob pena de ser inútil - pretender limitar conceitualmente essa realidade fenomênica chamada “família”, muito pelo contrário, é essa realidade fática**

---

<sup>249</sup> ADI 4277/DF, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno - STF. p. 14/10/2011.

**que reclama e conduz a regulação jurídica.** (...) Vale dizer, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não pode "democraticamente" decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra, é o Poder Judiciário -e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos. (grifos nossos).

No entanto, logo após a decisão do Supremo Tribunal Federal, surgiram questionamentos sobre seus efeitos no tocante à possibilidade da conversão daquelas uniões civis em casamento. Mas a questão restou pacificada, na prática, por meio da Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça, que impediu aos Cartórios recusarem a conversão das uniões estáveis homoafetivas em casamento civil.

Enfim, o reconhecimento da impossibilidade de discriminação com fundamento na orientação sexual é um marco formidável para a efetivação do respeito à dignidade da pessoa humana no Brasil.

### **3.5 Família socioafetiva**

As transformações decorrentes Constituição Federal proporcionaram a ruptura de antigos conceitos que impregnavam o Direito de Família. Embora o fator biológico ainda esteja presente, não é possível negar que as novas estruturas familiares são moldadas pelo afeto.

A expressão *socioafetividade* foi criada pela doutrina brasileira e empregada pela primeira vez, no ano de 1992, pelo jurista e, atualmente, Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Edson Fachin, em seu livro *Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida*. Todavia, já em 1979, o jurista João Baptista Villela, em seu texto *Desbiologização da Paternidade*<sup>250</sup>, já difundia as alicerces para a compreensão e desenvolvimento jurídico da teoria jurídica da socioafetividade.

A socioafetividade pode ser fonte geradora de parentesco, seja por consequência do exercício da paternidade, maternidade, irmandade, seja outro vínculo parental, que se concretiza no decorrer do tempo. Daí vem a expressão parentalidade

---

<sup>250</sup> VILLELA, João Baptista. Desbiologização da Paternidade. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte, n. 21, maio de 1979, p. 401-419.

socioafetiva, que pode se manifestar por meio da adoção, inseminação artificial heteróloga ou posse de estado de filho.

Sendo assim, a família socioafetiva é aquela constituída pelos laços de afetividade, com ou sem laços biológicos, independentemente de seu formato de constituição. A família somente será o núcleo estruturante do sujeito, se for constituída com afetividade, amor, assistência, respeito, cooperação e solidariedade. Sem tais elementos, não haverá uma verdadeira família estruturada. Nesse sentido, é o entendimento de Luiz Edson Fachin:

Clama-se, e não é de agora, por um direito de família que veicula amor e solidariedade. (...) O desenho familiar não tem mais uma única configuração. A família se torna plural. Da superação do antigo modelo da grande-família, na qual avultava o caráter patriarcal e hierarquizado da família, uma unidade centrada no casamento, nasce a família constitucional, com a progressiva eliminação da hierarquia, emergindo uma restrita liberdade de escolha; o casamento fica dissociado da legitimidade dos filhos. Na família constitucionalizada começam a dominar as relações de afeto, de solidariedade, de cooperação. Proclama-se, com mais assento, a concepção eudemonista de família: não é mais o indivíduo que existe para a família e o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade<sup>251</sup>.

No mesmo sentido, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, no julgamento da ADPF 132 e da ADI 4.277:

O que faz uma família é, sobretudo, o amor – não a mera afeição entre os indivíduos, mas o verdadeiro amor familiar, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do grupo. O que faz uma família é a comunhão, a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum. O que faz uma família é a identidade, a certeza de seus integrantes quanto à existência de um vínculo inquebrantável que os une e que os identifica uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade. Presentes esses três requisitos, tem-se uma família, incidindo, com isso, a respectiva proteção constitucional<sup>252</sup>.

Por fim, hoje só é possível falar em socioafetividade e, conseqüentemente, em multiparentalidade, porquanto a família deixou de ser um núcleo meramente econômico

<sup>251</sup> FACHIN, Luiz Edson. Inovação e tradição no Direito de Família. In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliane Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (Orgs.). **Afeto e Estruturas Familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 328 e 339.

<sup>252</sup> ADPF 132 e ADI 4.277, voto do Ministro Luiz Fux.

e reprodutivo e tornou-se um espaço de amor e de afeto. A família hoje é mais horizontal, humanizada, fraterna e autêntica.

### 3.6 Família ectogenética

A partir de 1950, por meio de técnicas científicas, os primeiros tratamentos médicos contra a esterilidade foram aperfeiçoados, sendo possível congelar o sêmen masculino na ocorrência de quimioterapia anticancerígena da qual pudesse resultar em uma esterilidade definitiva.

Sendo assim, por meio da técnica chamada inseminação artificial interconjugal (IAC), pela primeira vez na história da humanidade, a ciência substituía o homem, trocando um ato sexual por um procedimento médico. Também os anticoncepcionais já permitiam às mulheres conhecerem o prazer sem o risco de engravidarem.

No entanto, em 1970, quando a IAC se mostrou ineficaz perante uma esterilidade masculina absoluta, passou-se a substituir o sêmen enfraquecido por um outro, anônimo, derivado de um terceiro que não era o genitor. Chamou-se então “procriação médica assistida” (PMA), ou “assistência médica à procriação” (AMP), a esta nova técnica de inseminação artificial com doador (IAD). Posteriormente, aperfeiçoou-se a fecundação *in vitro* com transplante (FIVET), que permitia tratar as esterilidades femininas relacionadas especialmente às enfermidades das trompas. Nesse caso, a fecundação com o sêmen do pai ou com um doador anônimo era alcançada em uma proveta e, portanto, fora do corpo da mãe. Após a fecundação, o ovo era reimplantado no útero materno. Duas crianças nasceram graças a essa técnica: Louise Brown, na Inglaterra, em 1978; Amandine, na França, quatro anos mais tarde. Seus pais e mãe eram também seus genitores<sup>253</sup>.

Ora, se agora não mais era necessário o ato sexual para gerar filhos e mais, se era possível reproduzir a fecundação fora do corpo da mãe e com o auxílio de um sêmen que não era o do pai, conseqüentemente, também era preciso repensar a instituição do casamento. Até então, o casamento assentava-se na ideia de que a procriação era resultado do ato sexual entre marido e mulher, ou seja, a paternidade social era própria da paternidade biológica. Tudo isso, aliado aos contraceptivos, certamente contribuiu para revolucionar o conceito de família. A figura do pai genitor, que sempre se mostrou

---

<sup>253</sup> ROUDINESCO, Elisabeth. **A família em desordem**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2003, p. 161-162.

indispensável à procriação, de repente foi limitada ao sêmen. Quanto à mulher, inaugurava-se a noção de “barriga de aluguel”.

Enfim, hoje, o modelo familiar oriundo dessa reviravolta é chamado de família ectogenética e é aquela constituída por filhos decorrentes de técnicas de reprodução assistida, ou seja, está desvinculada das práticas sexuais. No caso, forma-se verdadeira parentalidade socioafetiva e que possui os mesmos efeitos da parentalidade biológica.

### **3.7 Família unipessoal (ou *single*)**

O conceito de família está relacionado com a ideia de um grupo de pessoas ligadas pelo vínculo de parentesco ou conjugalidade. No entanto, algumas pessoas preferem viver sozinhas, o que se denomina na língua inglesa de *singles*. Também é possível que a pessoa viva sozinha em decorrência de viuvez, divórcio ou fim de união estável. Em ambos os casos, o fato de tais pessoas viverem sozinhas não significa dizer que não merecem o reconhecimento e proteção do Estado, especialmente no que tange à tutela da moradia.

Nesse sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema:

(...) o estado civil de solteira não afasta o reconhecimento da impenhorabilidade do bem de família prevista no art. 1º da Lei nº 8.009/90, conforma orientação cristalizada na Súmula n. 364 desta Corte, in verbis: "O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas"<sup>254</sup>.

Sendo assim, quando o legislador protege o bem de família, está a cuidar da promoção da dignidade da entidade familiar com o objetivo de promover a existência digna daqueles que a compõem e encontram nela o lugar para o desenvolvimento de sua personalidade. Logo, a entidade familiar deve ser entendida em sentido amplo e aberto, incluindo-se também a família unipessoal.

---

<sup>254</sup> Recurso Especial nº 772829/RS, Rel. Min. Mauro Camphell Marques, 2ª Turma – STJ. p. 10/02/2011.

### 3.8 Família fissional

A família fissional é aquela formada por pessoas que decidiram viver juntas somente nos finais de semana, ou por períodos específicos.

A coabitação, que significa viver sob o mesmo teto, era um dos deveres do casamento instituídos pelo Código Civil de 1916. Por sua vez, no Código Civil de 2002, embora o artigo 1.566, II, estabeleça como deveres de ambos os cônjuges a “vida em comum, no domicílio do conjugal”, o fato é que muitos casais, sobretudo a partir do segundo casamento, optam por viverem em casas separadas. Daí surgiu a expressão família fissional descrita por Rodrigo da Cunha Pereira:

Do latim *fissione*, de fissão, cindir, fender. É a entidade familiar composta por pessoas que fizeram a opção, ou por circunstâncias da vida, de viverem juntas somente nos finais de semanas ou por períodos de férias, viagens ou lazer<sup>255</sup>.

Sendo assim, no Direito brasileiro, a coabitação já não é mais requisito essencial para caracterizar ou descaracterizar o concubinato, especialmente porque, atualmente, já é comum haver casamentos nos quais os cônjuges vivem em casas separadas, sob argumentos dos mais variados.

Assim decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul argumentando que “A coabitação não é requisito indispensável à caracterização da união estável, se a prova colacionada aponta para a existência de uma relação nos moldes de uma entidade familiar”<sup>256</sup>. Também o Tribunal de Justiça do Distrito Federal decidiu que a união estável deveria ser reconhecida, ainda que um dos companheiros residisse em outro Estado, tendo em vista que a coabitação não é requisito essencial à existência de união estável, devendo ser considerada em conjunto com os demais pressupostos.<sup>257</sup> No mesmo sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, para quem, além da coabitação, existem outros elementos relevantes que denotem o imprescindível intuito de constituir uma família:

---

<sup>255</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de família e sucessões**: ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 299.

<sup>256</sup> Apelação Cível nº 70007395932, Relatora Des. Maria Berenice Dias, 7ª Câmara Cível – TJRS. j. 08/09/2004.

<sup>257</sup> Apelação Cível nº 20150310158600, Relator Romeu Gonzaga Neiva, 7ª Turma Cível – TJDF. j. 09/11/2016.

É possível o reconhecimento de união estável mesmo que não haja a coabitação entre as partes, haja vista que o artigo 1º da Lei 9.278/1996 não enumera a coabitação como elemento indispensável à caracterização da união estável, mas tão-somente como dado relevante para se determinar a intenção de construir uma família, devendo, pois, a análise centrar-se na conjunção de fatores presente em cada hipótese, como a *affectio societatis* familiar, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a fidelidade, a continuidade da união, dentre outros, inclusive a habitação comum, segundo o entendimento do STJ<sup>258</sup>.

Logo, a coabitação é um dos elementos caracterizadores da união estável, mas a sua ausência, por si, não a descaracteriza. A vida em comum deve ser protegida, ainda que não seja sob o mesmo teto.

### 3.9 Família poliafetiva

Também chamada de *poliamorismo*, trata-se de união conjugal formada por três ou mais pessoas, que podem ser homossexuais ou heterossexuais, que convivem em interação e reciprocidade entre si. O relacionamento não se restringe apenas ao âmbito sexual, pois existe verdadeiro envolvimento afetivo entre os membros do grupo. Importante registrar que tal relacionamento não é eventual ou esporádico. Diferentemente da família simultânea, pois nesta pode ser que uma família não sabia da outra, na família poliafetiva existe verdadeiro triângulo amoroso consentido.

No Brasil, também a literatura produz imagens de diferentes possibilidades da realidade, quando em *Dona Flor e seus dois maridos*, um filme de 1976, baseado no livro de Jorge Amado, Dona Flor dividia o leito com seus dois maridos.

Gosto tanto de ti - Oh! voz de celeste acento dentro dela a ressoar -, com amor tamanho que para te ver e te tomar nos braços, rompi o não e outra vez eu sou. Mas não queiras que eu seja ao mesmo tempo Vadinho e Teodoro, pois não posso. Só posso ser Vadinho e só tenho amor para te dar, o resto todo de que necessitas quem te dá é ele; a casa própria, a fidelidade conjugal, o respeito, a ordem, a consideração e a segurança. Quem te dá é ele, pois o seu amor é feito dessas coisas nobres (e cacetes) e delas todas necessitas para ser feliz. Também de meu amor precisas para ser feliz, desse amor de impurezas, errado e torto, devasso e ardente, que te faz sofrer. Amor tão grande que resiste à minha vida desastrada, tão grande que depois de não ser voltei a ser e aqui estou. Para te dar alegria, sofrimento e gozo aqui estou. Mas não para permanecer contigo, ser tua companhia, teu atento esposo,

<sup>258</sup> Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 59256/SP, Relator Ministro Massami Uyeda, 3ª Turma. STJ. j. 18/09/2012.

para te guardar constância, para te levar de visita, para o dia certo do cinema e a hora exata de dormir - para isso não, meu bem. Isso é com o meu nobre colega de chibiu, e melhor jamais encontrarás. Eu sou o marido da pobre Dona Flor, aquele que vai acordar tua ânsia e morder teu desejo, escondidos no fundo de teu ser, de teu recato. Ele é o marido da senhora Dona Flor, cuida de tua virtude, de tua honra, de teu respeito humano. Ele é tua face matinal, eu sou tua noite, o amante para o qual não tens nem jeito nem coragem. Somos teus dois maridos, tuas duas faces, teu sim, teu não. Para ser feliz, precisas de nós dois. Quando era eu só, tinhas meu amor e te faltava tudo, como sofrias! Quando foi só ele, tinhas de um tudo, nada te faltava, sofrias ainda mais. Agora, sim, és Dona Flor inteira como deves ser<sup>259</sup>.

Por sua vez, no filme *Eu, Tu, Eles*<sup>260</sup>, que teve seu enredo pensado a partir de uma história real de uma mulher que vivia com três maridos, a trama demonstra a complexidade das relações humanas e a diversidade dos modelos de família, com distintas formas de amor existentes que transitam entre o arcaico e o moderno.

Também afamosa expressão *A Vida como Ela é*<sup>261</sup>, de Nelson Rodrigues, parece que foi felizmente abarcada pelo Direito, após longos anos. Uma realidade criativa e ousada das relações familiares tenta ocupar o espaço das instituições e solenidades. A instabilidade dos sentimentos, como é peculiar do ser humano, e a momentaneidade dos relacionamentos tornam contraditórias e instáveis até mesmo as certezas jurídicas. Finalmente vê-se o despertar do Direito para com o afeto, ao mesmo tempo em que se renunciavam normas definidas pelo Estado, pela Igreja e por valores morais de cada grupo.

Assim, no Brasil, o primeiro caso de Registro de uma Escritura Pública de União Poliafetiva ocorreu na cidade de Tupã (a 435 Km de São Paulo), no ano de 2012. O documento é uma espécie de contrato, que trata das relações patrimoniais e da eventual dissolução da união e seus efeitos jurídicos, e foi realizado no Cartório de Notas e Protestos da cidade. Um dos principais trechos estabelece que

Os declarantes, diante da lacuna legal no reconhecimento desse modelo de união afetiva múltipla e simultânea, intentam estabelecer as regras para a garantia de seus direitos e deveres, pretendendo vê-las reconhecidas e respeitadas social, econômica e juridicamente, em caso de questionamentos ou litígios surgidos entre si ou com terceiros,

<sup>259</sup> AMADO, Jorge. **Dona Flor e seus Dois Maridos**. Rio de Janeiro: Editora Record, 1995, p. 386-387.

<sup>260</sup> Um filme brasileiro de 2000, dirigido por Andrucha Waddington e roteiro de Elena Soarez.

<sup>261</sup> *A Vida como Ela é* trata-se de uma série de crônicas do escritor brasileiro Nelson Rodrigues, que envolviam temas polêmicos e que causavam escândalos para a época, de 1950 a 1961, tais como o adultério, o pecado, os desejos e a moral, causando escândalo.

tendo por base os princípios constitucionais da liberdade, dignidade e igualdade<sup>262</sup>.

Posteriormente, já em 2016, o 15º Ofício de Notas do Rio de Janeiro registrou nova união poliafetiva entre duas mulheres e um homem. No caso, o trio decidiu officiar a união para regularizar questões previdenciárias e de plano de saúde.

Para alguns, tais casos repercutiram como uma bomba, como um verdadeiro insulto a moral e aos bons costumes. Estariam sepultando o princípio da monogamia? Definitivamente, não. Todavia, se a monogamia ainda subsiste como norma, verifica-se significativa tendência de que esta derive tão somente do exercício da liberdade daqueles que entre si constituam relação coexistencial, e não mais da imposição de uma regulação estatal da conjugalidade<sup>263</sup>.

Vive-se, hoje, um processo de democratização da intimidade, em uma época em que as pessoas são livres, têm capacidade para administrar seus relacionamentos e decidir o curso da própria vida e, portanto, não será o Estado ou a dominação masculina que vão conseguir impor a continuidade ou a dissolução de tais relações. As pessoas, atualmente, possuem rédeas do próprio caminho e assim são responsáveis pelas próprias mazelas, aflições, encantos e paixões. Não será por meio de elementos coercitivos que o Estado vai afastar os projetos pessoais de vida, que revelam o livre e pleno desenvolvimento da personalidade. A propósito, Luis Edson Fachin observa:

(...) não cabe ao Estado impor a *possibilidade* ou, até mesmo, a *impossibilidade* de constituição de famílias simultâneas, uma vez que a estruturação dessas famílias não deve se depreender do ordenamento jurídico, mas das situações de fato, construídas que são, nesse caso em específico, sobre o afeto<sup>264</sup>.

Embora o Direito não consiga acompanhar todas as transformações sociais, o fato é que, com a evolução da sociedade, a tendência é que as instituições sociais e a apreciação jurídica desses fenômenos também se transformem. Sendo assim, alguns fatos sociais que já foram reprováveis no passado, hoje encontram-se,

<sup>262</sup> Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/ibdfam-namidia/6385/Trio+registra+uni%C3%A3o+em+cart%C3%B3rio+de+Tup%C3%A3>>. Acesso em 29 de novembro de 2016.

<sup>263</sup> SILVA, Marcos Alves da. **Da monogamia**: a sua superação como princípio estruturante do direito de família. Curitiba: Juruá, 2013, p. 339.

<sup>264</sup> FACHIN, Luiz Edson. Famílias: entre o público e o privado. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coordenador) **Anais do IVIII Congresso Brasileiro de Direito de Família** – Família: entre o público e o privado. Belo Horizonte: IBDFAM, 2011, p. 162.

felizmente, superados. A partir dessa ideia, seguem trechos do voto proferido pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Aliomar Baleeiro, ainda na década de 1960, mas bastante atual:

Ninguém contesta o direito de a sociedade, da qual é órgão o Estado, defender-se do obsceno e repugnante e, sobretudo, preservar de influências deletérias o caráter do adolescente e da criança. (...) Mas o conceito de "obsceno", "imoral", "contrário aos bons costumes é condicionado ao local e à época. Inúmeras atitudes aceitas no passado são repudiadas hoje, do mesmo modo que aceitamos sem pestanejar procedimentos repugnantes às gerações anteriores. A Polícia do Rio, há 30 ou 40 anos não permitia que um rapaz se apresentasse de busto nu nas praias e parece que só mudou de critério quando o ex-Rei Eduardo VIII, então Príncipe de Gales, assim se exibiu com o irmão em Copacabana. O chamado bikini (ou "duas peças") seria inconcebível em qualquer praia do mundo ocidental, há 30 anos. Negro de braço dado com branca em público, ou propósito de casamento entre ambos, constituía crime e atentado aos bons costumes em vários Estados norte-americanos do Sul, até tempo bem próximo ao atual. (...) Os juízes dos tempos de nossos avós e pais, ao que eu saiba, não apreenderam nunca A Carne, de Júlio Ribeiro, hoje um clássico. Mostraram com isso compreensão acima de qualquer farisaísmo ou pressão religiosa. Não há motivo para imitarmos o puritanismo da autoridade postal dos Estados Unidos, que proibiu o tráfego de cópias coloridas da Maya desnuda, de Goya, pintada no mais católico, preconceituoso e clerical dos países. Seria o mesmo que um cache-sexe no David de Miguel Ângelo<sup>265</sup>.

Sendo assim, a fundamentação da família hoje, independentemente de sua forma, não pode simplesmente emergir de suas linhas históricas, mas carece ser extraída de seu papel constitucional instrumentalizador da dignidade da pessoa humana. Não pode o Direito querer limitar conceitualmente essa realidade chamada *família* para só então proteger determinadas estruturas legais predefinidas, excluindo as demais do sistema legal, na vã tentativa de fazê-las desaparecer. O Direito é feito para as pessoas, e o Estado, por sua vez, existe para auxiliar os indivíduos na efetivação dos respectivos projetos pessoais de vida e consequente busca da felicidade. Já a forma de fruição dessa felicidade é uma opção de cada um, segundo seus juízos, tendências, diferenças e desejos. A felicidade é uma questão pessoal.

---

<sup>265</sup> Recurso em Mandado de Segurança nº 18534, Relator Ministro Aliomar Baleeiro, 2ª Turma – STF. j. 01/10/1968.

### 3.10 Famílias simultâneas (ou paralelas)

A família simultânea é aquela que se forma simultânea ou paralela a outra família já existente, seja por casamento, seja por união estável. No que diz respeito ao seu reconhecimento, o tema tem caminhado a passos lentos, com a maioria das decisões não reconhecendo a possibilidade de tutela concomitante.

No entanto, o Direito não pode permanecer desatento às mudanças sociais. Fechar os olhos para a realidade humana é uma hipocrisia do Legislativo e do Judiciário. Não é possível negar a formação de autênticas situações de convivência familiar pelo simples fato de estarem à margem do matrimônio, sob pena de se chegar a um descompasso entre a realidade e a lei, descompasso que, no passado, produziu efeitos nefastos. Cumpre lembrar que o Estatuto das Famílias (Projeto de Lei nº 2.285/2007, do Deputado Sérgio Barradas Carneiro) estabelece em seu artigo 64, parágrafo único que “A união formada em desacordo com os impedimentos legais não exclui os deveres de assistência e a partilha dos bens”.

Ao final, o amor fala mais alto e famílias são formadas à margem do ordenamento jurídico posto. A Constituição, por sua vez, protege o ser humano de carne e osso, a comunidade doméstica que se forma, e o modo pelo qual a família se constitui deve ser uma preocupação secundária. A forma como as pessoas decidem formar seus núcleos domésticos e serem felizes, absolutamente, não diz respeito ao Estado e à sociedade.

Ao contrário do que afirmam os moralistas, não se pretende abolir o princípio da monogamia e proteger os amantes, pois ao reconhecer as famílias simultâneas (ou paralelas), está se atribuindo responsabilidades a quem constitui família. Não conhecer seria “premiar” aquele que constitui duas famílias, já que não vai precisar arcar com as consequências.

Sobre o tema, cumpre transcrever trechos do voto do Ministro Carlos Aires Britto no julgamento do Recurso Extraordinário nº 397.762:

Sabido que, nos insondáveis domínios do amor, ou a gente se entrega a ele de vista fechada ou já não tem olhos abertos para mais nada? Pouco importando se os protagonistas desse incomparável projeto de felicidade-a-dois sejam ou não, concretamente, desimpedidos para o casamento civil? Tenham ou não uma vida sentimental paralela, inclusive sob a roupagem de um casamento de papel passado? (vida sentimental paralela que, tal como a preferência sexual, somente diz

respeito aos seus respectivos agentes)? Pois que, se desimpedidos forem, a lei facilitará a conversão do seu companheirismo em casamento civil, mas, ainda que não haja tal desimpedimento, nem por isso o par de amantes deixa de constituir essa por si mesma valiosa comunidade familiar? Uma comunidade que, além de complementar dos sexos e viabilizadora do amor, o mais das vezes se faz acompanhar de toda uma prole? E que se caracteriza pelo financiamento material do lar com receitas e despesas em comum? Quando não a formação de um patrimônio igualmente comum por menor ou por maior que ele seja? Comunidade, enfim, que, por modo quase invariável, se consolida por obra e graça de um investimento físico-sentimental tão sem fronteiras, tão sem limites que a eventual perda do parceiro sobrevém como vital desfalque econômico e a mais pesada carga de viuvez? Pra não dizer a mais dolorosa das sensações de que a melhor parte de si mesmo já foi arrancada com o óbito do companheiro? Um sentimento de perda que não guarda a menor proporcionalidade com o modo formal, ou não, de constituição do vínculo familiar? Minha resposta é afirmativa para todas as perguntas. (...) a união estável se define por exclusão do casamento civil e da formação da família monoparental. É o que sobra dessas duas formatações, de modo a constituir uma terceira via: **o tertium genusdo companheirismo, abarcante assim dos casais desimpedidos para o casamento civil, ou, reversamente, ainda sem condições jurídicas para tanto.** (...) Sem essa palavra azeda, feia discriminadora, preconceituosa, do **concubinato**. Estou a dizer: não há concubinos para a Lei mais Alta do nosso País, porém casais em situação de companheirismo. Até porque o concubinato implicaria discriminar os eventuais filhos do casal, que passariam a ser rotulados de “filhos concubinários”. Designação pejorativa, essa incontornavelmente agressora do enunciado constitucional de que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (§6º do art. 227). Com efeito, à luz do Direito Constitucional brasileiro o que importa é a formação em si de um novo e duradouro núcleo doméstico. A concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. **Isto é família**, pouco importando se um dos parceiros mantém uma concomitante relação sentimental a dois.(...) ao Direito não é dado sentir ciúmes pela parte supostamente traída, sabido que esse órgão chamado coração “é terra que ninguém nunca pisou”. Ele, coração humano, a se integrar num contexto empírico da mais estranha privacidade, perante a qual o Ordenamento Jurídico só pode atuar como instância protetiva. Não censura ou por qualquer modo embaraçante<sup>266</sup>. (grifos no original).

Sendo assim, o fato de o casal estar impedido de contrair matrimônio civil não retira a sua obrigação de assistir amplamente a criança e o adolescente nos termos do artigo 227 da Constituição Federal. Ou seja, o casal continua sendo destinatário da imposição Constitucional de uma série de deveres para com a criança e o adolescente.

<sup>266</sup> Recurso Extraordinário nº 397.762, Relator Ministro Marco Aurélio, 1ª Turma – STF, j. 03/06/2008.

Ora, são dois lados de uma mesma moeda. Se o casal não tem a opção de dispensar tal imposição jurídica, resta claro que a família por ele constituída merece a *proteção especialdo Estadoprevista no caput do artigo 226 da Constituição Federal.*

O fato é que os Tribunais brasileiros, quando analisam a união estável paralela, decidem de forma variada, e a maioria nega proteção com base no Direito de Família, no princípio da monogamia, ou com base na mera distinção entre concubinato e união estável, estipulada com base na presença de um impedimento matrimonial.

Também o Superior Tribunal de Justiça já decidiu acerca do tema:

(...) As uniões afetivas plúrimas, múltiplas, simultâneas e paralelastêm ornado o cenário fático dos processos de família, com os maisinusitados arranjos, entre eles, aqueles em que um sujeito direcionaseu afeto para um, dois, ou mais outros sujeitos, formando núcleosdistintos e concomitantes, muitas vezes colidentes em seus interesses.Ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve ojuiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cadacaso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, nasolidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade,na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado damonogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade<sup>267</sup>.

Sendo assim, a partir da constatação de famílias simultâneas, a dignidade das pessoas envolvidas no conflito não pode jamais ser desprezada para fins de proteção de interesses meramente patrimoniais. O Direito existe para proteger as pessoas e sua dignidade, e a regra constitucional é clara quanto à valorização da pessoa e não mais apenas do patrimônio.

### 3.11 Famílias mútuas

As famílias mútuas são aquelas decorrentes, geralmente, da troca de bebês em maternidades, especialmente por causa da ineficiência da administração hospitalar.

A expressão família mútua foi utilizada pelo desembargador pernambucano, Jones Figueiredo para nomear a circunstância de duas famílias que descobriram a troca de seus filhos na maternidade, em decorrência da ineficiência hospitalar, por exemplo<sup>268</sup>. Geralmente, as soluções são a destroca dos filhos e a retificação dos

<sup>267</sup> Recurso Especial nº 1157273/RN, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, 3ª Turma – STJ, p. 7/06/2010.

<sup>268</sup> Assim decidiu o Tribunal de Justiça de Pernambuco: “(...) Não há quaisquer dúvidas de que a troca de bebês se deu na maternidade. Os bebês nasceram no mesmo dia, no mesmo Hospital, e praticamente na

registros civis. No entanto, quando em decorrência do descobrimento tardio deste equívoco, os pais já haviam constituído intenso vínculo afetivo com os filhos não biológicos, alguns decidem conviver mutuamente com os filhos de uma e de outra, relacionando com ambos os filhos, biológico e socioafetivo.

Segundo Jones Figueiredo em estudo sobre o tema:

Famílias mútuas serão aquelas, portanto, que se apresentam formadas por mães e pais que assumindo, efetivamente, a socioafetividade parental de seus filhos, que lhes foram remetidos pelo destino, desde o berço trocado, não deixam, todavia, de proteger o vínculo biológico com os seus filhos consanguíneos em poder de outra família, cuja permanência ali se oferece como ditame da mesma socioafetividade preordenada<sup>269</sup>.

No Brasil, o *Caso Pedrinho* ganhou grande repercussão nacional em decorrência de ampla divulgação feita pela imprensa. Levado dos braços da mãe, em janeiro de 1986, da maternidade localizada em Brasília, o adolescente foi encontrado 16 anos depois, em Goiânia, vivendo com outra família e com outro nome. Logo após, foi comprovado por meio de exame de DNA que Vilma Martins Costa não era a sua mãe biológica e o havia sequestrado, motivo pelo qual foi condenada posteriormente. Ao final, o menino Pedrinho preferiu ficar com os pais biológicos e não com a mãe que o criou, apesar de confessar que ainda mantém contato com a família que o criou.

---

mesma hora, com uma diferença de apenas 08 (oito) minutos, conforme se depreende das certidões de nascimento acostadas às fls. 38 e 47. 6. Tal erro, ato comissivo cometido por agentes do noscômio, foi percebido ao longo do tempo, através de inconvenientes desconfianças, tanto das partes envolvidas como de terceiros, já que os bebês tinham características bastante distintas dos pais, supostamente biológicos, como a cor da pele e dos olhos. 7. Pela teoria do risco administrativo, a responsabilidade do Estado é objetiva, sendo desnecessária a comprovação de culpa, quando o ato praticado for comissivo. Sabe-se que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos causados por seus agentes, quando agirem nessa qualidade, a terceiros, conforme dispõe o art. 37, § 6º da Constituição Federal. 8. Dúvidas não há sobre a existência denexo causal entre o ato ilícito cometido pelos prepostos do Estado e os inúmeros danos psíquicos que uma troca de bebês, que perdurou por pelo menos 07 (sete) anos, data em que se deu o último exame de DNA, causaram a todos os envolvidos. 9. Assim, tendo os autores se desincumbido do ônus que lhes cabia, porquanto comprovaram o nexo causal e o dano, caberia ao Estado demonstrar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito dos demandantes, nos termos do art. 333, II, do CPC, o que não foi feito. O Estado não demonstrou ou alegou nenhuma causa de excludente de responsabilidade que pudesse retirar ou minimizar seu dever de indenizar. 10. Assim, comprovada a conduta do preposto do Estado, o nexo causal e o dano, impõe-se o dever de indenizar. 11. Doutra banda, quanto ao valor da indenização, arbitrado no importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada um dos envolvidos, totalizando R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), vê-se que atendeu aos parâmetros da proporcionalidade e razoabilidade, tendo em vista se tratar da reparação de uma troca de bebês que perdurou por muitos anos". (Apelação nº 0000722-36.2005.8.17.0640, Relator Desembargador Erik de Souza Dantas Simões. 1ª Câmara de Direito Público – TJPE. j. 25/02/2014).

<sup>269</sup> FIGUEIREDO, Jonas. **Famílias mútuas**. Disponível em <<https://marioluizdelgado.com/artigos-recomendados/>>. Acesso em 29 de novembro de 2016.

### 3.12 Família substituta

Como o próprio nome já diz, a família substituta é aquela que substitui a família biológica de uma criança ou adolescente quando os seus genitores biológicos já não apresentam condições exigíveis à sua formação psicossocial.

Rodrigo da Cunha Pereira explica a família substituta:

É a expressão introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei nº 8.069/90), para dizer que a família biológica ou originária pode ser substituída por outra, seja por meio da adoção ou pela guarda ou tutela. Esta expressão introduziu um novo paradigma para compreensão e alargamento do conceito de família. A partir dessa expressão, passou-se a admitir que a família biológica nem sempre terá a guarda ou tutela dos filhos, reforçando o conceito introduzido pelo jurista mineiro João Baptista Villela, em 1979, da desbiologização da paternidade. Foi a partir daí que surgiu e desenvolveu-se a expressão paternidade socioafetiva, inclusive para atender ao melhor interesse da criança/adolescente<sup>270</sup>.

A colocação da criança ou adolescente em família substituta, que pode ocorrer por meio de guarda, tutela ou adoção, elencadas no Estatuto da Criança e do Adolescente, é sempre uma medida excepcional, quando não for possível a criação daqueles no seio da família biológica.

## 4RECONHECIMENTO DAS NOVAS ESTRUTURAS FAMILIARES

---

<sup>270</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de família e sucessões**: ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 321.

*Cada um sabe a dor e a delícia  
De ser o que é  
(Dom de Iludir - Caetano  
Veloso)*

Nas últimas décadas, o Judiciário brasileiro, de forma louvável, passou a admitir, em nome da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, novas estruturas familiares. Sendo assim, o Código Civil e a Constituição Federal trazem o casamento, as uniões estáveis e a família monoparental. As demais composições familiares que já existem, como as famílias simultâneas, por exemplo, vêm sendo analisadas pela jurisprudência brasileira que, num processo de “valoração” de padrões de moralidade, por vezes, fogem da previsão do legislador. Eis o que será discutido a seguir.

#### **4.1 Reconhecimento da diversidade e democratização da intimidade**

Vive-se, atualmente, em uma sociedade contraditória e plural. Não é tarefa simples encontrar aquele sujeito de direito concebido na ideia de que *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*. Ao contrário, sobressaem-se as desigualdades, uma pluralidade de formações sociais, concepções distintas de vida, interesses, sujeições e poderes. Nesse intrincado universo de formações sociais, encontram-se as famílias, não apenas as constituídas a partir do casamento, mas também todas aquelas formadas a partir do afeto em suas múltiplas possibilidades de formato.

Sob essa perspectiva, no Estado democrático de direito, a funcionalização da família está diretamente atrelada a dois pontos básicos. Primeiramente, ao princípio da democracia, com o reconhecimento da pluralidade de estruturas familiares e não, na da homogeneidade. Em segundo, à democratização da própria intimidade.

Se a família não é tão somente aquela “aprisionada” no texto legal, mas deriva de exercício hermenêutico com o objetivo de se concretizar os princípios constitucionais, logo, não é possível dizer que determinada formação social é ou não uma família, pois não é mais a estrutura que define a família, mas a função constitucional que essa formação social exerce, especialmente, dentro de seu espaço interior. Logo, além do casamento, as famílias homoafetivas, recompostas, simultâneas

etc. igualmente devem ser protegidas em função do princípio da democracia. Oportuna a lição de Gustavo Tepedino sobre o tema:

A família embora tenha ampliado, com a Carta de 1988, o seu prestígio constitucional, deixa de ter valor intrínseco, como instituição capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir, passando a ser valorada de maneira instrumental, tutelada na medida em que – e somente na exata medida em que – se constitua em um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de produção da dignidade de seus integrantes<sup>271</sup>.

Para que se possa pensar e construir um pensamento jurídico sobre as novas estruturas familiares, hoje, torna-se necessário reconhecer que a família não é um dado da natureza, mas cultural. Por consequência, pode apresentar variações conforme o tempo e o espaço. Por isso a família está sempre se reinventando. Por sua vez, em face do respeito à pluralidade, pressuposto e exigência da democracia, parece não haver lugar para a imposição de modelos familiares predefinidos pelo Estado. Ao contrário, para viabilizar-se a democracia, é preciso reconhecer a diversidade, é preciso que exista espaço para o *outro*. A propósito, Marcos Alves da Silva observa:

Especialmente, no Brasil, com suas dimensões continentais, a uniformização da estruturação das famílias só pode ser levada adiante por um projeto autoritário. O princípio da democracia não admite um fora do mundo em seu próprio mundo e não deve admitir, também, estar *fora do mundo* – ainda que seja a nação – qualquer um que integre a comunidade humana. Este princípio implica um *território* no qual caibam todos e cada qual com suas idiossincrasias, peculiaridades, modo de ser e de viver, sobretudo, com liberdade e autonomia para gerir o projeto de sua própria via em coexistência com os demais<sup>272</sup>.

A democracia, na esfera familiar, implica ainda a liberdade que cada indivíduo possui para fazer as suas escolhas e decidir o curso da própria vida segundo suas convicções, estilos de vida, posições ideológicas etc. Cada pessoa deve ser protagonista de seu próprio destino, desde que respeite uma coexistência pacífica perante os diferentes grupos sociais.

Por esse ângulo, Eduardo Carlos Bianca Bittar faz as suas ponderações:

---

<sup>271</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 352.

<sup>272</sup> SILVA, Marcos Alves da. **Da monogamia**: a sua superação como princípio estruturante do direito de família. Curitiba: Juruá, 2013, p. 333.

Por isso, entre nós, o respeito ao pluralismo se constitui no ponto central de definição da tessitura de um mundo aberto, diverso e democrático, o que exige um movimento de pluralismo legislativo, e não de unificação codificada. Nesta medida, o papel do direito pós-moderno não é o de optar por um modo de vida correto/melhor, na tentativa de traduzir uma essência/verdade, em detrimento dos demais. Não havendo a possibilidade de definir as coisas por essências, a tarefa do direito resta sendo aquela de administrar o convívio entre os muitos modos de vida, dando lugar à expressão justa e equidistante sobre projetos de vida legítimos. Se não se considerar a multiplicidade das formas legítimas de autodescoberta e heterodiferenciação, estaremos castrando parte da luta humana pela liberdade. E é por isso que precisamos dos outros, ou seja, para nos descentrarmos, para nos escolarizarmos da diversidade dos olhares, pontos de vista, ideologias, perspectivas, concepções, mantendo-nos abertos à vida, na socrática e desesperada condição de seres incientes. Na longa jornada da luta pela felicidade, homens e mulheres, gays e lésbicas, travestis e transexuais, jovens e idosos, postulam em formas múltiplas de expressão de convívio, constroem núcleos de famílias democráticas, para os quais valem as regras da busca da felicidade, da integração pelo diálogo e do afeto como expressão do cuidado. O Direito das Famílias abre para considerar no afeto o elo familiar, no diálogo a condição do convívio e na solidariedade o meio de expressão do amor *fati* na condição humana. Se a família democrática é uma comunidade de convívio mediada pela linguagem, as tarefas da palavra e da comunicação na esfera familiar são de fundamental importância para a construção de espaços entendimento, bem como para a construção de sociabilidade racional, mediada por valores republicanos, capazes de contribuir para o pleno desenvolvimento da personalidade humana<sup>273</sup>.

Por sua vez, no que tange à democratização da intimidade, parece não haver espaço para o Estado “entrar” na casa das pessoas e dizer que ali não existe uma família. Ao contrário, está-se diante de situações subjetivas existenciais e que, portanto, deve existir amplo espaço para o exercício da autonomia privada. A determinação dos elementos que compõem uma estrutura familiar deslocou-se do regramento estatal para o domínio da normatização social, ou seja, para a esfera da democratização da intimidade. Para José Afonso da Silva, um dos mais importantes constitucionalistas brasileiros e que participou intensamente do processo de elaboração da Constituição Federal de 1988, “o Estado é protetor e não tutor da família”<sup>274</sup>. Relativamente ao tema, manifesta-se Marcos Alves da Silva:

<sup>273</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Famílias: Pluralidade e felicidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (coordenadores). **Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família – Famílias: Pluralidade e Felicidade**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, p. 23.

<sup>274</sup> SILVA, José Joaquim da. **Entrevista**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/publicacoes/leitor/27>>. Acesso em 20 de fevereiro de 2017.

(...) não compete ao Estado estabelecer regra para disciplinar a sexualidade. O limite está posto na garantia da autonomia privada e na dignidade da pessoa humana. Não se convertendo a sexualidade em meio de dominação ou expressão de uma compulsão que avilte o outro, esta deve ser regulada tão somente pelo pacto estabelecido entre os consortes. Certo é que da mesma forma como a igualdade (capacidade de recursos econômicos, culturais e operativos) é requisito para a democratização política, também o é para a democratização da intimidade. Ainda que não seja a equiparação ou a total isonomia, só haverá democracia efetiva se garantidas as condições essenciais para a democratização dos relacionamentos pessoais. Logo, da mesma forma que a democratização, no espaço público, não se estabelece por decreto, mas constitui-se em complexo processo de emancipação social, também o mesmo se passa na democratização da conjugalidade<sup>275</sup>.

Daí resulta o papel do Estado no que tange à sua intervenção nas relações familiares. Não lhe incumbe mais disciplinar impositivamente os relacionamentos conjugais, sob pena de restringir a autonomia imprescindível ao exercício da democracia. Mas, em uma sociedade intrincada, desigual e polissêmica, quais são os limites do Estado para oferecer respostas, propor novos caminhos e proporcionar a realização dos direitos fundamentais nas relações familiares? Eis o que será discutido a seguir.

#### **4.2 A intervenção do Estado nas relações familiares**

O modelo tradicional de família, que instrumentalizava as relações sociais como instituição assentada no matrimônio, patrimônio e poder centralizado na figura paterna, dá lugar à família eudemonista cujo foco é a felicidade dos indivíduos afetivamente envolvidos que a compõem.

Segundo Philippe Ariès, “a família deixou de ser apenas uma instituição do Direito Privado para a transmissão dos bens e do nome, e assumiu uma função moral e espiritual, passando a formar os corpos e a alma”<sup>276</sup>. Essa nova estruturação familiar abriu as portas à estruturação e ao reconhecimento de muito outros modelos familiares. Hoje a família é sensibilidade, emoção, influência comportamental e abrigo.

---

<sup>275</sup> SILVA, Marcos Alves da. **Da monogamia: a sua superação como princípio estruturante do direito de família**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 334-335.

<sup>276</sup> ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Tradução de Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981, p. 194.

Foi na medida dessas mutações evolutivas que a *constitucionalização do direito*, dando mais relevância aos princípios constitucionais, promoveu uma releitura do Direito Privado, pelo qual as preocupações com o ser humano passaram a antepor-se aos interesses patrimoniais.

A partir de uma concepção multifacetada de família, com fundamento, sobretudo, na dignidade da pessoa humana, não existe mais um número fechado de configurações familiares a serem protegidas e tampouco existe predominância de uma sobre a outra. Considerando o novo retrato da família que privilegia a plena realização pessoal de cada membro familiar, com base no afeto, na busca da felicidade, no respeito à dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais, é preciso proteger essas novas configurações familiares. Nesse sentido, Luiz Edson Fachin assim se posiciona:

(...) excluir as relações jurídicas que não se amoldam aos tradicionais caixilhos familiares e rompem a barreira da predeterminação normativa implica *negar* muito mais do que simples modelos: importa, verdadeiramente em *olvidar* a própria condição existencial de sujeitos concretos, que vivencialmente buscam a felicidade e a si próprios no afeto para com outrem<sup>277</sup>.

Zygmunt Bauman estava certo. Vive-se uma época de incerteza e os relacionamentos tornaram-se recreativos e instantâneos, sem remorsos<sup>278</sup>. Igualmente os versos de Carlos Drummond de Andrade relatam as incertezas e imprevisibilidades das relações pessoais que existem quer gostem ou não, quer os Códigos permitam ou não:

João amava Teresa que amava Raimundo, que amava Maria que amava Joaquim que amava Lili, que não amava ninguém. João foi para os Estados Unidos, Teresa para o convento, Raimundo morreu de desastre, Maria ficou para tia, Joaquim suicidou-se e Lili casou com J. Pinto Fernandes que não tinha entrado na história<sup>279</sup>.

Logo, refletir sobre as famílias vai além das disposições legislativas, pois um projeto de vida não pode estar encarcerado na fria previsão legal, mas nas aspirações e escolhas pessoais de seus protagonistas que buscam a felicidade. Uma família é feita de seres humanos que, conscientes de seus anseios, não estão mais predispostos a aceitar

<sup>277</sup> FACHIN, Luiz Edson. Famílias: entre o público e o privado. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coordenador) **Anais do IVIII Congresso Brasileiro de Direito de Família** – Família: entre o público e o privado. Belo Horizonte: IBDFAM, 2011, p. 158.

<sup>278</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004, p. 86.

<sup>279</sup> ANDRADE, Carlos Drummond de. Quadrilha. In: **Antologia poética**. 56. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 193.

dominações e imposições. Eis a complexidade das novas estruturas familiares constituídas com base no afeto.

De tal modo, a intervenção estatal no espaço familiar, espaço este destinado ao desenvolvimento da personalidade de seus entes, deve ser sempre uma exceção. Torna-se necessário um Estado “distante” de tal forma a permitir que as pessoas constituam suas relações com liberdade. A intervenção somente deve ocorrer para tutelar determinados direitos violados, ou quando estiverem sob ameaça de violação, daqueles mais vulneráveis jurídica ou faticamente, por exemplo, a criança e o adolescente, o idoso, o incapaz, aqueles que sofrem com violência doméstica etc. Deseja-se, nestes casos, um Estado “presente” que atue quer seja para afastar os obstáculos, quer seja para garantir que o ambiente familiar seja o mais saudável possível para promover o desenvolvimento da personalidade humana. Sobre a presença demasiada do Estado na vida dos particulares, observam Renato Bernardi e Rafael José Nadim de Lazari:

(...) existem “situações e situações”: há aquelas em que a presença do Estado é condição essencial para sua operacionalidade, isto é, autonomia privada e interesse público atuam conjunta e concomitantemente (é o caso do fornecimento de saúde, que, conforme o art. 197, CF, permite sua execução direta ou através de terceiros, e por pessoa física ou jurídica de direito privado; da previdência, cujo regime também pode ser privado, pelo art. 202, CF; dos serviços públicos, consoante o art. 175, CF, p. ex.), e, de outro lado, há aquelas em que autonomia privada e interesse público atuam conjunta, mas paralelamente, competindo ao Estado deixar transcorrer o ciclo natural das coisas, atuando apenas como fiscalizador (é o caso da vedação à interferência estatal no planejamento familiar, p. ex., conforme o art. 226, §7º, CF). O problema surge quando esta segunda situação apresenta imperfeições, isto é, o Estado sai de sua posição que deveria ser apenas fiscalizatória e passa a atuar diretamente na vida privada dos cidadãos<sup>280</sup>.

Relativamente ao tema, para Luiz Edson Fachin, “justifica-se a intervenção estatal no âmbito familiar para resguardar a dignidade de pessoas que se encontram em risco pela desigualdade física existente entre elas e os demais membros do núcleo

---

<sup>280</sup> BERNARDI, Renato; DE LAZARI, Rafael Nadim. **A interferência do Estado nas relações paterno-filiais**: um estudo à luz da Teoria da Eficácia Mediata dos direitos fundamentais na esfera privada. Disponível em <[http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/09/2012\\_09\\_5223\\_5247.pdf](http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/09/2012_09_5223_5247.pdf)>. Acesso em 19/02/2017.

familiar”.<sup>281</sup> Fora dessa perspectiva, não pode o Estado intervir sob o argumento de que existe *interesse público* naquele tema. Pronunciando-se a respeito do tema, Marcos Alves da Silva:

Não há dúvidas, contemporaneamente, de que a evocação do interesse público de família para justificar a subjugação da mulher casada ao marido, pelo mecanismo da incapacidade relativa, constitui verdadeira aberração. Da mesma sorte, não podem o *interesse público* ou os *costumes públicos* ser evocados como elementos justificadores da intervenção estatal legiferante invasiva e ofensiva a direito fundamental. Tendo em consideração a superação da família denominada transpessoal e a afirmação da família eudemonista como referência para o Direito de Família contemporâneo, não parece razoável admitir que existem *interesses públicos de família* que justifiquem a intromissão do Estado no recôndito da intimidade de um indivíduo para impor-lhe dever referente ao exercício de sua sexualidade. A sexualidade de uma pessoa só interessa ao Estado à medida que, e tão somente à medida que, ao Estado cumpra assegurar ao indivíduo sua liberdade, mormente nas situações subjetivas existenciais<sup>282</sup>.

Não parece aceitável admitir que existam *interesses públicos* de família que justifiquem a interferência do ente estatal na esfera da intimidade de uma pessoa para impor-lhe deveres. O exercício de algumas liberdades interessa tão somente ao cônjuge ou companheiro, mas não ao Estado. O amor, enfim, deverá ser sempre um ato de generosidade e não uma imposição jurídica, sob pena de ofensa à dignidade humana.

No mesmo sentido, é o entendimento do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luis Felipe Salomão:

(...) só se concebe a intromissão estatal nessa seara – talvez um dos centros de gravidade mais íntimos das liberdades individuais – para garantir direitos, velar pela pluralidade, pelo livre exercício de convicções morais e para viabilizar a realização de projetos de vida<sup>283</sup>.

Defende-se, portanto, um Estado que respeite as escolhas pessoais<sup>284</sup>, que permita que as pessoas efetivamente vivam as suas liberdades, que pense a família, a

<sup>281</sup> FACHIN, Luiz Edson. Famílias: entre o público e o privado. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coordenador) **Anais do IVIII Congresso Brasileiro de Direito de Família** – Família: entre o público e o privado. Belo Horizonte: IBDFAM, 2011, p. 166.

<sup>282</sup> SILVA, Marcos Alves da. **Da monogamia**: a sua superação como princípio estruturante do direito de família. Curitiba: Juruá, 2013, p. 147.

<sup>283</sup> SALOMÃO, Luis Felipe. Apresentação. In: DIAS, Rodrigo Bernardes. **Estado, Sexo e Direito**: reflexões acerca do processo histórico de reconhecimento dos direitos sexuais como direitos humanos fundamentais. São Paulo: SRS Editora, 2015.

<sup>284</sup> Conforme o artigo 1.513 do Código Civil: “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

partir de um viés plural, como um espaço de coexistência formador e estruturante do sujeito. Não compete, todavia, ao ente estatal determinar em quais pilares se sustentará essa coexistência.

A partir da compreensão de que a família hoje é essencialmente plural, o Estado deve atuar muito mais para oferecer mecanismos para reconhecer e assegurar liberdades e para monitorar o exercício dessa autonomia. O ente estatal abandona, assim, sua posição de protetor tão somente do casamento ou de vínculos parecidos com essa forma de convivência, para agora adotar uma postura de protetor da dignidade da pessoa humana, especialmente daqueles mais vulneráveis. Não se trata, pois, de querer atribuir a todas as novas entidades familiares o mesmo regime jurídico do casamento, mas de permitir que a promoção da dignidade da pessoa humana não esteja vinculada aos efeitos do vínculo matrimonial. Vale dizer, com fundamento na dignidade humana, que todos os diversos modelos de convivência familiar são merecedores de tutela.

#### **4.3 Ativismo judicial e judicialização nas relações familiares**

No Brasil, quando o assunto é Direito de Família, as conquistas geralmente ocorrem pelo caminho inverso, ou seja, diante de uma inércia do Legislativo, observa-se que o Judiciário se tornou o centro das transformações, pois nele são lançadas todas as questões familiares controversas atualmente. Tal fenômeno é denominado de judicialização das relações familiares. Definitivamente, o Judiciário se transformou no palco de grandes conquistas, o grande impulsionador e agenciador das causas familiares, quebrando paradigmas e instituindo novos conceitos, tal como fez o Supremo Tribunal Federal quando, ao julgar a Adin 4277 e a ADPF 132, reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo. José Afonso da Silva apresentou suas considerações sobre o tema:

Vários avanços foram conquistados pelo Direito das Famílias, sobretudo pelo ativismo judicial. Por exemplo, o reconhecimento da união estável homoafetivas (ADI 4277 e ADPF 132); casamento homoafetivo (Resolução 175/2013 do CNJ); adoção entre pessoas do mesmo sexo; registro civil de nascimento em igualdade de condições, seja hétero ou homoafetivos, por técnicas de reprodução assistida (Provimento 52/2016), dentre outros. Mas, por outro lado, por que há uma paralisia das instâncias regulamentadoras, que tornam inviáveis direitos e garantias fundamentais, obrigando o Poder Judiciário a conceder a garantia desses direitos? A inércia do Legislativo propicia o ativismo judicial. Acontece que as instâncias reguladoras, o Poder

Legislativo especialmente, são instâncias políticas dominadas pelo conservadorismo, sobretudo por correntes religiosas que combatem os direitos constitucionais que fundamentam aquelas decisões. Aí a razão básica da paralisia<sup>285</sup>.

Um desafio, portanto, à implementação dos direitos das famílias é o da laicidade estatal. Isto porque o Estado laico é garantia essencial para a efetivação de direitos básicos, sobretudo quando o assunto é sexualidade e reprodução, ou seja, temas que não “garantem” votos. Para Flávia Piovesan

Confundir Estado com religião implica a adoção oficial de dogmas incontestáveis, que, ao impor uma moral única, inviabiliza qualquer projeto de sociedade aberta, pluralista e democrática. A ordem jurídica em um Estado Democrático de Direito não pode se converter na voz exclusiva da moral de qualquer religião. Os grupos religiosos têm o direito de constituir suas identidades em torno de seus princípios e valores, pois são parte de uma sociedade democrática. Mas não têm o direito a pretender hegemonizar a cultura de um Estado constitucionalmente laico<sup>286</sup>.

Sendo assim, é bem verdade que não se quer um Judiciário atrofiado e descompromissado, mas que se tenha uma postura mais crítica e incisiva no exercício de suas funções. É preciso, sobretudo, lembrar que o Estado, os cidadãos e seus anseios e a própria consciência de “acesso à justiça” não são os mesmos de há vinte anos. O ambiente é outro, exigindo-se a busca de novos caminhos para a realização da justiça e que o Judiciário esteja comprometido com a concretização especialmente dos direitos fundamentais.

Sendo assim, espera-se por uma atitude proativa e comprometida do Judiciário, no sentido de reinterpretar continuamente as leis, amoldando-se, com bom senso, ao momento histórico e social. Isso porque as necessidades humanas são inúmeras, e o magistrado, constantemente, enfrenta dificuldades por não encontrar no sistema normativo instrumentos hábeis a solucionar certos problemas, pois a variedade dos casos e das circunstâncias que o cercam certamente ultrapassa a capacidade de previsão do legislador. Acerca do assunto, Maria Helena Diniz preleciona:

<sup>285</sup> SILVA, José Joaquim da. **Entrevista**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/publicacoes/leitor/27>>. Acesso em 20 de fevereiro de 2017.

<sup>286</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan\\_dh\\_direito\\_constitucional.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_dh_direito_constitucional.pdf)>. Acesso em 20 de fevereiro de 2017.

O direito deve ser visto em sua dinâmica como uma realidade que está em perpétuo movimento, acompanhando as relações humanas, modificando-se, adaptando-se às novas exigências e necessidades da vida, inserindo-se na história, brotando do contexto cultural. A evolução da vida social traz em si novos conflitos, de maneira que os legisladores, diariamente, passam a elaborar novas leis; juízes e tribunais constantemente estabelecem novos precedentes e os próprios valores sofrem mutações, devido ao grande e peculiar dinamismo da vida. (...) Destarte, as normas, por mais completas, por mais compactas que sejam são apenas uma parte do direito<sup>287</sup>.

Portanto, a função jurisdicional não é passiva, pois cabe ao magistrado adequar o direito, mantendo-o vivo, quando houver uma lacuna. Não se está a afirmar, todavia, que o magistrado tem uma liberdade irrestrita, pois ele deve ter sensibilidade e prudência ao aplicar os textos legais, sempre atento para que não ultrapasse os limites contidos no sistema jurídico. Sobre o tema, Maria Helena Diniz ainda ressalta:

Ao preencher lacunas o órgão judicante não cria direito novo; nada mais faz senão desvendar normas que, implicitamente, estão contidas no sistema jurídico. (...) Se na houvesse tal elasticidade, o direito não se realizaria, seria amputado no seu próprio dinamismo ou movimento, ou seja, não estaria em condições de sofrer o impacto da realidade, que nunca é plena e acabada, por estar sofrendo sempre injunções de modificações sociais e valorativas, estando, portanto, sempre se perfazendo<sup>288</sup>.

Todavia, se o ativismo judicial pode ser útil no processo de reconhecimento e proteção das novas estruturas familiares, pode em contrapartida ser falsamente utilizado como instrumento de conservação de uma ordem jurídica injusta e ilegítima, por forças de manobra que detém o poder. Vale dizer, o ativismo judicial pode ser uma lança para o “falso bem” ou para o “desmedido mal”, dependendo de quem manipula o ordenamento. Nesse sentido, não cabe ao Judiciário colocar as mãos em um dos pratos da balança, mas sim traçar as linhas mestras para conduzir melhor a coexistência do ser humano, em especial das novas relações familiares, sempre sobre o aspecto da dignidade.

Feitas tais breves considerações acerca o ativismo judicial e da judicialização nas relações familiares, também é preciso alertar para o fato de que buscar o Judiciário, especialmente para tratar de disputas ferrenhas como aquelas que são abordadas pelo

<sup>287</sup> DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 72-73.

<sup>288</sup> Idem.

Direito de Família, é sempre um desgaste físico e emocional para todas as pessoas envolvidas. Isso sem falar no fato de que muitos profissionais do Direito, incluindo juízes, advogados e promotores, dentre outros, ainda não estão preparados para lidar com questões tão delicadas e intrincadas como as que estão presentes nos conflitos familiares. Por vezes, o Judiciário brasileiro, embora tenha andado bem, assume uma postura normativista, adversarial e individualista, que não é a mais adequada para a resolução de conflitos das relações familiares. Está-se a tratar de conflitos que envolvem seres humanos, que nem sempre são litigantes habituais, mas que convivem no mesmo ambiente social, cujas relações são complexas, multifacetadas e se destoam das condutas impostas pelo sistema legal.

Nesse contexto, quer-se expressar que, dependendo do olhar que o Judiciário direcione ao conflito, à família e a cada sujeito imerso no litígio, a intervenção judicial pode produzir efeitos mais, ou menos gravosos. A frieza das salas de audiências certamente não é o espaço mais adequado para se tratar de relacionamentos, de intimidade, liberdade, desejos, escolhas pessoais e projetos de vida. Ocorre que o fato de as novas estruturas familiares não estarem previstas legalmente, isso acaba dificultando o exercício da liberdade e o desenvolvimento da personalidade de uma infinidade de pessoas, impedindo que sejam felizes cada um a seu modo e, portanto, só lhes restam buscar o Judiciário.

No que tange à proteção das novas estruturas familiares, conforme já discutido, entende-se que o rol do artigo 226 da Constituição não é taxativo, ou seja, não exclui da proteção estatal os demais tipos familiares. Com base na Constituição, entende-se que onde houver família, independentemente de seu formato, deverá existir proteção do Estado e ponto. Somente com base na Constituição Federal, portanto, essas novas estruturas familiares já estão protegidas. Mas como conferir estabilidade a essas relações jurídicas, permitindo que pessoas que compõem essas novas famílias vivam com paz e liberdade? A segurança jurídica é um ingrediente fundamental para tanto.

Nesse contexto, se por um lado é certo que o excesso de lei não garante a funcionalidade do sistema e tampouco é sinônimo de resolução de todas as controvérsias, por outro, a lei também pode trazer certa estabilidade, o que sem dúvida é importante para segurança jurídica.

Garantir que as pessoas sejam felizes significa não dissipar ou prejudicar seus projetos de vida, significa garantir múltiplas formas de convivência das diferenças, implica possibilitar o diálogo entre os “diferentes”, numa sociedade aberta, tolerante e

livre de discursos carregados de elementos exclusivamente de ordem moral, uma sociedade enfim capaz de concretizar direitos humanos em suas distintas dimensões.

Defende-se, portanto, que é preciso legislar a respeito das novas estruturas familiares com o objetivo de tutelar os seus direitos e garantir, ainda que minimamente, segurança jurídica a essas pessoas que certamente encontram-se excluídas de um sistema que é intolerante ainda, objetivando assim que vivam as suas escolhas existenciais, que exercitem seus direitos, especialmente o de serem tratadas como semelhantes. Importante mencionar que, no Brasil, tramita o projeto de lei nº 470 de 2013, conhecido como *Estatuto das Famílias* que, se aprovado, certamente será um grande avanço, pois logo em seu 3º já está previsto que “É protegida a família em qualquer de suas modalidades e as pessoas que a integram”. Vê-se que o referido Estatuto tem por objetivo proteger a família tal como ela é, ou seja, plural.

Sobre a necessidade de se refletir sobre as novas relações familiares, o entendimento de Luis Edson Fachin merece destaque:

Ainda que seja “aparente paradoxo”, a exigência de não intervenção do Estado na constituição da personalidade corresponde necessariamente uma mesma presença ativa do Estado, intervindo embebido no fito precípua de tutelar os direitos daqueles que, jurídica ou faticamente, estão em uma posição de fragilidade, como é o caso da criança, do adolescente, do incapaz, do idoso e daqueles que sofrem com a violência familiar. O que permanece é a urgente necessidade de se pensar e refletir, dada a complexidade da realidade contemporânea, como o Direito se projetará nessa contemplação que entrevê as famílias na interlocução do *público* e o *privado*. Nesse caminho de traçados aparentemente indecifráveis é que se destaca o comprometimento com a reconstrução do Direito, e ainda mais: a própria sociedade para além da compreensão cartesiana na realidade. É preciso reinventar o direito na *vida* e no *direito*. Daí a importância dos princípios constitucionais, que possibilitarão ao intérprete e aplicador do Direito, segundo um juízo crítico racional de ponderação, atentos à conformação da ordem normativa na realidade, averiguar a necessidade ou não de intervenção do Estado nas relações familiares. Que o presente Congresso, a par de sua inarredável relevância, seja o espaço profícuo para a discussão do tema, família, por certo. Eis o desafio que afasta reducionismos e simplificações. Afinal, o Direito e as Famílias, nas *famílias* do Direito, é o singular no complexo, um plural que problematiza tanto o campo das relações interprivadas quanto à espacialidade pública<sup>289</sup>.

---

<sup>289</sup> FACHIN, Luiz Edson. Famílias: entre o público e o privado. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coordenador) **Anais do IVIII Congresso Brasileiro de Direito de Família** – Família: entre o público e o privado. Belo Horizonte: IBDFAM, 2011, p. 167-168.

Além de legislar a respeito do tema, sempre com o objetivo de oferecer segurança jurídica, ampliar a proteção, também é preciso que sejam adotados mecanismos voltados ao reconhecimento da diversidade e consequente redução da intolerância, pois esta sempre oferece riscos à democracia. Nesse sentido, com atitude louvável, muitos colégios no Brasil com o objetivo de valorizar as diversas configurações familiares e fortalecer as relações entre as famílias passaram a celebrar o Dia da Família em substituição ao Dia das Mães e dos Pais. Isso porque existem casais homoafetivos, crianças criadas pelos avós, pelos tios, que têm só o pai, só a mãe etc. Portanto, o objetivo é celebrar o conceito de família, qualquer que seja ele. O que verdadeiramente importa para a criança é o vínculo<sup>290</sup>.

No mesmo sentido, também o Dicionário Houaiss noticiou uma nova definição para a palavra *família*, que estará presente em sua próxima edição. O novo conceito será muito mais amplo e abrangente. O Dicionário até então, de forma reducionista, definia família como um grupo de pessoas que vivem sob o mesmo teto (especialmente, o pai, a mãe e os filhos). Na próxima edição, a família será definida como "Núcleo social de pessoas unidas por laços afetivos, que geralmente compartilham o mesmo espaço e mantêm entre si uma relação solidária". Conforme se verifica, felizmente, o conceito é muito mais próximo da realidade.

Com isso quer-se expressar que, dentre os muitos desafios, está a preparação do indivíduo para a sociedade. O preconceito e a intolerância, que são construções sociais, estilhaçam a possibilidade de uma vida plena, ferem a dignidade humana e eliminam a beleza de se conviver com a diversidade. Cabe, a partir daí, não apenas ao Estado, mas a toda a sociedade, às instituições de ensino, aos protagonistas do Direito em especial, a cada indivíduo contribuir para prevenir, recusar e consequentemente superar o preconceito. O ser humano deve ser "julgado" pelo seu caráter, não pelas suas escolhas existenciais, pelos seus desejos e projetos de vida.

Por certo que no presente estudo não se teve como pretensão oferecer respostas prontas e acabadas, mas tão somente propor algumas reflexões e contribuir para o debate sobre como conduzir melhor os desafios que surgem a partir dessas novas estruturas familiares, sempre sob o aspecto da dignidade.

Se a família está em crise? A família vai muito bem, obrigada!

---

<sup>290</sup> Disponível em: <<http://emails.estadao.com.br/blogs/familia-plural/escolas-celebram-dia-da-familia-em-substituicao-ao-dia-das-maes-e-dos-pais/>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2017.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ao final desse estudo, é possível compendiar algumas das principais ideias desenvolvidas nas proposições que seguem. Entretanto, renuncia-se à tarefa de uma

retrospectiva minuciosa de todas as posições anunciadas ao longo do texto, sob pena de tornar-se prolixa.

A família desempenha uma função fundamental na vida do ser humano, representando o modo pelo qual este se relaciona com o meio em que vive, priorizando a plena realização pessoal de cada membro familiar, com base no afeto, na busca pela felicidade, no respeito à dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais.

No decorrer de cada conjuntura histórica, a organização sócio familiar foi moldada e adaptada em conformidade com os interesses políticos, econômicos, religiosos e culturais dominantes. De tal modo que, ao fenômeno familiar, implica reconhecer um constante processo de mutação e evolução, eis que influenciado por valores dos variados decorrentes de circunstâncias de uma determinada época e espaço.

Sendo assim, a família hodierna mudou, apresenta-se complexa e intrincada, pois apresenta traços que vão além de um mero agrupamento humano. Aquela estrutura rígida da família se alterou paulatinamente, alcançou novas formas antes inconcebíveis. A família casamentária e decorrente unicamente dos laços sagrados do matrimônio passou a coexistir com diversas estruturas familiares, tais como a família monoparental, pluriparental, homoafetiva, poliafetiva, a reconstituída, a união estável, enfim, pesquisas indicam que a lista dos múltiplos arranjos familiares é extensa.

No Brasil, impulsionada pelas expressivas modificações no contexto político, econômico e social do País, a Constituição de 1988 provocou uma verdadeira revolução no Direito de Família. Nem poderia ter sido diferente, pois o Direito não pode assumir uma postura estática, distanciada e alheia às transformações sociais. Vale dizer que todo Direito que se pretenda legítimo deve estar em consonância com os anseios humanos, deve adaptar-se, com bom senso, à realidade social. No entanto, apesar dos avanços louváveis, o preconceito e a intolerância ainda persistem.

É indubitável que a família não pode ser somente aquela “aprisionada” no texto legal, mas resulta de exercício hermenêutico com o escopo de se consolidar os princípios constitucionais. A determinação dos elementos que compõem uma estrutura familiar deslocou-se do regramento estatal para o domínio da normatização social, ou seja, para a esfera da democratização da intimidade. Não é mais a estrutura que define a família, mas a função constitucional que essa formação social exerce, sobretudo, dentro de seu espaço interior. Logo, toda e qualquer estrutura familiar baseada no afeto, respeito, solidariedade, cooperação, dentre outros valores igualmente importantes, deve ser reconhecida e protegida pelo Estado.

Nesse contexto, a partir de uma concepção multifacetada de família, com base, especialmente, na dignidade da pessoa humana, não existe mais um número fechado de estruturas familiares a serem protegidas e tampouco existe predominância de uma sobre a outra. Considerando a nova fotografia da família que privilegia a plena realização pessoal de cada ente familiar, com base no afeto, na busca da felicidade, no respeito à dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais, é necessário proteger essas novas configurações familiares.

Daí resulta o papel do Estado no que tange ao reconhecimento e proteção das novas estruturas familiares: não lhe incumbe mais disciplinar impositivamente os relacionamentos conjugais, sob pena de restringir a autonomia imprescindível ao exercício da democracia. Defende-se, portanto, um Estado que respeite as escolhas pessoais, que permita que as pessoas efetivamente vivam as suas liberdades, que pense a família, a partir de um viés plural, como um espaço de coexistência formador e estruturante do sujeito. Não compete, todavia, ao ente estatal determinar em quais pilares se sustentará essa coexistência.

Sendo assim, a intervenção estatal no espaço familiar, espaço este destinado ao desenvolvimento da personalidade de seus entes, deve ser sempre uma exceção. O Estado deve intervir para reconhecer liberdades e ampliar a proteção, jamais para restringir direitos.

Defende-se, ao fim, que é preciso ainda adotar mecanismos que tenham por objetivo reduzir o preconceito e a intolerância com relação aos novos arranjos familiares. Também é preciso legislar a respeito das novas estruturas familiares com o objetivo de tutelar os seus direitos e garantir, ainda que minimamente, segurança jurídica a essas pessoas que certamente se encontram excluídas de um sistema que é intolerante ainda, objetivando assim que vivam as suas escolhas existenciais, que exercitem seus direitos, especialmente o de serem tratadas como semelhantes.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

ALPA, Guido. **Introduzione allo studio critico Del diritto privato**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1994.

AMADO, Jorge. **Dona Flor e seus Dois Maridos**. Rio de Janeiro: Editora Record, 1995.

ANDRADE, Carlos Drummond de. Quadrilha. In: **Antologia poética**. 56. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005.

ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2004.

ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Tradução de Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

BADINTER, Elisabeth. **Um Amor conquistado: o mito do amor materno**. Tradução de Waltensir Dutra. 9. ed. Rio de Janeiro: nova Fronteira, 1085.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. A morfologia dos direitos fundamentais e os problemas metodológicos da concepção de dignidade humana em Robert Alexy. In: **Dignidade humana e direitos sociais e não-positivismo**. Org. Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez e Rogério Luiz Nery da Silva. Florianópolis: Qualis, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil**. Revista Diálogo Jurídico. Salvador, 2007, n.16, maio, junho, julho, agosto.

\_\_\_\_\_. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática jurídica transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Disponível em [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf). Acesso em 29 de novembro de 2016.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. Disponível em:

<[http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti\\_histdirbras.pdf](http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf)>. Acesso em 16 de março de 2016.

BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

BERNARDI, Renato; DE LAZARI, Rafael Nadim. **A interferência do Estado nas relações paterno-filiais: um estudo à luz da Teoria da Eficácia Mediata dos direitos**

fundamentais na esfera privada. Disponível em <[http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/09/2012\\_09\\_5223\\_5247.pdf](http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/09/2012_09_5223_5247.pdf)>. Acesso em 19/02/2017.

BERTONCINI, Carla. **Pelo reconhecimento de uma entidade familiar: união homoafetiva** 2011. 155 p. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – São Paulo – SP.

BIRMAN, Joel. **Laços e desenlaces na contemporaneidade**. In: *Jornal de Psicanálise*, São Paulo, 40(72): 47-62, jun. 2007.

BRASIL. IBGE. **Celso Demográfico**, 2010. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/imprensa/ppts/00000010435610212012563616217748.pdf>. Acesso em 26 de novembro de 2016.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Famílias: Pluralidade e felicidade**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (coordenadores). **Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família – Famílias: Pluralidade e Felicidade**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

\_\_\_\_\_. **Dalla struttura alla funzione**. Nuovi studi di teoria del diritto. Milano: Edizione di Comunità, 1977.

\_\_\_\_\_. **Direito e Estado no pensamento de Immanuel Kant**. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

BORELLA, François. **Le Concept de Dignité de la Personne Humaine**. In: **Ethique Droit et Dignité de la Personae**. Coord. Philippe Pedrot. Paris: Economica, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Almedina, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DELPÉRÉE, Francis. O Direito à Dignidade Humana. In: **Direito Constitucional - Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. Coord. Sérgio Resende de Barros e Fernando Aurélio Zilveti. São Paulo: Dialética, 1999.

SILVA, Marcos Alves da. **Da monogamia: a sua superação como princípio estruturante do direito de família**. Curitiba: Juruá, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Filhos do afeto: questões jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_. **E agora, Chicão?** Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_688\)1\\_\\_e\\_agora\\_chicao.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_688)1__e_agora_chicao.pdf)>. Acesso em 16 de janeiro de 2016.

\_\_\_\_\_. **Casamento ou terrorismo sexual?** Disponível em <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_547\)4\\_\\_casamento\\_ou\\_terrorismo\\_sexual.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_547)4__casamento_ou_terrorismo_sexual.pdf)>. Acesso em 01 de novembro de 2016.

\_\_\_\_\_. Sociedade de afeto: um nome para a família. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v. I, n. 1, p. 34, abr./jun. 1999.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do Direito**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Rodrigo Bernardes. **Estado, Sexo e Direito: reflexões acerca do processo histórico de reconhecimento dos direitos sexuais como direitos humanos fundamentais**. São Paulo: SRS Editora, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DONZELOT, Jacques. **A Polícia das Famílias**. Tradução de M. T. da Costa Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh\\_engels\\_origem\\_propriedade\\_privada\\_estado.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_engels_origem_propriedade_privada_estado.pdf)>. Acesso em 18 de janeiro de 2017.

FACHIN, Luiz Édson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

\_\_\_\_\_. Inovação e tradição no Direito de Família. In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliane Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (Orgs.). **Afeto e Estruturas Familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

\_\_\_\_\_. **Inovação e tradição do Direito de Família contemporâneo sob o novo Código Civil brasileiro**. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima3-Luiz-Edson-Fachin.pdf>>. Acesso em 29 de novembro de 2013.

\_\_\_\_\_. **Paradoxos do direito da filiação na teoria e prática do novo Código Civil brasileiro intermitências da vida.** Disponível em <[http://www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/73.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/73.pdf)>. Acesso em 30 de outubro de 2016.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito civil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. **Elementos críticos do direito de família:** curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

\_\_\_\_\_. **Direito de família:** elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. **Da paternidade:** relação biológica e afetiva. Belo Horizonte; Del Rey, 1998.

\_\_\_\_\_. Famílias: entre o público e o privado. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coordenador) **Anais do IVIII Congresso Brasileiro de Direito de Família – Família: entre o público e o privado.** Belo Horizonte: IBDFAM, 2011.

FACHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Constituição, Direitos fundamentais e Direito Privado.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FREUD, Sigmund. O tabu da virgindade – contribuições à psicologia do amor III. In: **Obras psicológicas completas.** Trad. Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1995, v. XI, p. 179.

GLANZ, Semy. **A família mutante - sociologia e direito comparado:** inclusive o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GOMES, Orlando. **Direito de família.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *The Future of Human Nature.* Malden: Blackwell Publishing Inc., 2003.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Porto Alegre: Fabris, 1991.

\_\_\_\_\_. **Derecho Constitucional y Derecho Privado.** Madrid: Civitas, 1995.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. **Revista Brasileira de Direito de Família.** Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 1, n. 1, p. 17, abril./jun. 1999.

\_\_\_\_\_. Família e casamento em evolução. In: **Revista Brasileira de Direito de Família.** Porto Alegre: Síntese, n. 1, abr./maio/jun. 1999.

HÖFFE, Otfried. *Medizin ohne Ethik?* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2002.

\_\_\_\_\_. **A democracia no mundo de hoje**. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

INSTITUTO CPFL CULTURA. **Café filosófico: A Evolução da Família - Joel Birman**. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=0et6BcO8ayY>>. Acesso em 30 de outubro de 2016.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Coimbra: Atlântida, 1960.

\_\_\_\_\_. Groundwork of the Metaphisic of Morals. In: **Immanuel Kant: Groundwork of the Metaphisic of Morals**. Coord. Lawrence Pasternack. New York: Roytledge, 2002.

KLOPFER, Michael. Grundrechtstatbestand und Grundrechtsschranken in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – dargestellt am Beispiel der Menschenwürde. Org. Christian Starck. In: **Bundesverfassungsgerichts und Grundgesetz. Festchrift aus Anlassdes 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts**, vol. II. Tübingen: J.C. Mohr (Paul Siebeck), 1976.

LACAN, Jacques. **Os complexos familiares**. Tradução de Marco Antonio Coutinho Jorge e Potiguara Mendes da Silveira Júnior. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). **Código Civil Comentado**. São Paulo: Atlas, 2003. v. XXVI.

\_\_\_\_\_. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e cidadania. **O novo CCB e a vacatio legis**. Belo Horizonte: IBDFAM/ Del Rey, 2002.

\_\_\_\_\_. **Princípio da solidariedade familiar**. Disponível em [www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/78.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/78.pdf). Acesso em 19 de novembro de 2016.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos fundamentais**. Barueri: Manole, 2003.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Direito das famílias: amor e bioética**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**. Vol. 3, 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINEZ, Miguel Angel Alegre. **La dignidade de la persona como fundamento del ordenamento constitucional español**. León: Universidad de León, 1996.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. A família na Constituição. Coordenadores: Ives Gandra Martins e Paulo de Barros Carvalho. In: **O Direito e a família**. São Paulo: Noeses, 2014.

MAUNZ, Theodor; ZIPPELIUS, Reinhold. **Deutsches Staatsrecht**. 29. ed. München: C. H. Beck, 1994.

MIRANDA, Jorge. A Constituição Portuguesa e a dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 45, 2003.

\_\_\_\_\_. Human dignity and the value unit of the fundamental rights system. **Justitia**, São Paulo, vol. 201, Jan./Dec. 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil**, n. 65, 1993.

\_\_\_\_\_. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos Fundamentais**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NAMUR, Samir; KLEIN, Vinicius. A boa-fé objetiva e as relações familiares. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v. III.

NEVES, Castanheira. A Constituição Portuguesa e a dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**: cadernos de direito constitucional e ciência política, n. 45, p. 87-88, 2003.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito de família**: origem e evolução do casamento. Curitiba: Juruá, 1991.

PERELMAN, Chain. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 5.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família**: uma abordagem psicanalítica. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

\_\_\_\_\_. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. 2011. 157 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná – Curitiba – PR.

\_\_\_\_\_. **Dicionário de família e sucessões**: ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. Família, Direitos Humanos, Psicanálise e Inclusão Social. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, a. IV, n. 16, jan./fev./mar. 2003.

**família**. Disponível em: <[http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/2272/Tese\\_Dr.%20Rodrigo%20da?sequence=1](http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da?sequence=1)>. Acesso em 19 de setembro de 2014.

PEREIRA, Tânia da Silva. Abrigo e alternativas de acolhimento familiar. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. A família na Constituição do Brasil – missão, limites e responsabilidades – comentário ao art. 226 da Constituição de 1988. In: **Direito e Dignidade da Família: do começo ao fim da vida**. Organizadores Antonio Jorge Pereira Júnior, Débora Gozzo e Wilson Ricardo Ligiera. São Paulo: Almedida, 2012.

PERROT, Michelle. O nó e o ninho. **Revista Veja 25 anos: reflexões para o futuro**. São Paulo: Abril, 1993.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan\\_dh\\_direito\\_constitucional.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_dh_direito_constitucional.pdf)>. Acesso em 20 de fevereiro de 2017.

PISCATORI, James P. Human Rights in Islamic Political Culture. In: **The Moral Imperativs of Human Rights: A World Survey**. Org. Kenneth W. Thompson. Washington: University Press of America, 1980.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, v. 7

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

RENAUD, Michel. A Dignidade do ser Humano como Fundamentação Ética dos Direitos do Homem. **Brotéria – Revista de Cultura**, vol. 148, 1999.

RIDOLA, Paolo. **A dignidade da pessoa humana e o “princípio liberdade” na cultura constitucional europeia**. Trad. de Carlos Luiz Strapazzon. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. **Revista Interesse Público**, n. 04, 1999.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito de família**. Atual. Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 6.

ROUDINESCO, Elisabeth. **A família em desordem**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

SALLES, Vania. Novos olhares sobre a família. In: **Revista Brasileira de Estudos de População**. Rio de Janeiro: ABEP, 1994, v. 11, n. 2, p. 160 e 166. Disponível em: <<https://www.rebep.org.br/revista/article/view/468>>. Acesso em 29 de outubro de 2016.  
SANTOS, Boaventura de Souza. Direitos humanos: o desafio da interculturalidade. **Revista Direitos Humanos**, vol. 2, 2009.

\_\_\_\_\_. Uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Lua Nova**, vol. 39, São Paulo, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Coord. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. **A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 3. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, jan-jun, 2007.

\_\_\_\_\_. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. As dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: **Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. Dignidade da pessoa humana: notas em torno da discussão sobre o seu caráter absoluto ou relativo na ordem jurídico-constitucional. In: **Dignidade humana e direitos sociais e não-positivismo**. Org.: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva. Florianópolis: Qualis, 2015.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, 01 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em: 27 de outubro de 2013.

SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. São Paulo: Lumen Juris. 2006.

STRAPAZZON, Carlos Luiz. Apresentação. In: **Dignidade humana e direitos sociais e não-positivismo**. Org.: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva. Florianópolis: Qualis 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 5. ed. revista, modificada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2014.

SALDANHA, Nelson. Conceituações do Direito: tendência privatizante e tendência publicizante. *Revista de Direito Público, São Paulo, Revista dos Tribunais*, vol. 81, 1987, jan./março.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 188).

SANTIAGO, Marcelo; FEITOSA, Lourdes Conde. Família e Gênero: um estudo antropológico. *Mimesis*, Bauru, v. 32, n. 1, p. 29-41, 2011

SANTOS, Boaventura de Souza de. **Revista de Direitos Humanos: o Desafio da Interculturalidade**. n. 2/Jun./2009.

\_\_\_\_\_. **A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 3. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Dimensões da Dignidade – Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 15-43.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

\_\_\_\_\_. “Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional”. In: **Interesses Públicos versus Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. SARMENTO, Daniel (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, Marcos Alves da. **Da monogamia: a sua superação como princípio estruturante do direito de família**. Curitiba: Juruá, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. **Entrevista**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/publicacoes/leitor/27>>. Acesso em 20 de fevereiro de 2017.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário jurídico**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

\_\_\_\_\_. **Temas de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: **Temas de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. **A Nova Família: Problemas e Perspectivas**. Coordenador Vicente Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿ En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

VALADARES, Maria Goreth Macedo. **Os meus, os seus e os nossos: as famílias reconstituídas e seus efeitos jurídicos**. 2007. 120 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – Belo Horizonte – MG.

VILLAS BÔAS, Regina Vera; NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira. **A educação no combate às violências sofridas pela criança, pelo jovem e pelo adolescente**. Disponível em: [http://www.proealc.etc.br/VI\\_SEMINARIO/assets/pdfs/gtv/Regina%20Vera%20Villas%20B%C3%B4as%20et%20al%20GT05.pdf](http://www.proealc.etc.br/VI_SEMINARIO/assets/pdfs/gtv/Regina%20Vera%20Villas%20B%C3%B4as%20et%20al%20GT05.pdf). Acesso em 19 de fevereiro de 2017.

VILLELA, João Baptista. **Liberdade e família**. Movimento Editorial da Revista da Faculdade de Direito da UFMG, v. III, série Monografias, n. 2. Belo Horizonte: Faculdade de Direito UFMG, 1980, p. 36.

\_\_\_\_\_. Desbiologização da Paternidade. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte, n. 21, p. 401-419, maio de 1979.

WINNICOTT, Donald Woods. **A criança e o seu mundo**. 6. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

