

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE DIREITO**

Gilson Ezequiel do Couto

Família e Constituição: Acepção de Família na Constituição da República de 1988

**Juiz de Fora
2015**

Gilson Ezequiel do Couto

Família e Constituição: Acepção de Família na Constituição da República de 1988

Dissertação apresentada ao Programa de Graduação em Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Me. Brahwlio Soares de Moura Ribeiro Mendes.

Juiz de Fora

2015

Ficha catalográfica elaborada através do programa de geração automática da Biblioteca Universitária da UFJF, com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

Couto, Gilson Ezequiel do.

Família e Constituição : Acepção de Família na Constituição da República de 1988 / Gilson Ezequiel do Couto. -- 2015.
44 p.

Orientador: Brahwlio Soares de Moura Ribeiro Mendes
Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Universidade Federal de Juiz de Fora, Faculdade de Direito, 2015.

1. Direito. 2. Constituição. 3. Família. 4. Concepção. I. Ribeiro Mendes, Brahwlio Soares de Moura, orient. II. Título.

Gilson Ezequiel do Couto

Família e Constituição: Acepção de família na Constituição da República de 1988

Dissertação apresentada ao Programa de Graduação em Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em 2 de julho de 2015

BANCA EXAMINADORA

Me. Brahwlio Soares de Moura Ribeiro Mendes - Orientador
Universidade Federal de Juiz de Fora

Me. Fellipe Guerra David Reis
Universidade Federal de Juiz de Fora

Arthur Bastos Rodrigues
Universidade Federal de Juiz de Fora

Dedico este trabalho à minha mãe, a Sr.^a Madalena, que sempre me educou no caminho do correto,

Ao meu irmão, Gilberto, que foi como um pai para mim em meu crescimento,

À Renata, minha namorada, e ao Davi, meu enteado, pelo tempo que tive de lhes negar para a conclusão deste projeto.

“A gente pode morar numa casa mais ou menos, numa rua mais ou menos, numa cidade mais ou menos, e até ter um governo mais ou menos.
A gente pode dormir numa cama mais ou menos, comer um feijão mais ou menos, ter um transporte mais ou menos, e até ser obrigado a acreditar mais ou menos no futuro.
A gente pode olhar em volta e sentir que tudo está mais ou menos...

Tudo bem!

O que a gente não pode mesmo, nunca, de jeito nenhum...
é amar mais ou menos, sonhar mais ou menos, ser amigo mais ou menos, namorar mais ou menos, ter fé mais ou menos, e acreditar mais ou menos.
Senão a gente corre o risco de se tornar uma pessoa mais ou menos.”

(CHICO XAVIER)

RESUMO

A presente monografia visa realizar um estudo sobre o direito de família no âmbito constitucional, a fim de se estabelecer qual foi a direção tomada pela Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988 no que concerne à concepção de família, principalmente no tocante ao disposto no art. 226, e, por conseguinte, dependendo do resultado deste primeiro exame, entender a implicação jurídica aos jurisdicionados e ao direito em si. Em suma, este trabalho realizou um breve estudo histórico sobre a família, partindo-se dos primórdios das sociedades grega e romana, passando pelo período colônia brasileiro até chegarmos a sociedade contemporânea. Foi feito também um trabalho de coleta de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal com intuito aclarar a posição da mais alta Corte do país sobre o tema e em seguida foram estudados alguns textos de autores que se dedicaram sobre o assunto. Com base no conhecimento adquirido na pesquisa, considerando que o direito atual se centra na busca pela dignidade da pessoa humana e, por consequência, na busca da liberdade, do autodesenvolvimento e de felicidade individual, o art. 226 da Constituição Federal deve ser interpretado de forma ampla e aberta, isto é, como *numerus apertus*, pois não mais se sustenta o discurso contrário ao reconhecimento das relações familiares não-tradicionais.

Palavras-chave: Direito. Constituição. Família. Concepção.

ABSTRACT

This monograph aims to conduct a study on family law within the constitutional framework in order to establish what was the direction taken by the Constitution of the Federative Republic of Brazil enacted in 1988 regarding the family concept, particularly with regard to the provisions of Art. 226, and therefore, depending on the result of this first test, to understand the legal implication to claimants and to law itself. To summarize, this study conducted a brief historical study of the family, starting from the early days of Greek and Roman societies, through the Brazilian colonial period to reach contemporary society. It has also been made a work of jurisprudence collection of the Supreme Court in order to clarify the position of the highest court of the country on the subject and then some texts were studied by authors who have dedicated themselves about it. Based on the knowledge gained in research, considering that the current law focuses on the pursuit of human dignity and, consequently, in the pursuit of freedom, self-development and personal happiness, Art. 226 of the Federal Constitution must be interpreted in a broad and open, that is as *apertus numerus*, because it no longer holds the speech contrary to the recognition of non-traditional family relationships.

Keywords: Law. Constitution. Family. Conception.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AgR	Agravo Regimental
ARE	Recurso Extraordinário em Agravo
CF	Constituição Federal
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
PNAD	Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 A HISTÓRIA DAS FAMÍLIAS.....	12
2.1 O CASAMENTO NA GRÉCIA E NA ROMA ANTIGA.....	12
2.2 A HISTÓRIA DA FAMÍLIA NO BRASIL.....	15
3 A FAMÍLIA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	19
3.1 RE 397.762-8/BA – BAHIA.....	20
3.2 RE 558588 AGR/RS - RIO GRANDE DO SUL.....	22
3.3 ADPF 132/RJ - RIO DE JANEIRO E ADI 4.277/DF - DISTRITO FEDERAL.....	23
3.4 RE 477554 AGR/MG - MINAS GERAIS.....	25
3.5 RE 846.102 / PR - PARANÁ.....	26
3.6 ANÁLISE CRÍTICA DA SÚMULA 380 DO STF.....	27
4 JUSTIÇA, CONSTITUIÇÃO E FAMÍLIA.....	30
4.1 A NOÇÃO DE JUSTIÇA NO DIREITO.....	30
4.2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO.....	33
4.3 A FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	34
5 CONCLUSÃO.....	40
REFERÊNCIAS.....	42

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 dedicou o Capítulo VII do Título VIII – que trata da ordem social – para abordar sobre a proteção da família, das crianças, dos adolescentes, dos jovens e dos idosos. Quanto à família, especificamente, a Constituição cuidou do assunto em seu art. 226, o qual reproduzimos:

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.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

§ 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.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.¹

Esta monografia tem por escopo a realização de um estudo científico a fim de se estabelecer qual foi a direção tomada pela Constituição de 1988 no que concerne à concepção de família, principalmente no tocante ao disposto no artigo supracitado

A Constituição faz referência, de forma expressa, a três modelos familiares: o casamento civil, a união estável e a família monoparental. Contudo, remanesce a necessidade de saber se a Carta Magna reservou a outros modelos familiares não-tradicionais – que não estão expressamente previstos na Lei Fundamental –, espaço para que elas sejam reconhecidas e protegidas juridicamente.

Este trabalho não visa exaurir ou catalogar todas as espécies de relações familiares não-tradicionais; entretanto, a título de exemplo, podemos mencionar algumas, como se segue: 1) as uniões de parentes e pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe que a chefie, como no caso de grupo de irmãos; 2) as uniões de pessoas sem laços de parentesco que passam a conviver em caráter permanente, com laços de afetividade e de ajuda mútua, sem finalidade sexual ou econômica; 3) as uniões homossexuais, de caráter

1 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 13 de abril de 2015.

afetivo e sexual; 4) as uniões concubinárias, quando houver impedimento para casar de um ou de ambos companheiros; 5) a coexistência de uniões estáveis com o mesmo companheiro(a); 6) as comunidades afetivas formadas com “filhos de criação”, segundo generosa e solidária tradição brasileira, sem laços de filiação natural ou adotiva regular; entre outras que a vida pode proporcionar.

Sob o ponto de vista histórico-normativo, as constituições brasileiras guardavam somente às uniões consagradas pelo matrimônio a qualificação de “família” (LEWANDOWSKI, 2011)².

A Constituição de 1937, em seu artigo 124, estabelecia: “A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos”.

A Constituição de 1946, em seu art. 163, estipulava que “A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.”

A Constituição de 1967, por sua vez, em seu art. 167, dizia que “A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Podêres Públicos.”

A Emenda Constitucional n.º1 de 1969, que modificou de modo significativo a Constituição anterior dispôs: “Art. 175. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Podêres Públicos”.

Finalmente, foi a Constituição Federal de 1988 que abriu o leque permissivo, possibilitando o reconhecimento como entidade familiar – termo o qual voltaremos a tratar – das uniões estáveis e das uniões formadas por um dos pais e seus descendentes. Nas palavras de Zeno Veloso (apud DIAS, 2011, p. 30), a Constituição de 1988, num único dispositivo, espancou séculos de hipocrisia e preconceito. Maria Berenice Dias (2011, p. 30-31) completa:

[A Constituição de 1988] instaurou a igualdade entre o homem e a mulher e esgarçou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros. Estendeu igual proteção à família constituída pelo casamento, bem como à união estável entre o homem e a mulher e à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, que recebeu o nome de família monoparental. Consagrou a igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações.

No ano de 2011, em uma decisão inovadora nos processos da ADI 4.277³ e da ADPF 132⁴, o Supremo Tribunal Federal deliberou que as uniões homoafetivas são

2 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132/RJ – Rio de Janeiro. Relator Ayres Britto. Brasília, 5 de maio de 2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em 28 dez. de 2014.

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277/ DF - Distrito Federal. Relator Ayres Britto. Brasília, 5 de maio de 2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em 28 dez. de 2014.

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132/RJ – Rio de Janeiro. Relator Ayres Britto. Brasília, 5 de maio de 2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em 28 dez. de 2014

verdadeiramente entidades familiares. Tal decisão se fundamentou, em grande parte, na aplicação direta dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, dando interpretação conforme a Constituição ao disposto no art. 1.723 do Código Civil, ampliando os efeitos do dispositivo para atingir os casais homossexuais.

No Congresso Nacional, embora com focos distintos, há dois projetos de lei que ambicionam instituir um “Estatuto da Família”. O primeiro deles é o Projeto de Lei do Senado (PLS) n.º 470 de 2013⁵, proposto pela senadora Lídice da Mata, porém idealizado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), que visa regulamentar toda a matéria afeta à família no âmbito civil. O segundo, o Projeto de Lei de n.º 6.583, também do ano de 2013⁶, foi proposto pelo deputado Anderson Ferreira e tramita na Câmara dos Deputados. O projeto mira a regulamentação das atribuições do Estado e visa a criação de institutos para a proteção da família.

Não somente pela existência desses projetos, mas também para auxiliar na interpretação das normas vigentes, talvez seja importante se construir um conhecimento acerca da leitura que se deve dar à Constituição quando se trata do reconhecimento jurídico dos modelos familiares não-tradicionais, especialmente para se ter a percepção de que até que ponto é bem-vinda a regulamentação das famílias pelo legislador infraconstitucional.

5 BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado (PLS) n.º 470 de 12 de novembro de 2013. Institui o Estatuto da Família. Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=115242>. Acesso em 21 de maio de 2015.

6 BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n.º 6588 de 16 de outubro de 2013. Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005>>. Acesso em 21 de maio de 2015.

2 A HISTÓRIA DAS FAMÍLIAS

É comum que nas pesquisas do direito criar-se uma confusão entre a história dos fatos e a histórias das normas. Na maioria das vezes, dá-se prioridade à norma como se a realidade social refletisse o que está determinado nas leis.

Não estamos questionando que o foco do direito não seja o denominado “dever-ser”⁷, mas sim que é essencial também conhecer o “ser”, isto é, ter a noção da realidade histórico-social, a fim de se ter uma ideia dos elementos que fundamentam as estruturas das normas e dos institutos jurídicos contemporâneos.

Com o intuito de se compreender os fundamentos estruturantes da família brasileira contemporânea, percorreremos o passado, ainda que superficialmente, para se conhecer os costumes e os modos das famílias de cada época, bem como as leis que às influenciavam. Portanto, seguindo esta diretriz, buscaremos nesta seção traçar, mesmo que brevemente, a evolução das famílias, iniciando-se a análise pelo período antigo, especificamente nos primórdios dos povos romano e grego, passando então para o período colonial brasileiro, no século XIX, até chegarmos à era contemporânea.

2.1 O CASAMENTO NA GRÉCIA E NA ROMA ANTIGA.

O estudo das famílias na modernidade, inexoravelmente deve considerar as influências das antigas sociedades grega e romana. Não é por acaso que estas sociedades sejam aclamadas por muitos como o berço da civilização ocidental; inclusive, a tradição romana foi o elemento ideologicamente legitimador de um retrato legal do modelo de família “ideal” segundo os valores oitocentistas da época a elaboração do Código Civil de 1916 (RUZYK, 2005, p. 153).

Segundo o historiador francês FUSTEL DE COULANGES (1864)⁸ a religião foi o germen constitutivo da família na Grécia e na Roma antiga. O fundamento da família não era

7 No sentido a “ciência do direito” não estuda o estado atual das coisas (o “ser”), mas, sim, como elas deveriam ser e se comportar (“dever-ser”. A ciência do direito visa, portanto, a sua faceta normativa.

8 FUSTEL DE COULANGES, Numa-Deny. **A Cidade Antiga**. Título Original: La Cité Antique - Étude sur Le Culte, Le Droit, Les Institutions de la Grèce et de Rome. Publicado em 1864. Tradução: Frederico Ozanam Pessoa de Barros. Versão para eBook: eBooksBrasil/Exilado (epub e kindle). Digitalização do livro em papel: Editora das Américas S.A. - EDAMERIS, São Paulo, 1961.

o afeto natural; esse sentimento até poderia existir entre os familiares, mas nada representava para o direito antigo, o qual não lhe dava a mínima importância.

A sucessão não atendia a ordem do nascimento ou a do afeto natural entre os membros da família. Segundo as leis antigas de sucessão, mesmo que o pai amasse muito a sua filha, ela não poderia lhe suceder. A família antiga era mais uma associação religiosa do que uma associação natural; o que unia os seus membros não era o nascimento, o sentimento, ou a força física, mas sim a religião primitiva, isto é, a religião do fogo sagrado e dos antepassados. Certamente não foi a religião que criou a família, porém foi ela que lhe deu as regras (COULANGES, 1864).

Na religião primitiva, na Grécia e em Roma, as pessoas não veneravam os mesmos deuses, inclusive por aqueles que compunham a população da mesma cidade. Na verdade, cada família possuía os seus deuses, que eram representados por seus respectivos antepassados. Para melhor exemplificar, convém reproduzir um trecho da obra “A Cidade Antiga” de Fustel de Coulanges:

“O culto dos mortos de nenhum modo se assemelha ao que os cristãos dedicam aos santos. Uma das primeiras regras desse culto era que não ser observado senão pelos familiares de cada modo. Os funerais não podiam ser religiosamente observados senão pelo parente mais próximo. Quanto ao banquete fúnebre, que depois se celebrava em épocas determinadas, apenas a família tinha o direito de assisti-lo, e os estranhos eram severamente excluídos.”⁹

Cada família possuía um fogo sagrado como providência, que era intimamente ligado ao culto dos mortos. O fogo pertencia apenas a uma família, que não tinha nada em comum com o fogo da família vizinha, que representava outra providência e outros antepassados.

A religião primitiva se limitava ao círculo de uma casa. O culto não era público, as cerimônias eram celebradas apenas pelos familiares. Se uma cerimônia fosse assistida por um estranho, ela seria considerada perturbada e manchada por um único olhar, razão pela qual o fogo sagrado nunca era colocado fora da casa, nem mesmo em um local na casa que pudesse ser visto por alguém que não pertencesse ao círculo familiar.

Entretanto, pela necessidade de os filhos integrarem as suas esposas à família e aos seus cultos, a religião doméstica estabeleceu a instituição do casamento, como uma fórmula essencial para romper os laços que a esposa possuía com a família de seu pai possibilitando assim tomar parte nos cultos da religião do lar de seu marido. Como cabe observar, a religião doméstica se transmitia de varão para varão; à mulher cabia tão somente acompanhar os atos religiosos do pai ou, se casada, os do marido. Após o casamento, a mulher

9 Idem. Posição 430.

não tem mais nada em comum com a religião doméstica dos seus pais. Reproduzimos (COULANGES, 1864):

(...) o rapaz vai introduzir em seu lar uma estranha; em sua companhia, oficiará as cerimônias misteriosas do culto, revelando-lhe ritos e fórmulas, que constituem patrimônio de família.

(...)

Desse modo, quando penetramos o pensamento dos antigos, vemos a importância que tem para eles a união conjugal, e quanto lhe é imprescindível a intervenção da religião.

Entre os gregos, a cerimônia do casamento se compunha essencialmente de três atos. O primeiro, denominado *έγχυσης* (*enghyses*)¹⁰, se realizava diante do lar do pai da noiva; o segundo, *πομπή* (*pompe*)¹¹, era o ato que simbolizava a passagem do lar do pai para o lar do marido; e, por fim, o terceiro, *τέλος* (*télos*)¹², era celebrado no lar do marido (COULANGES, 1864).

O primeiro ato, realizado na casa paterna da nubente, na presença do pretendente e dos familiares, o pai da noiva oferecia um sacrifício e pronunciava uma fórmula sacramental, na qual ele declarava a entrega da filha ao homem que a pediu.

No segundo ato, a jovem não entrava por si mesma no novo lar. Era necessária uma simulação de um rapto; o noivo tinha que carregá-la, enquanto ela gritava um pouco e as mulheres que a acompanhavam a cerimônia fingiam defendê-la.

Por fim do terceiro ato, na casa do noivo, à frente do fogo sagrado, a noiva era colocada na presença da divindade doméstica de sua nova família. Após aspergida com água lustral, ela tocava a chama sagrada. Diziam-se orações e os novos esposos compartilhavam um bolo, um pão e algumas frutas simbolizando a comunhão religiosa e a comunhão com os deuses domésticos.

O casamento romano se assemelhava ao casamento grego, nos quais os atos eram denominados de *traditio*, *deductio in domum* e *confarreatio*.

Contudo, há uma ressalva, estas normas e tradições pertenciam tão somente à população original da respectiva cidade, pois as religiões do fogo e dos antepassados não admitiam, em regra, novos membros. Destarte, ficavam excluídos da tradição os imigrantes, os emancipados – os excluídos da família pelo *pater familias* – e os seus respectivos descendentes.

Em Roma, por exemplo, as famílias plebeias, tendo em vista que não participavam da religião da cidade, não possuindo a religião do fogo e dos antepassados, não observavam também o casamento religioso. A união conjugal repousava unicamente sobre uma convenção mutua entre as partes (*mutuus concensus*) e sobre o afeto que se haviam prometido (*affectio maritalis*). Não eram realizadas formalidades, nem civis, nem religiosas.

10 Introdução (Tradução livre).

11 Procissão (Tradução livre).

12 Fim (Tradução livre).

Porém, como a lei não reconhecia a família plebeia, recorreu-se à realização de uma venda ficta, em que a mulher era comprada pelo marido (*coemptio*) e, desde então, a reconhecia em direito como parte de sua propriedade (família). Se intentava, assim, produzir os mesmos efeitos para as relações civis de um casamento religioso (COULANGES, 1864).

2.2 A HISTÓRIA DA FAMÍLIA NO BRASIL

Em razão de sua obra “Casa-Grande e Senzala”, Gilberto Freyre é lembrado por estudar e retratar a família do período colonial brasileiro. Com base no historiador, podemos descrever a denominada “família patriarcal estendida”, no qual a família é chefiada por um patriarca que detém poder sobre seus filhos e esposa e também sobre agregados e escravos (ITABORAÍ, 2005).

A respeito do poder patriarcal, Gilberto Freyre vai além. Segundo ele a família patriarcal está muito além da relação de autoridade entre seus membros, ela compunha a unidade política, econômica e social, tendo um papel fundamental na definição de história brasileira (1994, p.22-23, apud ITABORAÍ, 2005). Nas palavras do autor:

Vivo e absorvente órgão da formação social brasileira, a família colonial reuniu, sobre a base econômica da riqueza agrícola e do trabalho escravo, uma variedade de funções sociais e econômicas. Inclusive, como já insinuamos, a do mando político: ou oligarquismo ou nepotismo, que aqui madrugou, chocando-se ainda em meados do século XVI com o clericalismo dos padres da Companhia. (...) Pela presença de um tão forte elemento ponderador como a família rural ou, antes, latifundiária, é que a colonização portuguesa do Brasil tomou desde cedo rumo e aspectos sociais tão diversos da teocrática, idealizada pelos jesuítas - e mais tarde por eles realizada no Paraguai - da espanhola e da francesa.

Não obstante, ao centrar a relação entre a casa-grande e a escravidão, Freyre acabou por ignorar as relações familiares que não se encontravam no modelo patriarcal, relações estas que ele denominou de “sanduichados”. Talvez o autor acabou se excedendo ao afirmar:

O que a monocultura latifundiária e escravocrata realizou no sentido de aristocratização, estremando a sociedade brasileira entre senhores e escravos, com uma rala e insignificante lambujem de gente livre sanduichada entre os extremos antagônico (...) (apud RUZIK, 2005, p. 111-112).

Caio Prado Jr. defende que, apesar de a sociedade colonial brasileira estar dividida entre senhores e escravos, os chamados “sanduichados” de Freyre seriam muito numerosos. Para Prado Jr., a historiografia brasileira, ao privilegiar por muito tempo o estudo sobre o sistema escravocrata do *plantation*, acabou por estereotipar a relação entre os senhores e os

escravos, relegando à irrelevância as pequenas e médias produções, que, segundo o autor, constituíam a grande maioria dos produtores no Brasil colônia (apud RUZYK, 2005, p. 112).

Essas relações familiares “sanduichadas” não seguiam o modelo familiar retratado por Freyre. A estrutura familiar era tão diverso quanto o era o estrato social. Todavia, apesar de não ser unânime, é inegável que o modelo familiar patriarcal foi decisivo na influência da codificação do Código Civil de 1916 (RUZYK, 2005, p. 112).

Com a vinda da Corte de D. João VI ao Brasil no início do século XIX, ensejou-se uma transferência do centro do poder político do nordeste para o sudeste, especialmente para o Rio de Janeiro, embora ainda houvesse grande influência da oligarquia pernambucana e baiana. Por consequência, abriu-se espaço para outras elites rurais e também para uma elite urbana que passou a se desenvolver pela “europeização” operada pela vinda da Corte portuguesa. Formou-se famílias menores do que as que pertenciam à casa-grande, eram conhecidas por famílias de “sobrado”, caracterizadas como entidades familiares de aspecto nuclear. (RUZYK, 2005, p. 114-115).

Ainda que a nova família brasileira surgida no período imperial não fosse estendida, ela se mantinha, no entanto, patriarcal. Ser nuclear não significava não haver uma relação autoritária entre seus membros, a família bem podia ser nuclear e patriarcal ao mesmo tempo. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk (2005, p.116), tomando por base as lições de Evaldo Cabral de Mello, descreve o traço do patriarcalismo nas famílias nucleares no século XIX:

Um bom casamento no Brasil oitocentista [...] é aquele em que a esposa atendia aos deveres de recato e boa-fama impostos pela condição feminina à época e vivia em harmonia com os familiares do marido, como sogros e cunhados.[...]
A inserção da nora na família era, não raro, possível fator de conflito, que podia ser neutralizado ou minimizado pelo tratamento recebido como nova parenta, na família de seu consorte. Daí o “êxito” atribuído ao chefe da família em manter a harmonia familiar.[...]

Por coincidência ou não, em decorrência de uma evolução histórico-social, é possível fazer um paralelo entre a família patriarcal brasileira e as famílias das antigas Roma e e Grécia (vide 2.1). Em ambos os ambientes a mulher era tratada com submissão, considerando que ela deixava a berço paterno para servir ao marido e à família deste. Em um ou outro estava marcada a desigualdade de gênero.

A família nuclear brasileira não foi predominante nas elites do século XIX; sua relevância, entretanto, devido a intensificação da urbanização e da industrialização, se amplia, até que se torna a formação de maior interesse no século XX (RUZYK, 2005, p. 124).

No final do século XIX e no início do XX, a afetividade tornou-se a marca da formação da família nuclear; porém, para a manutenção da união ainda predominava o caráter

transpessoal¹³. Esse modelo se refletiu no Código Civil de 1916, em que a mulher casada era considerada relativamente incapaz, estando sob os cuidados do chefe de família, ou seja, o marido. Clóvis Bevilacqua (1976, p. 169, apud RUZYK, 2005, p. 128), mentor do antigo código, justifica a diferenciação entre o homem e a mulher, *ipsis litteris*:

Mas que a mulher não foi talhada para as mesmas tarefas que o homem, para funções absolutamente iguais, tenho por irrecusável. Basta atender para a organização física de ambos, que dessa dissemelhança resultam forçosamente, diferenças funcionais umas fisiológicas outras puramente psíquicas. Como desconhecê-lo? Por que não afirmá-lo?

Na ótica de Nestor Duarte a família nuclear do século XX tinha por característica a procriação, tendo por papel gerar e dar assistência aos filhos, quando menores. Possuiria mais um papel biológico do que social, caso não fosse o conjunto de certos direitos e deveres e as relações de parentesco que lhe davam a feição social (1939, p. 134, apud RUZYK, 2005, p. 130).

No decorrer do século XX, a família que tinha o início marcado pelo afeto passa ter a sua manutenção apoiada também no mesmo sentimento. Há um trilhar no qual a família se afasta de uma perspectiva institucional para centralizar-se na realização pessoal de seus membros. Por consequência – ou, quiça, concomitantemente –, ocorre a flexibilização dos papéis familiares e a ampliação do leque de possibilidades socialmente aceitas como formações familiares, centrada em uma maior liberdade.

Se há maior liberdade para convivência conjugal também se configura a possibilidade de sua não-manutenção. Entretanto, tal liberdade não era perfeita, pois a família que iniciou no século XX era centrada no casamento indissolúvel. A única possibilidade era o desquite, no entanto, ainda permanecia o vínculo conjugal, estando os ex-cônjuges proibidos de contrair novo casamento. Não bastasse isto, o desquite era visto com olhos de reprovação, sobretudo no que diz à mulher, e as relações que se seguissem ao desquite eram recebidas com repúdio no meio social (RUZYK, 2005, p. 133).

Hoje, contudo, com a ruptura da hierarquização, com a igualdade de gênero, com a flexibilização de papéis – sobretudo pela emancipação da mulher – se reforça a busca pela formação de uma família em que o que importa é satisfação das necessidades afetivas de seus membros. Segundo Maria Berenice Dias (2011, p. 54), “A ideia de família formal, cujo comprometimento mútuo decorre do casamento vem cedendo lugar à certeza de que é o envolvimento afetivo que garante um espaço de individualidade e assegura uma auréola de

13 Isto é, a prevalência da família “como instituição, enfatizando as funções que daí se originam em detrimento da felicidade coexistencial, intersubjetiva, dos membros que a compõem (FACHIN, apud RUZYK, 2005, P. 18)

privacidade indispensável ao pleno desenvolvimento do ser humano.” É o que é denominado pela doutrina de família eudemonista, que busca a felicidade individual em um processo de libertação de seus membros.

Portanto, em um ambiente em que as uniões informais ganham espaço e, sobretudo, pelo reconhecimento social, faz com que o casamento deixe de ser reputado, mesmo entre as elites, a fonte única da formação social. Em outras palavras a família contemporânea tornou-se um fenômeno plural (RUZYK, 2005, p. 134).

3 A FAMÍLIA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como esse trabalho busca traçar os princípios e as regras constitucionais acerca da pluralidade de modelos familiares no direito brasileiro, é de suma importância conhecer o entendimento sobre o tema pelo Supremo Tribunal Federal (STF), como guardião da Constituição Federal.¹⁴

A pesquisa foi feita através de estudos de casos que foram selecionados por intermédio da ferramenta de busca de jurisprudência do próprio STF, disponível no sítio eletrônico do tribunal (www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/). Foram realizadas diversas buscas utilizando-se as seguintes palavras-chave: “entidade familiar e caracterização”, “concubinato”, “união estável”, “uniões estáveis” – no plural –, “monoparental” e “bigamia”.

Para possibilitar a realização da análise de jurisprudência e conhecer o posicionamento mais recente da mais alta corte do país, a seleção foi limitada aos julgados com data superior a 1º de janeiro do ano de 2000. Dos resultados das buscas foram eliminados os acórdãos ou decisões monocráticas que não analisassem a matéria (por exemplo, recursos rejeitados por demandar reexame de provas), que não fossem pertinentes ao tema-problema; ou que se relacionassem ao direito criminal. Por fim, foram eliminados os julgados referentes a processos repetitivos.

Vale ressaltar que da busca com a expressão “uniões estáveis” no sítio do Supremo Tribunal Federal – eliminados os resultados que não tratavam de relações conjugais simultâneas – resultou na seleção do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE 656298/SE¹⁵), que aguarda ser julgado pelo plenário, e do Recurso Extraordinário (RE 675330/GO¹⁶), que não foi conhecido, pois haveria a possibilidade da resolução do caso via legislação infraconstitucional, o que não foi observado no recurso (aplicação da súmula Súmula 283 do STF). Portanto, uma vez que não foi analisada no mérito a questão envolta por este trabalho pelos citados julgados, eles não serão aqui analisados.

14 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 102, caput. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 13 de abril de 2015.

15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 656298/SE – Sergipe. Relator Ayres Britto. Brasília. 8 de março de 2012. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em 23 de mai.de 2015.

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 675330/GO – Goiás. Relator Cármem Lúcia. Brasília. 30 de março de 2012. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em 23 de mai.de 2015.

Após a realização da coleta e da análise da jurisprudência acima descrita, foi divulgado na imprensa¹⁷ uma decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a união homoafetiva como um núcleo familiar como qualquer outro. Diante de sua relevância para este estudo, dado a sua importância para a fixação da jurisprudência, apesar de não previamente selecionado, incluímos o julgamento RE 846.102 à pesquisa,.

Deste modo, após as buscas e aplicados os filtros informados, foram selecionados 5 (cinco) julgados pertencentes aos seguintes procedimentos RE 397762/BA – Bahia; RE 558588 AgR/RS - Rio Grande do Sul; ADPF 132/RJ - Rio de Janeiro; ADI 4.277/DF - Distrito Federal; RE 477554 AgR/MG - Minas Gerais e RE 846.102/PR – Paraná.

Cabe ressaltar, não obstante, que a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132 foram julgadas em conjunto, motivo pelo qual estes serão analisados simultaneamente.

O exame dos julgados preza especialmente em colher os argumentos apresentados pelo STF para fundamentar o seu posicionamento nos casos listados. Com essas informações espera-se conceber o “estado da arte” da jurisprudência no âmbito constitucional em torno da concepção sobre o que é família na Constituição da República Federativa do Brasil.

Além dos julgados apresentados também será analisada a Súmula 280 do STF, que diz “comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.”¹⁸

3.1 RE 397.762-8/BA – BAHIA

O Recurso Extraordinário 397.762-8¹⁹ foi interposto pelo Estado da Bahia contra um acórdão do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia que reconheceu a existência de união estável de um servidor público falecido, embora o *de cuius* mantivesse um casamento concomitantemente à época.

17 BARIFOUSE, Rafael. 'Ninguém mais pode dizer que não somos uma família'. BBC Brasil. Publicado em 9 de abril de 2015. Disponível em <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2015/04/150402_toni_reis_depoimento_adocao_rb>. Acesso em 13 de abril de 2015.

18 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 380. Sessão Plenária de 03/04/1964. DJ de 8/5/1964, p. 1237; DJ de 11/5/1964, p. 1253; DJ de 12/5/1964, p. 1277. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=380.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em 11 de jun. de 2015.

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 397762 / BA – Bahia. Relator Marco Aurélio. Brasília, 3 de junho de 2008. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em 28 de dez. de 2014.

A primeira turma do Supremo Tribunal Federal, por cinco votos contra um, acolheu o recurso, dando-lhe provimento, portanto, negou reconhecimento de união estável à união em concubinato.

O único voto a favor da decisão do Tribunal de Justiça da Bahia foi o Ministro Carlos Ayres Britto que defendeu, no caso, o reconhecimento da união estável, mesmo em concomitância com o casamento.

Sustentou o Ministro Ayres Britto que os temas relacionados à família, à criança, ao adolescente e ao idoso encontram-se previstos no Capítulo VII do Título VIII da Constituição Federal, que versa sobre a Ordem Social, e possuem como denominador comum a proteção ou a tutela aos referidos entes.

Para o ministro, o artigo 226 possui duas acepções sobre família. Na primeira, entende-se a família como entidade, exercendo um papel de locomotiva social, na medida em que está voltada para a formação das personalidades individuais, destinada a vida relacional ainda mais ampla. Na segunda acepção, a família deve ser vista como espaço usual da mais próxima, topograficamente, e da mais íntima, afetivamente, convivência humana; família como ambiente de proteção física e aconchego amoroso.

A união estável deve ser vista como aquela união que não se enquadre nas concepções de casamento ou de família monoparental, restando-lhe “as sobras” das duas formatações. A união estável é, portanto, um *tertiun genus* do companheirismo, abarcando os casais desimpedidos para o casamento civil, ou, reversamente, ainda sem condições jurídicas para tanto.

Por fim, defende o Ministro Carlos Ayres Britto que não há concubinato para a Constituição, tratando-se tão somente de uma designação pejorativa. A Constituição Federal, ao conferir proteção especial à família, não delimita o seu conceito, diferentemente das constituições anteriores.

Do lado vencedor, que não reconheceu a união estável em concubinato para negar o benefício previdenciário, o Ministro Marco Aurélio, como relator, deu provimento ao recurso, sendo seguido pelos Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Marco Aurélio, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski.

De modo geral, afirmaram os ministros que, embora não haja uma imposição da monogamia para a configuração da união estável, ela é por bem aconselhável, pois objetiva a paz entre o casal.

Os ministros sustentaram que a Constituição, em seu artigo 226, ao conferir proteção ao casamento, uma união afetiva que gerasse detrimento ao matrimônio não poderia ser reconhecida juridicamente.

O casamento somente não seria óbice à união estável se se verificar a separação de fato do casal unidos pelo casamento. Pelo contrário, se não se verificar a separação de fato, por força do art. 1727 do Código Civil, não há de se reconhecer a união estável, mas sim um concubinato. O concubinato, quando muito, gera tão somente uma “sociedade de fato” (vide seção 3.6 sobre a súmula 380 do STF).

Ademais, os ministros afirmaram que a união estável deve ser vista como um “embrião” no qual deve resultar o casamento, tendo em vista a previsão na Constituição da facilitação da conversão da união estável em matrimônio. Portanto, os impedimentos para o enlace matrimonial (no caso, ser o *de cujus* já casado), serão refletidos na união estável, gerando empecilho para o seu reconhecimento, uma vez que ela não poderá ser convertida em casamento.

3.2 RE 558588 AGR/RS - RIO GRANDE DO SUL

Trata-se o presente recurso de um agravo regimental em recurso extraordinário²⁰ impetrado contra um acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que denegou à denominada concubina o direito à pensão de um servidor falecido que, em vida, era casado. No recurso, a agravante sustenta que, ao contrário do afirmado pelo acórdão do TJ-RS, havia provas de que o *de cujus* teria se separado de fato da então esposa.

Independentemente da aplicação do entendimento pacificado na súmula 279, – de que não cabe simples reexame de provas em recurso extraordinário – o Ministro Gilmar Mendes, então presidente da Suprema Corte, negou seguimento ao agravo em recurso extraordinário aludindo que é firme o entendimento do STF de que é incabível a concorrência entre viúva e concubina para fins de recebimento de pensão de servidor público, quando impossível a configuração do concubinato como união estável.

Para sustentar o seu posicionamento, o ministro citou a ementa do acórdão do Recurso Extraordinário 590.779, *in verbi*:

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 477554 AgR / MG - Minas Gerais. Relator Celso de Mello. Brasília, 16 de agosto de 2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em 28 dez.. de 2014.

“COMPANHEIRA E CONCUBINA - DISTINÇÃO. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. UNIÃO ESTÁVEL - PROTEÇÃO DO ESTADO. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. PENSÃO - SERVIDOR PÚBLICO - MULHER - CONCUBINA - DIREITO. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina.”

Não se limitando ao citado acórdão, o ministro ainda mencionou os julgados do Mandado de Segurança 21.449, de relatoria do Ministro Octavio Galloti, pronunciado pelo Pleno do Tribunal, publicado no Diário do Judiciário no dia 17 de novembro de 1995; do Recurso Extraordinário 397.762, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, publicado no Diário Judicial eletrônico em 12 de setembro de 2008 (vide 3.1) e dentre outras decisões monocráticas.

Com fundamento na jurisprudência apresentada e pela aplicação da súmula de número 279 do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Gilmar Mendes, em decisão monocrática, rejeitou o agravo regimental em recurso extraordinário, não reconhecendo, assim, como união estável um vínculo afetivo na vigência de um casamento por um dos companheiros.

3.3 ADPF 132/RJ - RIO DE JANEIRO E ADI 4.277/DF - DISTRITO FEDERAL

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132²¹ foi proposta pelo governo do Estado do Rio de Janeiro, pois este alegava que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos fundamentais como o da igualdade e o da liberdade (da qual decorre a autonomia da vontade) e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos da Constituição Federal. Em razão disso, pediu ao STF que aplicasse o regime previsto no artigo 1.723 do Código Civil às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis do Rio de Janeiro.

Por sua vez, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277²², proposta pela Procuradoria-Geral da União, inicialmente foi protocolada como ADPF 178. Na ação se

21 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132/RJ – Rio de Janeiro. Relator Ayres Britto. Brasília, 5 de maio de 2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em 28 dez. de 2014.

22 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277/ DF - Distrito Federal. Relator Ayres Britto. Brasília, 5 de maio de 2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em 28 dez. de 2014.

buscou a declaração de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e foi pedido que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis fossem estendidos aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo, isto sob as alegações de que a obrigatoriedade do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar é extraída dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da vedação de discriminações odiosas, da liberdade e da proteção à segurança jurídica.

Em razão da prevenção e da obrigatoriedade de julgamento simultâneo em caso coincidência de objeto, as ações foram distribuídas e relatadas em conjunto pelo ministro Carlos Ayres Britto. Nas ações foram ouvidos os Tribunais de Justiça Estaduais, a Advocacia-Geral da União, a Procuradoria-Geral da União e 14 entidades na qualidade de *amici curiae*.

Com a participação de nove ministros, o Supremo Tribunal Federal, com a unanimidade de votos, reconheceu as uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo. Houve somente dois ministros (Gilmar Mendes e Cezar Peluso) que divergiram parcialmente quanto à existência de lacuna no ordenamento jurídico quanto à matéria e sua necessidade de regulamentação pelo Poder Legislativo.

A proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles; a proibição do preconceito; a contemplação do pluralismo como valor sócio-político-cultural; a liberdade para dispor da própria sexualidade, como direito fundamental à autonomia da vontade; o direito à intimidade e à vida privada – entre outros citados pelos ministros – foram os principais fundamentos dos julgados elencados na ementa com a finalidade de conferir a interpretação conforme a Constituição Federal do art. 1.723 do Código Civil de 2002, reconhecendo assim as uniões homoafetivas.

O Supremo Tribunal Federal considerou que a Constituição Federal não empresta ao termo “família” qualquer significado ortodoxo ou outro significado na técnica jurídica, na verdade, a concepção de família encontra-se em uma categoria sócio-político-cultural, regida por um princípio espiritual. Não somente isso, a Suprema Corte entendeu pelo reconhecimento do direito de constituir a própria família e, portanto, não se deve dar uma interpretação reducionista ao termo “família” presente no texto constitucional.

Quanto ao disposto no §3º do art. 226 da Constituição da República, uma vez que prevê a união estável entre homem e mulher, interpretou o STF que o referido dispositivo não atenta contra o reconhecimento da união entre pessoa do mesmo sexo, pois a norma, ao

especificar os gêneros, visa providenciar especial proteção às mulheres, sob o princípio da igualdade e da não-discriminação de gênero.

O emprego do termo “entidade familiar” não faz referência a um instituto inferior à concepção de “família”. A utilização de termos distintos, trata-se somente de um recurso linguístico utilizado pelo constituinte, tal como foi empregado entre “autarquia” e “entidade autárquica” (art. 109, I, CF). Portanto, as expressões “entidade familiar” e “família” devem ser interpretadas como sinônimas.

Por fim, é importante ressaltar que o Ministro Ricardo Lewandowski, provocado pelo Ministro Marco Aurélio, deu a entender que os fundamentos e argumentos levados à decisão não se prestariam a reconhecer como união estável os casos de concubinação, pois lhes faltaria o requisito essencial para se chegar ao casamento, que é a ausência de impedimento. Isto é, os argumentos levantados pelos ministros não possuiriam validade para as uniões em concubinato a fim de que sejam reconhecidas como uniões estáveis quando o caso, uma vez que um dos concubinos estaria impedido de contrair novo casamento.

3.4 RE 477554 AGR/MG - MINAS GERAIS

O agravo em recurso extraordinário 477.554/MG²³ foi interposto por Carmem Mello de Aquino Netta contra a decisão que conheceu e deu provimento ao recurso de Edson Vander de Souza, reconhecendo a existência de união estável homoafetiva entre o recorrido e o pai da recorrente.

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal negou provimento ao recurso por unanimidade dos votos. O Ministro Relator Celso de Mello proferiu seu voto e foi seguido pelo Ministros Ayres Britto e Luiz Fux (convocado). Não participaram da audiência os Ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa, ausentes justificadamente.

Os fundamentos do acórdão não divergiram em muito aos dos julgados da ADI 4.277/DF e da ADPF 132/RJ.

A Segunda Turma admitiu o afeto como valor jurídico impregnado na Constituição Federal e o estabeleceu como o núcleo conformador do conceito de família.

23 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 558588 AgR / RS - Rio Grande do Sul. Relator Gilmar Mendes. Brasília, 16 de novembro de 2010. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em 30 dez.. de 2014.

Reconheceu ainda a Corte o direito a busca pela felicidade, como direito fundamental implícito, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana.

O Ministro Celso de Mello, como mencionou na ADI 4.277/DF e na ADPF 132/RJ, citou em seus fundamentos os princípios de Yogyakarta (2006)²⁴, que conferem o direito de qualquer pessoa de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Deste modo, assumindo a sua “função contramajoritária” de assegurar os direitos das minorias, o STF conferiu ao companheiro, em uma união estável homoafetiva, desde que observados os requisitos do art. 1.723 do código civil, o direito à percepção do benefício da pensão por morte de seu parceiro.

3.5 RE 846.102 / PR - PARANÁ

Diante da relevância do caso para o presente estudo, incluímos a decisão monocrática do RE 846.102 na pesquisa jurisprudencial, o qual citamos a ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA E RESPECTIVAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS. ADOÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 4.277. ACÓRDÃO RECORRIDO HARMÔNICO COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.²⁵

O caso, oriundo do Estado do Paraná, tratava-se de um Recurso Extraordinário (RE 846.102) em que o Ministério Público do Estado questionava a decisão do Tribunal de Justiça que negou o pedido do órgão ministerial. O *Parquet* desejava limitar a adoção, por um casal homossexual, de uma criança com 12 anos ou mais, a fim de que esta pudesse opinar sobre a sua própria adoção. Na decisão a Ministra Carmen Lúcia, na função de relatora, negou

24 A Comissão Internacional de Juristas e o Serviço Internacional de Direitos Humanos, em nome de uma coalizão de organizações de direitos humanos, realizaram um projeto com o objetivo de desenvolver um conjunto de princípios jurídicos internacionais sobre a aplicação da legislação internacional às violações de direitos humanos com base na orientação sexual e identidade de gênero, no sentido de dar mais clareza e coerência às obrigações de direitos humanos dos Estados. Dentre essas obrigações foi adotado o seguinte princípio que recebeu a numeração 24: “Toda pessoa tem o direito de constituir uma família, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. As famílias existem em diversas formas. Nenhuma família pode ser sujeita à discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero de qualquer de seus membros.” Disponível em <http://www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf>. Obtido em 15 de jun. de 2015.

25 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 846.102/PR – Paraná. Relatora Carmen Lúcia. Brasília, 16 de novembro de 2010. Revista Consultor Jurídico (ConJur). Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/stf-reconhece-adoacao-restricao-idade.pdf>>. Acessado em 13 de abril de 2015.

seguimento ao recurso nos termos do art. 557 da Lei n.º 5.869/1973²⁶, pois o acórdão recorrido estava em harmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.²⁷

Na fundamentação de sua decisão, a ministra relatora Carmem Lúcia fez alusão aos julgamentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 (vide seção 3.3), citando o voto proferido pelo Ministro Ayres Brito naqueles procedimentos. A Ministra fundamentou também que, em uma interpretação pela coerência interna da Constituição Federal, caberia ao STF propagar o entendimento não-reducionista do conceito de família na Magna Carta, do contrário, ela mesmo estaria incorrendo em um discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico.

Deste modo a relatora negou o seguimento ao recurso, mantendo o acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná que concedeu o direito de adoção por um casal homossexual sob o fundamento de que as uniões homoafetivas são reconhecidas como entidades familiares e que a limitação do sexo e da idade da criança a ser adotada por casal homoafetivo é transformar a sublime relação de filiação, sem vínculos biológicos, em ato de caridade provido de obrigações sociais e totalmente desprovido de amor e comprometimento.

3.6 ANÁLISE CRÍTICA DA SÚMULA 380 DO STF

No ano de 1964, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 380, vigente até hoje, embora possa se dizer que tenha outro sentido. Diz a súmula:

Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

A súmula 380 foi publicada durante a vigência da Constituição de 1946, em um período que o casamento somente poderia ser “encerrado” pelo desquite. Este instituto tão somente permitia, todavia, uma separação de corpos de pessoas que eram casadas mas que

26 “Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. (Redação dada pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)” obtido em BRASIL. Lei Nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em 13 de abril de 2015.

27 ROVER, Tadeu. Carmen Lúcia reconhece adoção, sem restrição de idade, por casal gay. Revista Consultor Jurídico (ConJur). Publicado em 20 de março de 2015. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-20/carmen-lucia-reconhece-adocao-restricao-idade-casal-gay>>. Acesso em 13 de abril de 2015.

não queriam mais manter a união conjugal. Assim, pelo desquite, os ex-cônjuges ainda ficavam impedidos de contrair novo casamento.

Em outras palavras, pelo desquite havia uma separação de fato, entretanto o vínculo conjugal era mantido mesmo que os antigos cônjuges não mantivessem qualquer relação. No caso da hipótese de os antigos cônjuges constituírem novas uniões – ou mesmo pessoas que nunca tivessem se casado mantivessem uma união sem formalizá-la pelo matrimônio – essas uniões estariam desprotegidas pelo direito na época.

A súmula viria então, como uma reação do Supremo Tribunal Federal, a fim de proteger os membros dessas relações tidas a margem do sistema jurídico; proteção concedida especialmente às mulheres, que eram geralmente as mais prejudicadas. Segundo Paulo Netto Lôbo (2002, p.9):

Sabe-se que a Súmula 380 foi uma engenhosa formulação construída pela doutrina e pela jurisprudência, durante a vigência da Constituição de 1946, consolidada no início da década de sessenta, para tangenciar a vedação de tutela legal das famílias constituídas sem casamento, de modo a encontrar-se alguma proteção patrimonial a, freqüentemente, mulheres abandonadas por seus companheiros, após anos de convivência afetiva. Como não era possível encontrar fundamento no direito de família, em virtude da vedação constitucional, socorreu-se do direito obrigacional, segundo o modelo das sociedades mercantis ou civis de constituição incompleta, ou seja, das “sociedades de fato”. Essa construção é típica do que determinada escola jurídica italiana denominou “uso alternativo do direito”. Os efeitos da Súmula limitam-se exclusivamente ao plano econômico ou patrimonial.

Conforme a crítica de Lôbo, a súmula 380 era elogiável quando de sua edição, pois criava um “direito alternativo” para não se aumentar a injustiça contras relações não formalizadas. Porém, hoje, na vigência de uma Constituição de 1988, que removeu da ilegalidade as famílias não formalizadas pelo matrimônio, a súmula não faz mais sentido quando aplicada para entidades familiares não reconhecidas. “Afim, que 'sociedade de fato' mercantil ou civil é essa que se constitui e se mantém por razões de afetividade, sem interesse de lucro?” (Lôbo, 2002, p.9). Após a promulgação da Constituição de 1988, a súmula continuou a ser aplicada pelos tribunais, somente perdendo força com a promulgação da Lei n.º 9.279/96, que considerou os bens adquiridos em uma união estável como fruto do trabalho e da colaboração de ambos conviventes (DIAS, 2011, p. 188).

Maria Berenice Dias (2011, p. 49) cita um caso hipotético de uma injustiça quando aplicada a súmula 380:

A convivência sob o mesmo teto, durante longos anos, por exemplo, de duas irmãs que conjugam esforços para a formação do acervo patrimonial, constitui uma entidade familiar. Na hipótese de falecimento de uma delas, descabe dividir os bens igualmente entre todos os irmãos, como herdeiros colaterais, em nome da ordem de vocação hereditária. Também reconhecer mera sociedade de fato e invocar a Súmula 380, para conceder somente a metade dos bens à sobrevivente, gera flagrante injustiça para com quem auxiliou a amealhar dito patrimônio.

Sendo assim, pode se concluir que a súmula 380 deixou de ser vanguardista para ser sinônimo de retrocesso. Completa Lôbo (2002, p. 9): “Assim, a Súmula n.º 380 perdeu sua função histórica de realização alternativa de justiça, pois o impedimento que visava a superar (exclusão das famílias fora do casamento) deixou de existir.”

4 JUSTIÇA, CONSTITUIÇÃO E FAMÍLIA

A ideia de justiça (como valor) está intimamente ligada ao direito e muitas vezes acabam se confundindo. Entretanto, a justiça é um conceito muito maior, ela é – ou deveria ser – a base da construção de todo ordenamento jurídico e fazer parte das fundamentações dos tribunais. A justiça pode fazer parte também do pilar de um julgamento no âmbito judicial como de um sistema exclusivamente moral.

O direito contemporâneo ocidental, influenciado pelo pensamento do positivismo jurídico, está predominantemente amparado por um formato estritamente estatal, o que normalmente ocorre através de normas escritas previamente publicadas em meio oficial. Não obstante, isto não significa que o direito descartou os valores na construção de suas diretrizes. Valores estes, como o de justiça, igualdade e liberdade, inclusive podem encontrar previsão nas normas positivadas, tal como sucede na Constituição de 1988.

Consequentemente, a Constituição não deve ser vista somente como uma lei superior que confere legitimação formal e material às normas inferiores, mas também como uma fonte axiológica do direito, proporcionando os valores fundamentais a serem efetivados.

4.1 A NOÇÃO DE JUSTIÇA NO DIREITO

A definição clássica de justiça é dada pela filosofia grega, principalmente pelas concepções de Platão e Aristóteles, que foram posteriormente inseridas no *Corpus Iuris Civilis* representada pela máxima latina “iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi”, isto é, “justiça é a constante e firme vontade de dar a cada um o que é seu” (SALLES, 2011, p. 39).

Porém, essa ideia clássica de justiça é formal, como observa Paulo Nader (apud SALLES, 2011, p. 39), ela é válida para todas as épocas e lugares, uma vez que o conteúdo do “seu” (da máxima latina), atribuído a cada pessoa, é variável conforme a evolução cultural e dos sistemas políticos.

Com fundamento em François Ewald, sintetiza Raquel Salles (2011, p. 40) que o problema da justiça não se encontra na definição teórica do que é justo, mas na curiosa

relação entre a teoria e a prática que ela manifesta e que, portanto, a justiça se designa como uma prática de avaliação flexível no espaço e no tempo.

Segundo a autora, a questão da justiça durante muito tempo foi posta exclusivamente no âmbito do direito natural. Na conjuntura do século XX, com prevalência do positivismo jurídico, deixou-se de se relacionar a justiça com o direito. Foi Hans Kelsen que elaborou a mais elaborada teoria do positivismo jurídico, o qual ele denominou de Teoria Pura do Direito. Por esta teoria, Kelsen excluiu qualquer relação existente entre o direito e a justiça. O próprio pensador explica sobre a “pureza” do direito em sua obra prima:

A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica específica. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria da interpretação.

[...]

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.²⁸

Inobstante, a forma como Hans Kelsen colocou a questão da não-relação entre direito e justiça, já não é mais sustentável, evidenciando-se uma necessidade de se poder levantar novamente a questão da justiça no direito positivo, sobretudo quando se tem em vista consequências pela aplicação da Teoria Pura na interpretação do direito (SALLES, 2011, p. 40).

Em relação a isso Ewald (apud SALLES, 2011, p. 41) elucida que “o facto de a questão da justiça já não poder pôr-se em termos de moral universal não implica que seja definitivamente necessário abandonar a ideia de pensar as relações direito-justiça”, como pretendeu Kelsen em sua Teoria Pura, “o problema da justiça não é um problema moral, mas um problema inscrito na problemática do próprio juízo jurídico”.

Raquel Salles (2011, p. 46) explica que:

A retomada contemporânea da discussão filosófica da justiça justifica-se, portanto, em face do esgotamento do modelo novecentista, cujo ápice se encontra nas codificações. Tal modelo, em que o código era justo por excelência, pressupunha que cada indivíduo, portador de vontade e razão, atuando livremente no seu próprio interesse, conduziria à felicidade geral, isto é, o bem comum. As diferenças sociais e o crescimento das desigualdades levaram, no entanto, à perda de legitimidade do regime privatista e civilista como fundamento da justiça.

Completa a autora distinguindo a justiça formal ou estática da justiça dinâmica. Enquanto aquela “é a capacidade de julgar uniforme e consistentemente de acordo com regras

28 KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução João Baptista. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.p. 1.

dadas e aceitas”, a justiça dinâmica “é capacidade de julgar as regras e normas e propor sua modificação”.

John Rawls (apud SALLES, 2011, p. 47) empreende uma releitura e uma ampliação da teoria kantiana, pois inspira-se no imperativo categórico sustentando-se no princípio da justiça, como a equidade que garante a liberdade de cada pessoa, somado ao princípio da diferença, invocado para conciliar a liberdade com o bem-estar social e com a justiça social. Deste modo, para o filósofo a liberdade e o bem-estar social seriam dois princípios categóricos. Por outro lado, a justiça desenvolvida por John Rawls é uma justiça puramente procedimental, uma vez que procura esquivar-se do positivismo jurídico e das definições materiais de justiça presentes no jusnaturalismo clássico

Segundo Rawls, o sistema político para a sociedade ocidental é o da democracia constitucional. Raquel Salles, tomando como base Sônia T. Felipe (2011, p. 48) adverte que:

Não basta que a Constituição de um país que preze pela liberdade e pela igualdade como valores máximos da democracia, sendo imprescindível a tradução desse texto constitucional para a realidade da vida cotidiana através de processo de participação efetiva de cada pessoa no âmbito de instituições econômicas, políticas e sociais.

Otfried Höffe (apud SALLES, 2011, p. 50) também traz a sua contribuição à teoria da justiça ao sustentar que a justiça é política uma vez que depende das instituições e, sobretudo, da Constituição a fim de se atingir uma ordem jurídica pública. Diz o pensador germânico:

Se a convivência humana deve assumir uma forma legítima, então deve ter, primeiro, o caráter do direito e deve, em segundo lugar, o direito alcançar a qualidade da justiça e, terceiro, deve o direito justo assumir a proteção de uma ordem jurídica pública, por conseguinte, a forma de um Estado (justo).

Portanto, é possível conferir à Constituição, assim como às instituições de modo geral, um papel essencial na construção da denominada “democracia constitucional”, em que se preze pela liberdade e pela igualdade como princípios fundamentadores da sociedade sendo resguardados em um instrumento de cunho estatal, mas aplicável de modo amplo, possibilitando a participação de cada pessoa no âmbito de instituições econômicas, políticas e sociais.

Neste contexto, no âmbito do direito de família, inserida no sistema constitucional, é inevitável dar oportunidade aos grupos minoritários de participarem e exigirem, seja no âmbito legislativo, seja por meio de um processo judicial, a mesma proteção concedida aos grupos majoritários, representados pelos modelos tradicionais de família.

4.2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

Também a Kelsen é atribuído a propagação do princípio piramidal do ordenamento jurídico, no qual se estabelece uma hierarquia escalonada das normas. Segundo este princípio, para uma norma ser válida, ela tem de ser produzida na forma preconizada por uma norma superior, assim por diante, de forma escalonada. Defende o autor austríaco (2009, p. 246) que “dado o caráter dinâmico do direito, uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por uma outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela”.

Para Kelsen (2009, p. 224), no topo da pirâmide normativa estaria o que ele denomina de norma fundamental que daria à Constituição de um Estado a sua validade, isto é, lhe daria a eficácia de poder gerar efeitos normativos. Completa o autor:

Dado que o fundamento de validade de uma norma somente pode ser uma outra norma, este pressuposto tem de ser uma norma: não uma norma posta por uma autoridade jurídica, mas uma norma pressuposta, quer dizer, uma norma que é pressuposta sempre que o sentido subjetivo dos fatos geradores de normas postas de conformidade com a Constituição é interpretado com o seu sentido objetivo.

O ordenamento jurídico pátrio adotou a essência da teoria da hierarquia das normas proposta por Kelsen, tendo a Constituição Federal e os tratados internacionais recepcionados na forma do art. 5º, §3º da CF/88 no topo da pirâmide normativa – ou logo após a *norma fundamental* como proposto pelo autor austríaco.

A regulamentação da vida civil e, assim, das relações familiares, era centrada principalmente pela legislação infraconstitucional, em especial pelo Código Civil, tanto que Miguel Reale, autor do anteprojeto do Código Civil de 2002, dizia que o código era “a Constituição do homem comum”, pois regula o dia a dia dos cidadãos ao dispor sobre sua vida desde antes do nascimento – com a proteção jurídica do feto humano – até a sua morte – com a destinação dos bens (apud SCHNEIDER, 2004).

Entretanto, desde a sua promulgação, a Constituição Federal de 1988 passou a tratar de grande parte do direito civil em seu texto, removendo o código e as leis infraconstitucionais do foco na regulamentação da vida privada. Esta “centralização” do Constituição ficou conhecida na doutrina como “constitucionalização do direito civil”.

Maria Berenice Dias (2011, p. 36), a respeito da constitucionalização do direito civil, diz que a Constituição “acabou enlaçando os temas sociais juridicamente relevantes para

garantir-lhes efetividade”. Completa a autora que “agora, qualquer norma jurídica de direito das famílias exige a presença de fundamento de validade constitucional”.

4.3 A FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição de 1988 tratou especialmente do tema da família em seu artigo 226, atribuindo ao Estado o dever de proteção. Entretanto, o texto constitucional somente trouxe a previsão expressa – conforme já dito – de três espécies de relação familiar, os quais citamos: o casamento, a união estável e o conjunto formado por um dos pais e seus descendentes.

Com fim de enfrentar esta questão, Paulo Luiz Netto Lôbo (2002) indagou se a Constituição traz em seu art. 226 uma enumeração taxativa (*clausus numerus*) ou aberta (*apertus numerus*) de modelos familiares e também se há uma hierarquia normativa entre esse modelos. Para tanto, realizou um estudo no plano da hermenêutica-constitucional para responder às perguntas.

Lôbo (2002, p. 2) trouxe para o seu estudo uma pesquisa realizada pelo IBGE no campo da demografia e da estatística, denominada de Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios (PNAD), na qual se constatou que os perfis de relações familiares têm se distanciado dos modelos legais vigentes. O PNAD relacionou as seguintes unidades de vivência encontradas na realidade brasileira:

- a) par andrógino, sob regime de casamento, com filhos biológicos;
- b) par andrógino, sob regime de casamento, com filhos biológicos e filhos adotivos, ou somente com filhos adotivos, em que sobrelevam os laços de afetividade;
- c) par andrógino, sem casamento, com filhos biológicos (união estável);
- d) par andrógino, sem casamento, com filhos biológicos e adotivos ou apenas adotivos (união estável);
- e) pai ou mãe e filhos biológicos (comunidade monoparental);
- f) pai ou mãe e filhos biológicos e adotivos ou apenas adotivos (comunidade monoparental);
- g) união de parentes e pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe que a chefie, como no caso de grupo de irmãos, após falecimento ou abandono dos pais;
- h) pessoas sem laços de parentesco que passam a conviver em caráter permanente, com laços de afetividade e de ajuda mútua, sem finalidade sexual ou econômica;
- i) uniões homossexuais, de caráter afetivo e sexual;
- j) uniões concubinárias, quando houver impedimento para casar de um ou de ambos companheiros, com ou sem filhos;
- l) comunidade afetiva formada com “filhos de criação”, segundo generosa e solidária tradição brasileira, sem laços de filiação natural ou adotiva regular.

Para Paulo Lôbo (2002, p. 2), todas as unidades de vivência encontradas na pesquisa PNAD possuem as três características comuns sem as quais não se verifica uma entidade familiar, a) a afetividade, como fundamento e finalidade da entidade, com desconsideração do móvel econômico; b) a estabilidade, excluindo-se os relacionamentos casuais, episódicos ou descomprometidos, sem comunhão de vida e, por último, c) a ostensibilidade, o que pressupõe uma unidade familiar que se apresente assim publicamente à sociedade.

Indagou o autor, no entanto, se os modelos familiares listados nas letras g), h), i), j) e l) estariam ou não tutelados pela Constituição de 1988, sendo que os modelos de a) a f) estão previstos expressamente no art. 226 da Carta Magna.

Com relação ao tema, a doutrina possui, em geral, dois posicionamentos tradicionais.

O primeiro posicionamento que defende que no ordenamento jurídico brasileiro, por conta da expressão no §3º do art. 226 da Constituição de que a lei deverá facilitar a conversão da união estável em casamento²⁹; neste veredito, o matrimônio seria, pois, de uma ordem superior às demais entidades.

A segunda tese, por sua vez, compreende que não haveria primazia do casamento, no entanto, entende que a Constituição brasileira somente tutelaria os modelos familiares expressamente previstos, isto é, o casamento, a união estável e a formação monoparental.

Paulo Netto Lôbo (2002, p. 4), entretanto, rejeita as duas posições, para ele a Constituição em seu art. 226 não é *numerus clausus*, mas sim exemplificativa (*numerus apertus*). Explicou o autor que a Constituição de 1988 passou a tratar a família tendo como foco a proteção de seus membros, na forma prevista no art. 226, §8º, no art. 227, caput, e no art. 230. Enquanto as Constituições anteriores visavam proibir e punir as uniões que não fossem consagradas pelo matrimônio, a Constituição de 1988 procurou incluir as entidades familiares diversas ao do casamento. Tanto é assim que se verifica que foi vedado pela atual ordem constitucional a distinção entre os filhos gerados dentro e fora da união formal. Por esta lógica “o caput do art. 226 é, conseqüentemente, cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade” (LÔBO, 2002, p. 5).

Completa o jurista, que:

A proteção da família é proteção mediata, ou seja, no interesse da realização existencial e afetiva das pessoas. Não é a família *per se* que é constitucionalmente

29 Diz o §3º do art. 226: “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.”

protegida, mas o locus indispensável de realização e desenvolvimento da pessoa humana. Sob o ponto de vista do melhor interesse da pessoa, não podem ser protegidas algumas entidades familiares e desprotegidas outras, pois a exclusão refletiria nas pessoas que as integram por opção ou por circunstâncias da vida, comprometendo a realização do princípio da dignidade humana. (LÔBO, 2002, p.6)

Lôbo (2002, p.8) também sustenta, com base nos princípios hermenêuticos de Carlos Maximiliano³⁰, que se deve dar uma interpretação ampla ao dispositivo do art. 226 da Constituição, isto porque discriminação é apenas admitida quando expressamente prevista na Lei Fundamental. Se ela não discrimina, o intérprete ou o legislador infraconstitucional não o podem fazê-lo.

Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk (2005, p.19), visando estudar a possibilidade jurídica do reconhecimento simultaneidade familiar no direito brasileiro, aborda o tema sobre outras perspectivas, divergindo em parte de Paulo Netto Lôbo. Entende Ruzyk que a metodologia a ser adotada para o estudo do direito da família não deve ser a consagrado pelo positivismo jurídico, metodologia esta que se origina da estrutura lógico-formal do sistema jurídico. Para o autor:

Não se trata da tradicional concepção positivista acerca da estrutura piramidal do ordenamento jurídico, mas, sim, de compreensão que reputa os princípios como elementos unificadores do sistema, e que, como tais servem de fundamento à elaboração de outros textos normativos e, sobretudo, são base relevante para determinar o sentido da construção normativa, que sempre se realiza em concreto.

Segundo Ruzyk (2005, p. 36-37), a Constituição de 1988 rompeu com o sistema conceitualista, operando grande transformação na interpretação das normas atinentes ao direito de família. No sistema conceitualista, os modelos familiares não previstos no ordenamento jurídico seriam taxados de “não-jurídicos” ou até considerados ilícitos, uma vez que não encontrariam a expressa proteção da lei. Portanto trata-se de um sistema de exclusão, o que não se compatibilizaria com os princípios da Constituição de 1988.

Por outro lado, sob a proposta de uma interpretação tópica e sistemática, considerando que a Constituição foi construída com normas abertas sob os auspícios dos valores jurídicos, todas as relações familiares, ainda que não encontrem menção no ordenamento jurídico, contariam mesmo assim com a proteção dada pelo direito.

A respeito da interpretação sistemática, Juarez Freitas (apud RUZYK, 2005, p. 37) define:

30 São os princípios de Carlos Maximiliano apontados por Lôbo (2002, p.8): a) Cada disposição estende-se a todos os casos que, por paridade de motivos, se devem considerar enquadrados no conceito; b) Quando a norma estatui sobre um assunto como princípio ou origem, suas disposições aplicam-se a tudo o que do mesmo assunto deriva lógica e necessariamente; c) Interpretam-se amplamente as normas feitas para “abolir ou remediar males, dificuldades, injustiças, ônus, gravames”.

A interpretação sistemática deve ser entendida como uma operação que consiste em atribuir, topicamente, a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas estritas (ou regras) e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias em sentido amplo, tendo em vista solucionar os caso sob apreciação.

Ruzyk (2005, p.36) – assim como o próprio Lôbo (2002, p. 8) – reporta-se ao princípio da máxima efetividade do constitucionalista português Gomes Canotilho, no que toca em que “uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”.

Em resumo, ao invés de ter de classificar os fatos como jurídicos ou não-jurídicos, lícitos ou ilícitos, protegidos ou marginalizados, utilizando da técnica de subsunção, o intérprete deveria, sim, optar por “um método simultaneamente tópico e sistemático, que, sem descuidar da demanda social concreta, a apreende à luz de um sistema visto como totalidade ordenada, ainda que aberta” (RUZYK, 2005, p. 37).

Ainda assim, alerta o autor que ver o direito como um sistema, não deve significar a fetichização deste último, ou situá-lo no plano do ideal com base em uma realidade pretensamente real (RUZYK, 2005, p. 69).

Deste modo, conclui o autor (2005, p. 66) que, por conta dos princípios constitucionais acerca da família, sobretudo no que tange à pluralidade e ao eudemonismo³¹, torna-se penoso se defender o estabelecimento de um sistema fechado para os modelos familiares dentro da Constituição Federal de 1988. Para Ruzyk, a Constituição deve ser lida sob uma racionalidade não sistêmica, em uma perspectiva histórica, no qual deverá ser reputado como família aquilo que for para o meio social.

Maria Berenice (2011, p. 62), em referência aos valores constitucionais aduzidos por Ruzyk, recomenda que se deve separá-los em princípios gerais (princípios da dignidade, igualdade, da liberdade, da proibição do retrocesso social e da proteção integral da criança e do adolescente) e em princípios especiais atinentes às relações familiares, despontando destes os princípios da solidariedade, do pluralismo familiar, da afetividade e, por fim, do eudemonismo.

Quanto ao princípio da solidariedade, Berenice Dias (2011, p. 66) define-o como aquilo o que cada um deve ao outro. “Esse princípio, que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de acentuado conteúdo ético, pois contém em sua entranhas o significado da expressão solidariedade, que compreende a fraternidade e a reciprocidade. Este princípio encontra-se consagrado no “dever de amparo e assistência” previsto nos arts. 229 e 230 da Constituição

31 Ou seja, a proteção da família na pessoa e no interesse de cada um de seus membros, característica que trataremos adiante.

Desde a promulgação da Constituição de 1988, as estruturas familiares adquiriram novos contornos. A partir de então, foram reconhecidas – pelo menos expressamente – novas modalidades de família além da formada pelo casamento. A pluralidade passou a ser, pois, um princípio do direito das famílias, em que “é encarado como o reconhecimento pelo Estado da existência de várias possibilidades de arranjos familiares” (DIAS, 2011, p. 67).

Por conseguinte, ao se reconhecer que as uniões estáveis são entidades familiares e merecedoras de tutela jurídica, a Constituição de 1988 elegeu afetividade, isto é, o laço que une intimamente duas pessoas, com um valor jurídico em si inserido no sistema constitucional. A família, assim como o próprio o casamento, adquiriu um novo perfil, voltado muito mais para realizar os interesses afetivos e existenciais de seus integrantes do que da família como instituição *per se*. Essa concepção é denominada pela doutrina como família eudemonista, “que garante um espaço de individualidade e assegura uma auréola de privacidade indispensável ao pleno desenvolvimento do ser humano.” (DIAS, 2011, p. 54).

Portanto, pode-se dizer que a família na Constituição Federal de 1988 é solidária, plural, afetiva e eudemonista.

Quanto à monogamia, embora a lei recrimine de diversas formas quem descumpre o dever de fidelidade, Maria Berenice Dias (2011, p. 60) entende que não se trata de um princípio constitucional da família, pois a Constituição não a contempla. A monogamia trata-se na verdade de uma regra de função ordenadora sob um interesse estatal para a manutenção da estrutura institucional familiar. Vale citar:

Não se trata de um princípio do direito estatal de família, mas sim de uma regra restrita à proibição de múltiplas relações matrimonializadas, constituídas sob a chancela do Estado. [...] Ao contrário, [a Constituição] tolera a traição, que não permite que os filhos se sujeitem a qualquer discriminação, mesmo quando se trata de prole nascida de relações adúlteras e incestuosas. O Estado tem interesse na manutenção da estrutura familiar, a ponto de proclamar que a família é a base da sociedade. Por isso, a monogamia é considerada função ordenadora da família.

O Supremo Tribunal Federal, como apontado nas decisões do Recurso Extraordinário de n.º 397.762-8/BA e do Recurso Extraordinário de n.º 558588 AGR/RS, bem como mencionado nos julgamentos da ADPF 132/RJ e da ADI 4.277/DF (vide seções 3.1/3.3), reforçou que a regra da monogamia no direito brasileiro encontra seu alicerce na legislação infraconstitucional, ao negar reconhecimento de união estável à concubina, mesmo tendo ela construído uma relação de estado de permanência e ostensível com o “companheiro”, sob o fundamento de que a relação não constituiria união estável pois lhe faltaria o requisito essencial para se chegar ao casamento, que é a ausência de impedimento.

Em síntese, a fonte da negativa do reconhecimento jurídica de múltiplas relações familiares não se encontra na Constituição Federal de 1988, mas, sim, na legislação cível, ao se aplicar os requisitos para a validade do casamento para as relações familiares de união estável.

Cabe todavia confrontar que, mantendo-se firme a esta visão, o STF estaria a estipular uma hierarquia entre os modelos familiares, pois assim a união estável seria tão somente uma etapa para o casamento, assumindo todos os requisitos deste. Por outro lado, o próprio Supremo já se manifestou que não há hierarquia entre as modalidades familiares, como prenunciou o Ministro Luiz Fux:

Existe razoável consenso na ideia de que não há hierarquia entre entidades. Portanto, entre o casamento e a união estável heterossexual não existe, em princípio, distinção ontológica; o tratamento legal distinto se dá apenas em virtude da solenidade de que o ato jurídico do casamento – *rectius*, o matrimônio – se reveste, da qual decorre a segurança jurídica absoluta para as relações dele resultantes, patrimoniais (como, v.g., o regime de bens ou os negócios jurídicos praticados com terceiros) e extrapatrimoniais.³²

Contudo entendemos que o fundamento apresentado pelo STF quanto aos requisitos para o reconhecimento da união estável é inválido, pois a Constituição previu esta forma de relação familiar justamente para se reconhecer as uniões afetivas existentes de fato, mas que se encontravam a margem do sistema jurídico. Ao estabelecer que a lei deverá facilitar a conversão da união estável em casamento, não significa que aquela seja apenas um “caminho” para se chegar ao matrimônio, muito menos que haja uma hierarquia entre os dois modelos.

Dessarte, do ponto de vista estritamente jurídico, mesmo que haja a infração das leis infraconstitucionais que prescrevem a monogamia, as relações em concubinato, estando presentes os requisitos para a identificação de uma família, isto é a afetividade, a estabilidade e a ostensibilidade, haveriam de ser reconhecidas como verdadeiras entidades familiares, pois o que prevalece é a ordem constitucional plural.

32 ADPF 132/RJ – Rio de Janeiro e ADI 4.277/DF- Distrito Federal, *idem*.

5 CONCLUSÃO

O direito civil, assim como o direito de família, a partir da promulgação da Constituição de 1988 deve ser estudado, interpretado e aplicado a partir de uma lógica constitucional. Lógica esta que não se revela tão somente pelo controle formal ou material das normas infraconstitucionais, mas pela previsão de valores que tem de ser seguidos (e perseguidos) por todo o sistema jurídico.

Neste caminho, ousamos dizer que tanto a “moral”, como os “bons costumes”, perderam a posição de destaque no direito. O referencial jurídico passou a ser a busca pela dignidade da pessoa humana, que foi elencada como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inc. III, da CF/88). Em resumo, a interpretação jurídica não mais deve se prender à moral e aos bons costumes, como outrora, mas deve ter o foco na efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

A proteção da família deve ser entendida como a proteção da singularidade, do autodesenvolvimento e da busca da felicidade de seus membros, e não a proteção da família como instituição em si. Não é mais o foco da família o papel da reprodução da espécie humana, aliás a família já não é mais centrada na relação entre um homem e uma mulher com sua prole (que é o molde da família nuclear), a própria Constituição desvencilhou deste cerne ao prever expressamente a família monoparental (art. 226, §3º da CF/88). O que importa atualmente é o afeto, o interesse dos membros em manterem uma relação no plano íntimo.

Deste modo, considerando que os artigos da Constituição devem ser interpretados em consonância com restante do corpo normativo e com os valores por ela disseminados, entendemos que Constituição Federal de 1988 não faz uma enumeração taxativa (*numerus clausus*) dos tipos de relações familiares em seu artigo 226, mas, sim, promove o acolhimento de qualquer entidade familiar que assim se entenda.

Com efeito, adotamos a concepção de Paulo Luiz Netto Lôbo de que é família aquela entidade que se revele pela afetividade, pela estabilidade e pela ostensibilidade. Ou seja, qualquer agrupamento que demonstre essas características deve receber a proteção jurídica concedida pelo art. 226 do Constituição Federal. Sob esta percepção, embora o STF assim não entenda, presentes a afetividade, a estabilidade e ostensibilidade, muitos casos tidos como concubinação deveriam ser vistos, na verdade, como um agrupamento familiar paralelo e receber os benefícios decorrentes do reconhecimento.

Portanto, considerando que o direito atual se centra na busca pela dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, na busca da liberdade, do autodesenvolvimento e da felicidade individual, o art. 226 da Constituição Federal deve ser interpretado de forma ampla e aberta, pois não mais se sustenta o discurso contrário ao reconhecimento das relações familiares não-tradicionais, tais como as uniões homoafetivas, as uniões formadas por parentes colaterais, ou mesmo sem relação de parentesco mas sem conotação sexual, entre outras que a originalidade humana prover. Por consequência, os membros componentes destas famílias não-tradicionais devem receber as mesmas vantagens concedidas aos componentes das relações habituais, tais como os benefícios previdenciários, o direito de pleitear alimentos, herança, etc.

REFERÊNCIAS

BARIFOUSE, Rafael. '**Ninguém mais pode dizer que não somos uma família**'. BBC Brasil. Publicado em 9 de abril de 2015. Disponível em <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2015/04/150402_toni_reis_depoimento_adocao_r_b>. Acesso em 13 de abril de 2015.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n.º 6588 de 16 de outubro de 2013**. Dispões sobre o Estatuto da Família e dá outras providências. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005>>. Acesso em 21 de maio de 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 13 de abril de 2015.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado (PLS) n.º 470 de 12 de novembro de 2013**. Institui o Estatuto da Família. Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=115242>. Acesso em 21 de maio de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 380**. Sessão Plenária de 03/04/1964. DJ de 8/5/1964, p. 1237; DJ de 11/5/1964, p. 1253; DJ de 12/5/1964, p. 1277. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=380.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em 11 de jun. de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4.277/ DF - Distrito Federal**. Relator Ayres Britto. Brasília, 5 de maio de 2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em 28 dez. De 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 132/RJ – Rio de Janeiro**. Relator Ayres Britto. Brasília, 5 de maio de 2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em 28 dez. De 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 397762 / BA – Bahia**. Relator Marco Aurélio. Brasília, 3 de junho de 2008. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em 28 dez. De 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 477554 AgR / MG - Minas Gerais**. Relator Celso de Mello. Brasília, 16 de agosto de 2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em 28 dez. De 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 558588 AgR / RS - Rio Grande do Sul**. Relator Gilmar Mendes. Brasília, 16 de novembro de 2010. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em 30 dez. De 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 846.102/PR – Paraná**. Relatora Carmen Lúcia. Brasília, 16 de novembro de 2010. Revista Consultor Jurídico (ConJur). Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/stf-reconhece-adocao-restricao-idade.pdf>>. Acessado em 13 de abril de 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FUSTEL DE COULANGES, Numa-Deny. **A Cidade Antiga**. Título Original: La Cité Antique - Étude sur Le Culte, Le Droit, Les Institutions de la Grèce et de Rome. Publicado em 1864. Tradução: Frederico Ozanam Pessoa de Barros. Versão para eBook: eBooksBrasil/Exilado (epub e kindle). Digitalização do livro em papel: Editora das Américas S.A. - EDAMERIS, São Paulo, 1961.

ITABORAÍ, Nathalie Reis. **A família colonial e a construção do Brasil: vida doméstica e identidade nacional em Gilberto Freyre, Sérgio Buarque de Holanda e Nestor Duarte**. Revista Antropológicas, Recife, v. 16, n.1, p. 171-196, 2005. Obtido em: <<http://www.bvshistoria.coc.fiocruz.br/lildbi/docsonline/7/7/177-99GT0521.doc>>. Acesso em 22 de maio de 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v. 12, p. 40-55, 2002. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>>. Acesso em: 01 de jun. de 2015.

ROVER, Tadeu. **Cármen Lúcia reconhece adoção, sem restrição de idade, por casal gay**. Revista Consultor Jurídico (ConJur). Publicado em 20 de março de 2015. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-20/carmen-lucia-reconhece-adocao-restricao-idade-casal-gay>>. Acesso em 13 de abril de 2015.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias Simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **A cláusula de responsabilidade civil objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SCHNEIDER, Leonardo. **Miguel Reale e o Código Civil, “a Constituição do homem comum”**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n.13, jul. 2004. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao013/Leonardo_Schneider.htm> Acesso em: 01 jun. 2015.