

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO

CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS

CURSO DE DIREITO

ALMIR RIBEIRO SILVA

**O CONCEITO DE FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: uma
análise a partir da transformação social e seu reflexo no direito.**

São Luís

2017

ALMIR RIBEIRO SILVA

**O CONCEITO DE FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: uma
análise a partir da transformação social e seu reflexo no direito.**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão, como
requisito para obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientadora: Profa. Valéria Maria Pinheiro
Montenegro.

São Luís

2017

ALMIR RIBEIRO SILVA

**O CONCEITO DE FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: uma
análise a partir da transformação social e seu reflexo no direito.**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão, como
requisito para obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Aprovado em: / /

BANCA EXAMINADORA

Profª. Valéria Maria Pinheiro Montenegro
(Orientadora)

Examinador 1

Examinador 2

Aos meus pais, Almerinda e Antônio, pelo esforço e disciplina empregados em minha
educação.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por me permitir viver esta oportunidade, tão esperada em minha vida acadêmica, fornecendo-me paciência e sapiência para lidar com as adversidades. Pois sem ELE, nada disso seria possível.

Em segundo lugar agradeço aos meus pais, Almerinda e Antônio, e irmão, Alexandre, por terem apoiado minhas escolhas, e por estarem sempre presentes nos momentos bons e de dificuldades. Demais familiares também foram de extrema importância nesta jornada. Sem vocês, este momento também não seria possível.

Não poderia deixar de agradecer também aos meus amigos colhidos durante a vida escolar e acadêmica, em especial aos amigos de IFMA, a minha companheira e amiga de todas as horas, Adryelly, aos ilustres membros PFC, os quais considero extensão de minha família.

Por fim, agradeço à professora e mestra de todas as horas Valéria Montenegro, minha orientadora, pelo tempo e dedicação que gentilmente me ofertou.

RESUMO

Proporcionar uma análise da constante reformulação que o conceito de família sofre de acordo com a mudança do panorama social do Brasil. As primeiras bases legais para a tutela dessa instituição são a fonte para a explanação do problema. Uma instituição que é o seio da formação de todo indivíduo merece toda a tutela jurídica necessária para sua plena e sadia existência, de forma que, é imprescindível que as instituições estatais protejam tal instituição, respeitando as suas garantias constitucionais.

Palavras-chave: Família. Proteção Estatal. Conceito de Família.

ABSTRACT

To provide an analysis of the constant reformulation that the family concept suffers according to the change of the social panorama of Brazil. The first legal bases for the tutelage of this institution are the source for the explanation of the problem. An institution that is the bosom of the formation of every individual deserves all the legal guardianship necessary for its full and sound existence, so it is imperative that state institutions protect such an institution, respecting their constitutional guarantees.

Keywords: Family. State Protection. Family Concept.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	08
2	A ORIGEM DO INSTITUTO DA FAMÍLIA NO BRASIL.....	10
2.1	Breves considerações sobre o conceito de família.....	10
2.2	A família no Brasil e seu histórico pré Constituição Federal de 1988.....	11
3	A FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	15
3.1	Contexto social do Brasil a época da promulgação da Constituição Federal de 1988.....	15
3.2	Mudança de panorama proposta pela Constituição Federal de 1988.....	16
3.3	Valorização da família e do afeto no ordenamento jurídico brasileiro.....	18
4	LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL PÓS CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	21
4.1	O Estatuto da Criança e do Adolescente.....	21
4.2	As principais novidades do direito de família no Código Civil de 2002.....	23
4.3	Lei Maria da Penha.....	24
4.4	Novo Código de Processo Civil.....	24
5	A UNIÃO HOMOAFETIVA COMO UNIDADE FAMILIAR.....	26
5.1	Entendimento do Supremo Tribunal Federal.....	26
6	PERSPECTIVAS PARA O DIREITO DE FAMÍLIA NO BRASIL.....	29
7	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	31
	REFERÊNCIAS.....	34

1 INTRODUÇÃO

A família é classificada como a unidade social mais antiga do ser humano. Antes mesmo dos primeiros povos se juntarem em pequenos grupos, a família já existia em um grupo reduzido de pessoas que geralmente possuíam laços sanguíneos em comum e eram lideradas por um ancião, pessoa dotada de profundo conhecimento e experiência.

As primeiras noções de direitos e deveres são contraídas ainda dentro do seio familiar destes pequenos grupos. Costumeiramente de cunho moral, as obrigações partiam de geração a geração, tendo como elo os próprios descendentes, além dos ensinamentos dos líderes. Com a proliferação desses pequenos grupos, a fusão dos mesmos passou a tornar-se comum, a ponto de constituírem as primeiras organizações sociais. A partir da fusão destes pequenos grupos, surge o primeiro contexto de família na história do homem.

Entretanto, a principal característica dessas primeiras unidades familiares, era a consanguinidade. O modelo de família dentro das sociedades ocidentais era baseado pela consanguinidade de seus membros, ou seja, um grupo de descendentes de um mesmo patriarca era chamado de família.

Contudo, com a expansão dos povos os laços sanguíneos passaram a ser cada vez mais dissolvidos entre os membros de uma sociedade, de forma que a noção de família no Direito da Roma antiga, era a chamada Família Natural, grupo este formado por um casal e sua prole. O Direito Romano pautava seu conceito de família no casamento, não apenas nos laços sanguíneos. Mais tarde, por herança do Direito Romano, a Igreja Católica adaptou o conceito de família natural para sua proposta. Transformou o casamento em uma instituição indissolúvel e única capaz de formar uma família cristã. O casamento formado por pessoas de diferentes sexos, unidas por meio de ato solene e por seus descendentes diretos.

Vale ressaltar que, embora datado de muitos séculos, a tradição e conceitos propostos pelo casamento no Direito Romano permanecem ainda atualmente. A título de exemplo, o Brasil é uma nação que foi formada com preceitos da Igreja Católica. Por conseguinte, ainda se observa um conservadorismo religioso por parte do reconhecimento das entidades familiares.

Entretanto, o Direito passou a relativizar alguns preceitos antes absolutos, como será objeto do estudo mais à frente. A mutação da sociedade obrigava o ordenamento jurídico brasileiro a seguir o mesmo rumo. No decorrer dos últimos anos houve incessantes debates

acerca de como deve ser o modelo jurídico de família, a fim de proteger a pluralidade de situações do Brasil.

Partindo desta explanação, este trabalho busca mostrar como o ordenamento jurídico brasileiro se adaptou às diversas mudanças ocorridas na sociedade no tocante à entidade familiar. A fonte primária para demonstrar essa mudança no ordenamento vem das leis em seu sentido amplo. A jurisprudência dos tribunais superiores também constitui importante objeto de verificação da preocupação do ordenamento jurídico brasileiro em tutelar os diversos tipos de família que existiram ao longo de vários anos.

2 O HISTÓRICO DO INSTITUTO DA FAMÍLIA NO BRASIL

A problematização do conceito de família no ordenamento jurídico brasileiro passa pelo seu largo histórico perante a sociedade e como ela moldou esse conceito durante séculos. Traçando uma linha histórica sobre o Brasil, fica evidente que a delimitação do território em colônia, império e república traz consigo diversas características que interferem em todo o sistema jurídico, mas, sobretudo, social.

2.1 Breves considerações sobre o conceito de família

Ante a explanação do histórico do instituto da família no Brasil, é mister conceituar este instituto. A ideia de família passa por um fenômeno extremamente complexo e variável, reunindo a essência de questões biológicas, psicológicas e sociológicas, de forma que é muito densa uma definição literal. Entretanto, para fins de breve conceituação, fica evidente que o conceito de família é variável no tempo e espaço, ou seja, cada povo tem sua ideia de família de acordo com aquilo que é vivenciado em dado território e época.

Diante a temática exposta, NOGUEIRA tece algumas considerações:

É de fundamental importância para a compreensão deste estudo a abordagem do conceito de entidade familiar. A entidade familiar de início é constituída pela figura do marido e da mulher. Depois se amplia com o surgimento da prole. Sob outros prismas, a família cresce ainda mais: ao se casarem, os filhos não rompem o vínculo familiar com seus pais e estes continuam fazendo parte da família, os irmãos também continuam, e, por seu turno, casam-se e trazem os seus filhos para o seio familiar. A família é uma sociedade natural formada por indivíduos, unidos por laço de sangue ou de afinidade. Os laços de sangue resultam da descendência. A afinidade se dá com a entrada dos cônjuges e seus parentes que se agregam à entidade familiar pelo casamento.

Entretanto, não somente de características biológicas se completa a família. Vale destacar a importância do afeto nesse elo entre os membros da instituição familiar, pois o ato que representa, inicialmente, sua gênese, o casamento, necessita de afeto e respeito entre seus pares, como acentua DIAS (2007, p.28) dizendo que “a valorização do afeto nas relações familiares não se cinge apenas no momento da celebração do casamento, devendo perdurar por toda relação”.

Partindo de dentro deste escopo do seio familiar e expandindo a uma noção mais ampla e social da família, fica evidente que este instituto constitui um sólido alicerce de onde parte toda a organização social mais subjetiva. Diante disto, parte do Estado a obrigação de

tutelar os direitos da família de forma a garantir suas prerrogativas. Acerca desse interesse estatal em tutelar a família, Rodrigues (2002, p.04) explica que:

[...] a família constitui a base toda a estrutura da sociedade. Nela se assentam não só as colunas econômicas, como se esteiam as raízes morais da organização social. De sorte que o Estado, na preservação de sua própria sobrevivência, tem interesse primário em proteger a família, por meio de leis que lhe assegurem o desenvolvimento estável e a intangibilidade de seus elementos institucionais.

A partir dessa proteção estatal sobre o instituto familiar, surge a necessidade da mudança do conceito de família inicialmente exposto, de forma que não fosse necessária a existência de um vínculo entre casamento e família, pois a dinâmica social proporcionou que o conceito de família passasse por um viés mais afetivo que biológico ou jurídico dissociando, assim, a ideia da obrigatoriedade dos laços sanguíneos ou do casamento. Um dos grandes marcos para essa mudança na concepção de família encontra-se na Constituição Federal de 1988, conforme acentua Venosa (2003, p.16):

[...] a família não se funda necessariamente no casamento, o que significa que casamento e família são para a Constituição realidades distintas. A Constituição aprende a família por seu aspecto social (família sociológica). E do ponto de vista sociológico inexistente um conceito unitário de família.

Conforme exposto acima, fica evidente a mudança de paradigma proposta pela Constituição Federal de 1988, uma vez que foi uma Constituição marcada pela proteção aos direitos da pessoa humana, mas, sobretudo, ao princípio da dignidade da pessoa humana. Sendo assim, é de vital função a tutela aos mais subjetivos interesses e direitos dos seus protegidos.

2.2 A família no Brasil e seu histórico pré Constituição Federal de 1988

O Brasil, país de características culturais múltiplas, onde a miscigenação é clara e evidente, teve seus primeiros passos jurídicos guiados pela legislação oriunda do sistema jurídico de Portugal. Este, por sua vez, era baseado nas chamadas Ordenações Reais, que eram compostas pelas Ordenações Afonsinas, Ordenações Manuelinas e as Ordenações Filipinas.

As Ordenações Filipinas, datadas do ano de 1595, seguia uma estrutura singular e básica a fim de atender à estrutura do ordenamento jurídico da época. A norma era dividida em cinco livros com suas respectivas subdivisões: dividindo-se em cinco livros que continham títulos e parágrafos: Direito Administrativo e Organização Judiciária; Direito dos Eclesiásticos,

do Rei, dos Fidalgos e dos Estrangeiros; Processo Civil; Direito Civil e Direito Comercial; Direito Penal e Processo Penal.

Fruto de uma colonização portuguesa e uma fundação mediante os preceitos da Igreja Católica Apostólica Romana, a primeira e única noção de família era a proposta pelo casamento. Desta forma, a Igreja era a protetora dos direitos matrimoniais e, por consequência, dos direitos da família. Acentua Diniz (2008, p. 51):

Aqui no Brasil, por muito tempo, a Igreja Católica foi titular quase que absoluta dos direitos matrimoniais; pelo Decreto de 3 de novembro de 1827 os princípios do direito canônico regiam todo e qualquer ato nupcial, com base nas disposições do Concílio Tridentino e da Constituição do Arcebispado da Bahia.

O casamento como única entidade familiar juridicamente reconhecida pelo Estado foi mantida pelos decretos imperiais posteriores. Entretanto, em 1890, o Decreto nº 181, de autoria de Rui Barbosa, mudou o panorama do casamento no Brasil. O decreto passou a considerar o casamento válido apenas quando realizado pelas autoridades civis e passou a relativizar a indissolubilidade do casamento. Destarte, o casamento religioso passou a ter nenhum valor jurídico.

O mencionado decreto vigorou até a promulgação do Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071/16). O referido código ainda manteve o patriarcalismo, no qual a família é chefiada pelo homem, desta forma incluindo a mulher no rol de membros relativamente incapazes. A legislação citada consagra o casamento como o único instituto jurídico capaz de aglutinar membros no instituto chamado família, além de dificultar a adoção.

No período da elaboração do Código Civil de 1916, a sociedade era visivelmente machista e patriarcal, tendo como centro o foco na figura masculina. O desequilíbrio entre homem e mulher proposto pelo código é gritante. Há uma grande diferenciação nos direitos e deveres de homens e mulheres. Sobre o tema, Venosa (2014, p. 16) afirma:

Os Códigos elaborados a partir do século XIX dedicaram normas sobre a família. Naquela época, a sociedade era eminentemente rural e patriarcal, guardando traços profundos da família da Antiguidade. A mulher dedicava-se aos afazeres domésticos e a lei não lhe conferia os mesmos direitos do homem. O marido era considerado o chefe, o administrador e o representante da sociedade conjugal. Nosso Código Civil de 1916 foi fruto direto dessa época.

A capacidade plena não era concedida às mulheres da época, ou seja, ela, a mulher, não poderia realizar os atos da vida civil de forma independente, pois precisaria sempre ser assistida ou ter seus atos ratificados. Na condição de relativamente incapaz, era equiparada aos

menores, aos pródigos e aos silvícolas. A mulher vivia em uma situação de extrema subordinação ao homem. Enquanto solteira, subordinava-se ao pai, quando casada, ao marido. Um exemplo clássico da subordinação era o artigo 242 do Código Civil de 1916 que dizia que a mulher só poderia exercer profissão com a autorização do marido.

Contudo, com a expansão do ideal feminista e os crescentes movimentos sociais envolvendo mulheres, essa subordinação foi se relativizando, o que mais tarde viria a provocar as mudanças no ordenamento jurídico, conforme será visto a seguir.

A grande barreira criada pelo Código Civil de 1916 para adoção foi superada com o advento da Lei nº 3.133/57, que previa o reconhecimento da adoção como instrumento formador de relação de parentesco. Entretanto, até 1977, o adotado só tinha direito a metade da legítima, quando em concurso com filhos ditos legítimos, em nítido detrimento do parentesco formado pelo afeto em relação ao formado pela consanguinidade.

Além disso, o Código Civil de 1916 ainda mantinha pulso forte em relação a instituição do casamento, não permitindo, portanto, a dissolução do vínculo conjugal. A solução jurídica da época era chamada de “desquite”, que veio a ser substituída pela separação judicial da Lei nº 6.515/77. A referida lei também criou o instituto do divórcio.

A preocupação da legislação vigente do Brasil durante décadas era de proteger a instituição familiar e os laços sanguíneos, criando empecilhos ou vedando a dissolução conjugal ou a adoção, descartando a importância do afeto em tais relações. As uniões que não se enquadravam no tradicional casamento não foram contempladas pelo legislador de 1916. O concubinato e a união estável, por exemplo, foram completamente ignorados no texto legal. Nesse diapasão, Dias (2004, p.34-35) destaca:

A negativa de reconhecer os filhos fora do casamento possuía nítida finalidade sancionatória, visando a impedir a procriação fora dos “sagrados laços do matrimônio”. Igualmente afirmar a lei que o casamento era indissolúvel servia como verdadeira advertência aos cônjuges de que não se separassem. Também negar a existência de vínculos afetivos extramatrimoniais não almeja outro propósito senão o de inibir o surgimento de novas uniões. O desquite – estranha figura que rompia, mas não dissolvia o casamento – tentava manter a todos no seio das famílias originalmente constituídas. Desatendida a recomendação legal, mesmo assim era proibida a formação de outra família.

A Constituição Federal de 1934 foi a primeira no Brasil a tratar sobre a família em um capítulo exclusivo, garantindo, de forma expressa, a proteção estatal ao instituto. As constituições seguintes mantiveram o padrão da constituição pioneira, entretanto, pouco modificaram os paradigmas que garantiam a guarda estatal à família. O advento de

determinadas leis no Brasil, teve, por efeito, a relativização de vários temas antes absolutos, como, por exemplo, a adoção ou mesmo a dissociação do vínculo conjugal. Essas leis foram a Lei da Adoção (Lei nº 3.133/57) e Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77), bem como pelo Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62).

Entretanto, mesmo após o avanço legislativo em relação aos temas do escopo familiar, até a promulgação da Constituição Federal de 1988, o casamento continuava sendo o único instrumento reconhecido como capaz de instituir a família no Brasil.

3 A FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 tratou de dar atenção especial ao Direito de Família, desta forma, garantiu um capítulo especial apenas para este ramo do direito (capítulo VII do título VIII). Fazendo uma emulação ao modelo proposto pelo Código Civil de 1916 que pregava um modelo de família autoritário e patriarcal, a Constituição Federal de 1988 primava pelo modelo de família baseado em preceitos como a igualdade, a solidariedade e a dignidade da pessoa humana.

3.1 Contexto social do Brasil anterior à época da promulgação da Constituição Federal de 1988

O governo do último general presidente do Brasil durante o regime militar trouxe grandes mudanças em relação aos governos anteriores. João Batista de Oliveira Figueiredo foi o último presidente durante o período da ditadura militar. Já no início de seu governo encontrava um país com muitas mudanças. A repressão já não era tão forte, as oposições políticas e o movimento estudantil ganhavam força e os demais movimentos sociais começavam a crescer. Durante o seu governo (1979-1985), tratou de acelerar o processo de liberalização política aprovando a Lei da Anistia, lei que permitia a volta ao país de milhares de exilados políticos, além de conceder perdão a quem havia cometido crimes políticos.

O pluripartidarismo voltava a existir. Surgiram outros partidos além do MDB e ARENA que, inclusive, haviam mudado suas siglas para PMDB e PDS, respectivamente. Entretanto, o governo de Figueiredo encontrou resistência por parte de militares radicais, que não apoiavam o fim da ditadura. Tais militares praticavam atos terroristas a fim de evitar que o processo de redemocratização viesse a tornar realidade.

Contudo, os esforços dos opositores ao processo de redemocratização não foram suficientes. No último ano de governo de Figueiredo surgiu o movimento conhecido como *Diretas Já!* que tinha por objetivo mobilizar a população em busca da redemocratização do país, a começar pela escolha do presidente da república por meio de eleições diretas. O projeto não teve sucesso e foi barrado pelo governo, ou seja, o sucessor de Figueiredo foi escolhido indiretamente pelo Congresso Nacional. Em 15 de janeiro de 1985, o Colégio Eleitoral do Congresso Nacional escolheu o deputado Tancredo Neves como novo presidente da república,

dando um ponto definitivo no período do regime militar no Brasil. No entanto, Tancredo Neves veio a adoecer e falecer. Em seu lugar assumiu o vice-presidente, José Sarney.

3.2 Mudança de panorama proposta pela Constituição Federal de 1988

Após o período do regime militar no Brasil (1964-1985), deu-se início a um processo de redemocratização de todo o Estado brasileiro a fim de devolver ao povo os direitos que foram cerceados durante o sombrio período da ditadura militar. Nesse diapasão, parte do discurso pronunciado por Ulysses Guimarães no dia da promulgação da referida constituição remete à ideia da mudança de panorama proposta pela mesma: “Declaro promulgada! O documento da liberdade, da dignidade, da democracia, da justiça social do Brasil! Que Deus nos ajude para que isso se cumpra! ”.

A Constituição Federal de 1988 possui a alcunha de Cidadã, pois veio em um momento de transição dos valores sociais no país, ou seja, tinha por objetivo, retomar o status de cidadão de direitos ao povo brasileiro. Conforme cita a epígrafe, foi um documento pautado com base em princípios, mas, sobretudo, especificamente em um, quer seja: o princípio da dignidade da pessoa humana. Portanto, é uma constituição humanista, com forte compromisso com a pessoa humana. Vale destacar que se trata de uma das constituições mais avançadas já confeccionadas no mundo na defesa da pessoa humana.

Um dos fundamentos da República Federativa do Brasil encontra-se no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, quer seja: a dignidade da pessoa humana. Vale destacar que o status de princípio fundamental da constituição não possui caráter meramente ilustrativo, mas sim possui valor jurídico-normativo, ou seja, possui constitucionalidade material e formal. A premissa fundamental constitui o Estado como protetor da dignidade da pessoa humana e, dessa forma, toda a organização estatal está incumbida desta missão. O Estado é de vital importância para garantir que direitos não sejam violados. Neste sentido, Sarlet (2010, p.89) toma nota:

Se, por um lado, consideramos que há como discutir – especialmente na nossa ordem constitucional positiva – a afirmação de que todos os direitos e garantias fundamentais encontram seu fundamento direto, imediato e igual na dignidade da pessoa humana, do qual seriam concretizações, constata-se, de outra parte, que os direitos e garantias fundamentais podem – em princípio e ainda que de modo e intensidade variáveis -, ser reconduzidos de alguma forma à noção de dignidade da pessoa humana, já que todos remontam à ideia de proteção e desenvolvimento das pessoas, de todas as pessoas [...]

No escopo do tema, o Supremo Tribunal Federal manifesta-se:

[...] 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 e que 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 [...].

Em obediência aos direitos fundamentais e suas dimensões, a Constituição Federal de 1988 tratou de frisar a importância dos direitos da chamada terceira dimensão. Direitos de terceira dimensão são aqueles que emergiram após a Segunda Guerra Mundial e envolviam laços de fraternidade e solidariedade. São ligados ao progresso, ao meio ambiente, mas, sobretudo, à proteção do gênero humano. Nesse sentido, ensina Alarcón (2004, p. 81):

[...] a aparição dessa terceira dimensão dos direitos fundamentais evidencia uma tendência destinada a alargar a noção de sujeito de direitos e do conceito de dignidade humana, o que passa a reafirmar o caráter universal do indivíduo perante regimes políticos e ideologias que possam colocá-lo em risco, bem como perante toda uma gama de progressos tecnológicos que pautam hoje a qualidade de vida das pessoas, em termos de uso de informática, por exemplo, ou com ameaças concretas à cotidianidade da vida do ser em função de danos ao meio ambiente ou à vantagem das transnacionais e corporações que controlam a produção de bens de consumo, o que desdobra na proteção aos consumidores na atual sociedade de massas.

Nesse diapasão, um dos fundamentos do texto constitucional e, conseqüentemente, de todo o estado democrático brasileiro é a dignidade da pessoa humana. Diversos dispositivos mencionam proteção e garantia dos direitos da pessoa humana. Sendo, portanto, pautada em um ideal de proteção humanista, a Constituição Federal de 1988 inovava em diversos aspectos que outrora não possuíam o zelo jurídico estatal. A título de exemplos dos dispositivos legais, é possível mencionar os objetivos fundamentais do Estado brasileiro (art. 3.º), a união estável (art. 226, § 3.º) e a família monoparental (art. 226, § 4.º), estes últimos frutos de uma mudança do contexto familiar da época e de como a sociedade orienta os reflexos no ordenamento jurídico.

A Constituição Federal de 1988 inovou também na questão eleitoral, onde os cidadãos tinham o direito de votar em seus representantes políticos nas esferas municipal, estadual e federal. Ademais, a nova constituição previa que os analfabetos e adolescentes com idade entre 16 e 18 anos poderiam exercer o direito ao voto. Ainda com base em princípios humanitários, a Constituição Federal de 1988 trouxe de volta ao ordenamento jurídico brasileiro

o *Habeas Corpus* e criava o *Habeas Data* que permitia o acesso a informações em qualquer órgão público.

O rigor da nova constituição e o respeito aos direitos humanos tornou os crimes de tortura e racismo inafiançáveis, permitiu que diversos direitos trabalhistas fossem reconhecidos e obrigatórios, como por exemplo o direito a férias remuneradas com um adicional de 1/3 do valor do salário e a licença-paternidade. Ademais, as relações jurídicas entre o cidadão e as instituições do poder judiciário foram estreitadas com a criação do mandado de injunção - que possuía a proposta de intermediar uma situação de claro direito que não possuía lei regulamentadora - e a possibilidade da impetração de mandado de segurança para qualquer direito constitucional violado ou sinal de abuso de poder.

A proteção ao meio ambiente também é destaque na nova constituição, mas não somente por si, vale destacar a preocupação do constituinte em garantir os direitos de comunidades descendentes de quilombolas e das populações indígenas no que concerne às suas propriedades.

3.3 Valorização da família e do afeto no ordenamento jurídico brasileiro

A Constituição Federal de 1988 ratificou as normas que garantiam determinados direitos, por exemplo, a gratuidade do casamento e a garantia dos efeitos civis ao casamento religioso. Entretanto, inovou em alguns pontos. Passou a reconhecer como família a união estável entre homem e mulher, igualou homem e mulher na sociedade conjugal, além de cessar quaisquer sobreposições de direitos de um cônjuge em detrimento de outro. Sobre o explanado, Theodoro Júnior (1998, p.34) citando Gomes, explica:

A Constituição de 1988 realizou enorme progresso na conceituação e tutela da família. Não aboliu o casamento como forma ideal de regulamentação, mas também não marginalizou a família natural como realidade social digna de tutela jurídica. Assim, a família que realiza a função de célula provém do casamento, como a que resulta da “união estável entre o homem e a mulher” (art. 226, §3º), assim como a que se estabelece entre “qualquer dos pais e seus descendentes”, pouco importando a existência, ou não, de casamento entre os genitores (art. 226, §4º).

O pioneirismo da Constituição Federal de 1988 em equiparar os filhos provenientes de adoção aos filhos de origem sanguínea, além de reconhecer como família a relação decorrente do companheirismo, a torna o primeiro dispositivo jurídico dentro do ordenamento brasileiro a reconhecer e igualar o afeto como formador de família, assim como já era existente com os laços sanguíneos e o casamento.

A promulgação da nova constituição era uma porta de entrada para a legislação infraconstitucional dar cada vez mais importância ao tema. A Lei nº8.971/94 dispõe sobre o direito dos companheiros a alimentos e a sucessão e a Lei nº 9.278/96, que regula o artigo 226 da Constituição Federal que trata sobre a união estável, foram sancionadas visando a tutela jurídica mais ampla aos elementos do contexto familiar.

Entretanto, de maior relevância para o tema, foi a promulgação da Lei nº 10.406/2002, o atual Código Civil do Brasil. O novo código tratou de delimitar, de forma expressa, a igualdade dos cônjuges no ambiente familiar, deu fim ao modelo patriarcal proposto pelo Código Civil de 1916, legitimou a dissolução do vínculo conjugal por meio da separação judicial e do divórcio, equiparou filhos adotivos aos de sangue, reconheceu os direitos decorrentes do concubinato, bem como a regulamentação da união estável entre homem e mulher.

A valorização do afeto dentro do novo corpo legislativo proposto pela Constituição Federal de 1988 é evidente ao observar o Código Civil de 2002. O referido dispositivo, ao equiparar as relações consanguíneas com as afetivas e ao dispensar algumas solenidades para o reconhecimento da família, faz com que o afeto seja suficiente para o reconhecimento de alguns atos que outrora seriam reconhecidos apenas enquanto jurídicos. Muito embora o afeto não esteja expressamente mencionado no corpo constitucional, o constituinte tratou de dar a importância devida ao mesmo, conforme cita Dias (2009):

[...] ao serem reconhecidas como entidade familiar merecedora da tutela jurídica as uniões estáveis, que se constituem sem o selo do casamento, tal significa que o afeto, que une e enlaça duas pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico. Houve a constitucionalização de um modelo de família eudemonista e igualitário, com maior espaço para o afeto e a realização individual.

Destarte, o afeto é tido como algo que vai além dos valores jurídicos ou familiares. O afeto tem base em toda e qualquer relação entre os membros de uma sociedade, seja na família, nas relações do trabalho, nas relações que envolvam amizade etc. O afeto está presente na sociedade de forma intrínseca, mas principalmente na mais vital instituição formadora dos indivíduos, quer seja, a família. Nesse sentido, segue precisa lição de Fachin (2009):

Na transformação da família e de seu Direito, o transcurso apanha uma 'comunidade de sangue' e celebra, ao final deste século, a possibilidade de uma 'comunidade de afeto'. Novos modos de definir o próprio Direito de Família. Direito esse não imune à família como refúgio afetivo, centro de intercâmbio pessoal e emanador da felicidade possível [...]. Comunhão que valoriza o afeto, afeição que recoloca novo sangue para correr nas veias do renovado parentesco, informado pela substância de sua própria

razão de ser e não apenas pelos vínculos formais ou consanguíneos. Tolerância que compreende o convívio de identidades, espectro cultural, sem supremacia desmedida, sem diferenças discriminatórias, sem aniquilamentos. Tolerância que supõe possibilidade e limites. Um tripé que, feito desenho, pode-se mostrar apto a abrir portas e escancarar novas questões. Eis, então, o direito ao refúgio afetivo.

Nesse diapasão, os Enunciados nº 103 e nº 108 da I Jornada de Direito Civil realizada pelo Conselho da Justiça Federal, demonstra a importância e valoriza o afeto diante das relações familiares:

Enunciado nº 103 – O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.

Enunciado nº 108 – No fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consanguínea e também a socioafetiva.

Portanto, é nítida a tutela do ordenamento jurídico brasileiro ao afeto. Em especial a Constituição Federal de 1988 que, por meio de princípios e fundamentos, tratou de valorizar as relações afetivas dentro do Direito de Família.

4 LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL PÓS CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 foi o marco da defesa dos direitos e garantias dos brasileiros. A partir de então, toda a legislação subsequente passou a ter traços mais humanistas, bem como voltados à defesa de minorias. A hierarquia exercida pela Constituição Federal de 1988 dava força à criação de leis que tratassem com maior rigor assuntos que anteriormente não possuíam toda a atenção estatal.

4.1 O Estatuto da Criança e do Adolescente

Ainda no escopo do Direito de Família, respeitando aos novos princípios elucidados pela Constituição Federal de 1988, no ano de 1990 foi promulgada a Lei 8.069, que estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Em seu artigo 19, o ECA, em conformidade com a constituição, reconhece o direito à convivência familiar de crianças e adolescentes, ou seja, a criança ou adolescente tem o direito de ser criado pela sua família, seja ela sua família de origem ou uma família substituta.

Por consequência, aquela criança ou adolescente que for retirado do ambiente familiar, em razão de programa de acolhimento institucional, será recolhido em sua família ou em família substituta, segundo decisão de um juiz. A decisão será fundamentada como base em laudos e relatório de uma equipe de profissionais.

O ECA também consolida o princípio da igualdade proposto pela constituição ao trazer, de forma expressa, a igualdade de tratamento entre os filhos. Esta igualdade está presente no artigo 20 do ECA e visa por fim à diferença entre filhos, ainda que fora do casamento os quais eram chamados de bastardos e sofriam grande rejeição por parte da sociedade. Os efeitos dessa igualdade podem ser visualizados em diversos aspectos, como, por exemplo, os direitos sucessórios. Seja de laços consanguíneos, adotivo ou de fora do casamento, não pode haver distinção de tratamento dos filhos em razão de sua concepção.

Ademais, no tocante ao tema, o ECA traz uma novidade quanto ao reconhecimento de filiação. O Código Civil de 1916 proibia o reconhecimento de filhos de fora do casamento, entretanto, essa proibição caiu por terra com o artigo 26 do ECA, que permitia o reconhecimento feito conjunta ou separadamente, por testamento, mediante escritura ou outro documento público. Respeitando a igualdade entre os filhos, não havia também, portanto,

distinção quanto ao reconhecimento dos mesmos, sendo reconhecidos os filhos havidos dentro ou fora do casamento.

O princípio da isonomia, presente na constituição, guiou o ECA para dar fim a uma expressão machista, fruto de uma sociedade patriarcal e arcaica, que ainda não reconhecia a igualdade entre os cônjuges no casamento. A expressão “poder pátrio”, reconhecida como o poder do pai, quer seja, da figura do homem, dentro do ambiente familiar, caiu por terra com o ECA. O artigo 21 do dispositivo diz que:

O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Sobre o poder de família, Diniz (2012, p. 601) o define como:

O conjunto de direitos e obrigações quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.

Por fim, é mister ressaltar que o poder familiar não se extingue com a separação, divórcio ou dissolução da união estável, continuando os pais responsáveis pelo sustento e educação dos filhos, ainda que venham a casar futuramente com outros pares.

O ECA ainda prevê uma classificação das famílias por alguns critérios. A primeira classificação é chamada de Família Natural, sendo compreendida como a família que a criança nasceu e se desenvolveu, quer seja, com seus pais naturais, conforme artigo 25 do ECA. O conceito de família natural é desprendido da ideia de casamento ou qualquer tipo de união, conforme ensina Lenza (2012, p.1213):

Aprimorando o sistema anterior, que só reconhecia a sociedade biparental (filhos de pai e mãe, tanto que as mães solteiras eram extremamente marginalizadas), fundado em ultrapassado modelo patriarcal e hierarquizado (Código Civil de 1916), a Constituição de 1988 reconheceu a família monoparental.

O artigo 25 do ECA, em seu parágrafo único, traz o conceito de família extensa a qual pode ser compreendida como aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.

Por último, o ECA define a família substituta, como sendo aquela que recebe a criança ou adolescente que está impossibilitado de conviver com sua família natural. O artigo 28 do ECA dispõe que a família substituta será definida por meio de guarda, tutela ou adoção.

4.2 As principais novidades do direito de família no Código Civil de 2002

Conforme citado no capítulo anterior, o Código Civil de 2002 inovou em diversos aspectos do direito de família, muito embora este código tenha sido escrito antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, o mesmo tem um caráter mais humanista, mais justo e focado em princípios que saem em defesa da dignidade da pessoa humana, mais voltado à importância do afeto nas relações sociais e da família. O projeto de lei foi redigido em 1984, entretanto, sua promulgação ocorreu de forma tardia, quase 20 anos depois.

Entre as principais mudanças do referido código no tocante ao direito de família, é mister destacar a mudança na maioridade plena. A maioridade, que outrora era de 21 anos, passaria a ser de 18 anos, conforme artigo 5º do Código Civil de 2002. A mudança proposta era reflexo de uma transformação de todo um contexto social da época. O amadurecimento precoce dos jovens, uma sociedade com mais acesso à informação, à educação e outros fatores possibilitaram essa mudança legislativa. Por consequência deste artigo, para o direito de família, fica clara a sua importância para algumas questões como, por exemplo, o casamento. É evidente que o legislador quis equiparar a responsabilidade de um jovem que já possui capacidade para o trabalho, bem como já pode exercer a sua cidadania na política, ambos com maioridade de 18 anos.

Vale destacar, também, a igualdade entre os cônjuges proposta de forma expressa no Código Civil de 2002. A igualdade de direitos e obrigações entre pares está presente no artigo 1.511 do Código Civil de 2002, que diz: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade dos cônjuges, e institui a família legítima”. Ademais, em seu artigo 1.515, o referido código trazia outra novidade, mas desta vez, referente aos efeitos jurídicos do casamento religioso: “O casamento religioso, que atender às exigências da lei para a validade do civil, equipara-se a este, desde que inscrito em registro próprio, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração”. A denominação utilizada pelo código refere-se a casamento como ato civil e a matrimônio como ato religioso.

Uma das grandes propostas inauguradas pelo Código Civil de 2002 era a ideia de desconstruir o conceito de casamento e entidade familiar ligado a questões formais ou

sinônimas. Em respeito ao artigo 226, § 3º da Constituição Federal de 1988, o referido código aceitava a união estável como união reconhecidamente formadora de uma família. Entretanto, especifica a diferença entre união estável e concubinato. A união estável é conceituada pelo código como sendo uma união informal de pelo menos cinco anos entre pessoas que não sejam impedidas legalmente de casar, garantindo direitos. Já o concubinato é conceituado como fruto de uma relação entre pessoas que são impedidas de casar, dessa forma impedidas de direitos. Por fim, o código ainda em respeito aos princípios constitucionais, trata de por fim à diferença entre os filhos consanguíneos e adotivos.

4.3 Lei Maria da Penha

A Lei nº 11.340, sancionada em 7 de agosto de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha, foi criada com o propósito de viabilizar “mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências”.

Fruto de uma concepção arcaica e patriarcal de família, a sociedade brasileira por um bom tempo foi inerte em relação ao machismo existente nas relações conjugais e/ou familiares. Até mesmo o Estado, como reflexo da sociedade, nada interferia em tais relações. Por consequência dessa omissão e tomada normalidade, eram comuns casos de agressão física e psicológica dos homens contra suas companheiras. Nesse diapasão, A Lei Maria da Penha mudou todo um panorama dentro da sociedade e dos efeitos deste panorama dentro do mundo jurídico. A referida lei representa um marco e um resgate moral da cidadania feminina, garantindo a igualdade preconizada pela Constituição Federal de 1988. Porém, as mudanças trazidas pela Lei Maria da Penha possuem foco na seara penal e assistencial, não tendo, portanto, muito impacto para o presente estudo.

4.4 Novo Código de Processo Civil

O novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105 de 2015, em vigor no Brasil desde o dia 17 de março de 2016 traz algumas mudanças relativas ao direito de família. Com o intuito

de proporcionar maior celeridade processual, o referido código deu atenção especial ao divórcio, no qual consta, no parágrafo único do artigo 713 uma alteração processual sobre a partilha de bens. Caso não haja acordo durante a partilha, o divórcio será homologado anteriormente à sentença sobre a partilha. A medida tem por objetivo acelerar o processo de divórcio, dando aos cônjuges a possibilidade de tornarem-se solteiro novamente de forma mais breve. Para o tema do presente estudo, essa sutil alteração é de cabal importância, uma vez que com maior celeridade no divórcio, é evidente que o respeito à liberdade dos cônjuges é garantido de forma que ambos poderão contrair outro casamento o mais breve possível, caso assim o queiram. Destarte, o Código de Processo Civil de 2016, em respeito aos ditames constitucionais, garante aos pares a brevidade em retomar sua liberdade e intimidade, mas, desta vez, após o divórcio.

As mudanças relativas à pensão alimentícia também podem ser vistas como reflexo de um ordenamento jurídico mais humanista e garantidor dos direitos fundamentais. O Código de Processo Civil de 2016 diz que o devedor de alimentos terá sua pena cumprida em regime fechado, conforme elucida o parágrafo 4º do artigo 528 do referido código. O maior rigor quanto à punição do devedor de alimentos reflete a preocupação do legislador em garantir que os beneficiários tenham seus direitos respeitados. Do ponto de vista constitucional, é reflexo de processo de mudanças legislativas e sociais que buscaram o reconhecimento dos filhos independentemente da condição dos pais.

5 A UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR

Sob o prisma do afeto como instituidor da família após o advento da Constituição Federal de 1988, torna-se evidente a maior amplitude do conceito de família. Elementos como o casamento, consanguinidade ou a oposição do sexo entre pessoas que se unem, deixam de ser obrigatórios no reconhecimento da entidade familiar. Logo, o princípio da afetividade passa a nortear as relações e conceitos sobre a família. No ordenamento jurídico do Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a união estável de pessoas do mesmo sexo, garantindo-lhes os mesmos direitos perante o Estado, assim como os heterossexuais os tinham.

5.1 Entendimento do Supremo Tribunal Federal

O reconhecimento do STF é pautado diante do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que é a liberdade para dispor sobre a própria sexualidade do indivíduo que está em jogo. Ademais, o princípio da igualdade também é âncora para este reconhecimento, conforme artigo 5º da Constituição Federal de 1988: “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. Nesse diapasão, depreende-se que a sexualidade do indivíduo diz respeito à sua intimidade e vida privada, as quais são direitos da personalidade. O parágrafo primeiro do já citado artigo é base normativa para a proteção à sexualidade de cada indivíduo. Portanto, o respeito à sexualidade pode ser visto como integrante do princípio da dignidade da pessoa humana e, sobretudo, como cláusula pétrea.

Embora reconhecidamente necessária do ponto de vista constitucional, o reconhecimento do STF foi alvo de críticas por uma parte mais conservadora da sociedade. Entretanto, o STF, no seu papel de guardião da Constituição, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4.277/DF, posicionou-se a favor dos direitos e garantias previstos na Constituição Federal de 1988. Da relatoria do Ministro Ayres Britto, segue trecho do entendimento do STF:

A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros

direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. 5. Divergências laterais quanto à fundamentação do acórdão. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. Interpretação do art. 1.723 do Código Civil em conformidade com a Constituição Federal (técnica da “interpretação conforme”). Reconhecimento da união homoafetiva como família. Procedência das ações. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

Entretanto, muito embora a Constituição Federal de 1988 anote em seus princípios e garantias as noções de igualdade e de respeito à dignidade da pessoa humana, vale ressaltar que o reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo se deu de forma paulatina. O processo de transformação do pensamento restrito da sociedade sobre o casamento foi fundamental durante essa caminhada para a mudança de postura do entendimento dos tribunais. Sobretudo o STF que, em consonância com os modelos contemporâneos de família, notoriamente passou a tutelar jurisdicionalmente as uniões homoafetivas, mas não somente isso, passou também a reconhece-las como entidade familiar. Durante o julgamento do Recurso Especial 477.554, de relatoria do Ministro Celso de Mello, ficou explícito o reconhecimento à união civil entre pessoas do mesmo sexo:

Ementa: União Civil entre pessoas do mesmo sexo - Alta relevância social e jurídico-constitucional da questão pertinente às uniões homoafetivas - Legitimidade Constitucional do reconhecimento e qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar: Posição consagrada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF) - [...] A dimensão constitucional do afeto como um dos fundamentos da família moderna. - O reconhecimento do afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: um novo paradigma que informa e inspira a formulação do próprio conceito de família. Doutrina. Dignidade da Pessoa Humana e Busca pela Felicidade - 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, e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Doutrina. - 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. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana. Positivização desse princípio no plano do direito comparado [...]

O entendimento do STF encontra base do reconhecimento dado ao valor do afeto nas relações familiares. Não é o casamento que deve ser protegido pelo Estado, mas é o casamento o instituto criado para proteger a família e a dignidade de seus membros. Fica nítido, portanto, que o Estado deve voltar seus esforços para reconhecer e garantir os direitos de todas as pessoas, sem distinções de qualquer natureza.

A decisão do STF do referido Recurso Especial tem efeito *erga omnes*, ou seja, vale para todas as pessoas. Com exceção aos impedimentos previstos em lei, quaisquer pessoas que busquem se unir e ter seus direitos reconhecidos por meio de registro de uma união civil, poderão pleiteá-los normalmente, independente dos gêneros dos proclamantes. Nesse sentido, o artigo 1.723 do Código Civil, que consagra: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”, deixa de constituir um impedimento para o reconhecimento da entidade familiar, uma vez que sua interpretação constituiria preconceito e discriminação. Deve-se levar em conta, portanto, que à luz da nova interpretação da Constituição Federal de 1988 levantada pelo STF, o reconhecimento da entidade familiar passa a ser mais amplo que o citado no dispositivo.

6 PERSPECTIVAS PARA O DIREITO DE FAMÍLIA NO BRASIL

As constantes mutações do instituto familiar no Brasil criaram diversos modelos reconhecidos como família. As famílias monoparentais, recasadas (cônjuges de outros pares outrora) e as famílias com pais do mesmo sexo. Muito embora sejam concepções de família diferentes da família tradicional, ainda assim tem por objetivo o mesmo deste, quer seja, o perfeito desenvolvimento e convivência entre os seus membros. Para isto, portanto, independe a condição dos membros da família, mas tão somente o afeto entre eles.

O avanço tecnológico contribui para o surgimento desses variados modelos de família. As clínicas de reprodução assistida, além dos mais variados meios científicos já existentes, facilitam a criação de vínculos familiares que outrora seriam impossíveis. A ciência já permite que um novo integrante de uma família seja gerado sem que os pais sequer já tenham tido contato. Por outro lado, garante que uma mulher casada com um homem estéril que deseja ter um filho, possa concebê-lo a partir de um espermatozoide gentilmente doado. Todas essas situações acabam ampliando a gama de situações as quais o Direito de Família precisa estar atento.

A crescente emancipação feminina também é fator determinante nas mudanças dos modelos de família. É cada dia mais comum as mulheres chefiarem o ambiente familiar, com a ausência de um homem, muito embora, muitas vezes haja uma criança com a ausência paterna, é bastante comum a presença de outros familiares, como avós e tios a suprir essa ausência.

A grande quebra do paradigma do casamento indissolúvel possibilitou que os cônjuges insatisfeitos possam buscar sua separação sem maiores condenações morais. Com o aumento de divórcio, cresce também o número de famílias recasadas, ou seja, famílias constituídas por pessoas que foram casadas anteriormente com outras pessoas.

Por fim, as famílias constituídas por homossexuais merecem igual tratamento pelo ordenamento jurídico brasileiro. Vale destacar que o processo de amadurecimento legislativo e social sobre o tema ainda é paulatino, mas as mudanças já começam a produzir seus efeitos e a terem impacto significativo.

Portanto, seria de grande impacto positivo a criação de uma legislação que contemple os diversos modelos de família existentes e vindouros no Brasil, uma vez que, muito embora a Constituição Federal de 1988 possua um caráter progressista e humanista, o atual Código Civil do Brasil, responsável por regulamentar grande parte do Direito de Família no

Brasil, ainda é defasado em diversas questões atinentes ao tema, uma vez que o mesmo é datado de um projeto do século passado.

Entretanto, há certo entendimento entre os tribunais superiores no sentido de vislumbrar o modelo familiar ao maior número de casos o quanto possível. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm sido inovadores em várias decisões proferidas, muitas vezes rompendo com os padrões de família impostos pelo conservadorismo que esteve presente no Brasil por séculos.

A pluralidade de modelos familiares deve ser bem vista com bons olhos pelos legisladores brasileiros. As famílias distintas do modelo convencional não devem ser vistas como anormais ou sinistras, mas devem ser encaradas como famílias que surgem de acordo com as mudanças da sociedade em sua contemporaneidade.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto da família no Brasil sempre caminhou de mãos dadas com o contexto social do país. A mutação do conceito de família acompanhou a mutação legislativa, interpretativa e principiológica do ordenamento jurídico. Ainda quando colônia, o Brasil já manifestava suas tendências positivas. Tratava de suas relações jurídicas com base em tratados assinados por Portugal que, à época, era um país com tradição católica muito forte. Logo, é possível extrair que os primeiros conceitos de família que começaram a tomar forças na sociedade da época, eram aqueles que envolviam a celebração religiosa do matrimônio, ou seja, o casamento.

Entretanto, com o passar dos séculos, a Igreja católica foi perdendo espaço nas relações jurídicas, de modo que o casamento passou a ter seus efeitos vinculados civilmente independentemente do cunho religioso. Foi um progresso, entretanto, a jornada apenas iniciava-se. A sociedade adotara um modelo patriarcal de família, onde o homem era o detentor do poder de decisão, da responsabilidade e honra da família. Muito provavelmente este é um resquício da formação cultural proporcionada pela Igreja na época.

Contudo, passou a ser mais frequente a relativização do poder, até então absoluto, do homem. Já no século XX, a iniciativa legislativa foi marcante a reconhecer direitos à mulher assim como já existia o reconhecimento para o direito dos homens. A Constituição Federal de 1988 representa um marco da defesa da igualdade entre homem e mulher no seio familiar. Não obstante, as uniões que não passavam pela solenidade do casamento, passaram a ter atenção dos legisladores brasileiros. A união estável passou a equiparar-se em direitos com o casamento formal. Os filhos adotivos equiparavam-se com os filhos de laços sanguíneos, sem distinção alguma.

No Brasil, até a segunda metade do séc. XX, o paradigma familiar era visto como a comunhão de interesses por uma vida conjunta ligada por interesses formais. Entretanto, já no fim do séc. XX e início do séc. XXI, dois fenômenos contribuíram para a quebra desse paradigma: a emancipação feminina e a concentração urbana. Ambos foram fatores determinantes para romper com barreiras antes intransponíveis, uma vez que o modelo de família teve que ser tornar mais flexível para pairar sobre as diversas peculiaridades de cada lar.

Entretanto, anteriormente a esse rompimento do modelo familiar tradicional, o Direito de Família pouco possibilitava a pluralidade de modelos de família, pois foi apenas com

o advento da Constituição Federal de 1988 que essa demanda pode ser solucionada de forma principiológica e genérica, uma vez que outrora eram assuntos tratados apenas, em parte, pelo Estatuto da Mulher Casada e a Lei do Divórcio.

A sociedade é o motor propulsor de todo um ordenamento jurídico e, por consequência disto, os legisladores precisam acompanhar as frequentes transformações da mesma. Isso pode ser observado já no início do século XXI, quando as questões antes tidas como tabus, passaram a ser questionadas. O machismo e a homofobia são exemplos pertinentes. O machismo começa a ser colocado em pauta ainda no século XX, mas a homofobia é tema de grandes debates já no início deste século. Debates cada vez mais frequentes, possibilitaram à sociedade ir rompendo algumas barreiras de preconceito, a fim de garantir o bem-estar no convívio em sociedade dos indivíduos independentemente de sua sexualidade.

Nesta direção caminha todo o ordenamento jurídico. O STF já deixou claro seu posicionamento sobre a união estável de pessoas do mesmo sexo. Entende que a união entre duas pessoas não precisa do binômio homem e mulher, mas sim da representatividade do afeto entre as mesmas, independente da sexualidade em consonância com o que diz a Constituição Federal de 1988. Uma definição legal da família brasileira pode ser vista na Lei nº 11.340 de 2006, onde a família pode ser juridicamente compreendida como “comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; independentemente de orientação sexual” (art. 5º, inciso II, e parágrafo único).

Portanto, é mister salientar que a Constituição Federal consolidou princípios que são dotados de supremacia ao se relacionarem com o ordenamento jurídico brasileiro no tocante ao Direito de Família. Princípios como o da dignidade da pessoa humana, o da liberdade e o da igualdade são facilmente observados no corpo constitucional.

O avanço na proteção dos direitos fundamentais envolvendo a família é evidente, entretanto, a sociedade ainda caminha a passos curtos para romper com todos os preconceitos advindos de séculos de um país extremamente conservador. A Constituição e o seu guardião, o STF, possuem vital importância neste processo de amadurecimento jurídico. Por outro lado, a sociedade caminha junto nesta mutação. As escolas, a mídia e, por que não, a própria família, têm vital importância no amadurecimento da sociedade para a aceitação nos modelos plurais de família. Os preconceitos precisam ser rompidos, mas, sobretudo, esclarecidos.

Portanto, o conceito de família no ordenamento jurídico brasileiro, deriva-se de uma série de transformações e mudanças legislativas, mas, sobretudo, sociais. Atualmente busca-se

um conceito que respeite a dignidade da pessoa humana, um modelo pautado no respeito à pluralidade de situações. A entidade familiar precisa ir muito além dos modelos formais outrora propostos pelo Estado. O conceito de família precisa extirpar quaisquer preconceitos advindos de representações que estejam em desconformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana. A família precisa ser o seio acolhedor de qualquer indivíduo, sem preconceito de qualquer natureza, respeitando a liberdade, a intimidade e a dignidade de seus membros.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **O patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004, p. 81.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 10 de dezembro de 2017.

BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 de dezembro de 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Adoção e a espera do amor**. 2009. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/site/content.php?cont_id=1042&isPopUp=true>. Acesso em: 03 de janeiro de 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Família, ética e afeto**. Consulex. Brasília: Consulex, 15 abr. 2004, n. 174. p. 34-35.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de família**. 4. ed rev, atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. 2012. **Curso de direito civil brasileiro – vol. 5. Direito de família**. São Paulo: Saraiva. 27ª ed.

ENCONTRO DOS JUÍZES DE FAMÍLIA DO INTERIOR DE SÃO PAULO, 1., 10 nov. 2006, Piracicaba. Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2006. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=243>>. Acesso em: 28 de dezembro de 2017

FACHIN apud CUNHA, M. E. de O. **O afeto face ao princípio da dignidade da pessoa humana e seus efeitos jurídicos no Direito de Família**. Instituto Brasileiro de Direito de Família, Belo Horizonte, jan. 2009. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=482>>. Acesso em: 28 de dezembro de 2017

GOMES, O. **Direito de Família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 40.

LENZA, Pedro. 2012. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva. 18ª ed.

NOGUEIRA, Mariana Brasil. **A Família: Conceito E Evolução Histórica E Sua Importância**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18496-18497-1-PB.pdf>>. Acesso em: 12 de dezembro de 2017.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil. V. 6.** São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STF. HC 95464, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/02/2009. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3097398/habeas-corporus-hc-95464-sp>> .Acesso em: 20 de dezembro de 2017.

STF. ACÓRDÃO EM RE 477.554, Relator (a): Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 16 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE477554.pdf>>. Acesso em: 17 de dezembro de 2017.

STF. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277>> Acesso em: 3 de janeiro de 2018

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família.** 14ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família.** v. 6. São Paulo: Atlas, 2007.

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Núcleo Integrado de Bibliotecas/UFMA

Silva, Almir Ribeiro.

O conceito de família no ordenamento jurídico brasileiro : uma análise a partir da transformação social e seu reflexo no direito / Almir Ribeiro Silva. - 2017.
35 f.

Orientador(a): Valéria Maria Pinheiro Montenegro.

Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, Maranhão, 2017.

1. Brasil. 2. Conceito. 3. Família. I. Montenegro, Valéria Maria Pinheiro. II. Título.