



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

**A INTERPRETAÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO À LUZ DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

por

Victoria Ripper Nogueira do Vale Cuntin Perez

ORIENTADOR: Bruno Vaz de Carvalho

2016.2

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO
RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900
RIO DE JANEIRO - BRASIL

A INTERPRETAÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

por

Victoria Ripper Nogueira do Vale Cuntin Perez

Monografia apresentada ao
Departamento de Direito da
Pontifícia Universidade
Católica do Rio de Janeiro
(PUC-Rio) para a obtenção
do Título de Bacharel em
Direito.

Orientador: Bruno Vaz de
Carvalho

2016.2

"Você pode até dizer que eu
tô por fora
Ou então que eu tô
inventando [...]
Mas é você que ama o
passado e que não vê
É você que ama o passado
e que não vê
Que o novo sempre vem
[...]"¹

¹COSTA, Elis Regina Carvalho. *Como nossos pais*. Belchior. In: Falso Brilhante. [Rio de Janeiro]: Phonogram, c1976. 1 CD (34 min 50 s). Faixa 1 (4 min 21s). <<https://www.vagalume.com.br/elis-regina/como-nossos-pais.html>> Acesso em: 21/11/2016.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente gostaria de agradecer imensamente aos meus pais, Jayme Rodrigo Perez e Jaqueline Ripper Perez porque esse é o clichê mais verdadeiro do mundo. Por terem me inspirado a seguir o caminho do direito, por terem financiado minha educação ao longo de toda a minha vida com o maior prazer, por terem aturado minhas noites sem dormir, meu mau humor às 7h da manhã, meus dramas escolares e me aplaudido de pé por todas as minhas conquistas: um enorme “muito obrigada”. Agradeço também à minha irmã Rafaela por ter feito – quase sempre- o silêncio necessário no quarto ao lado que me permitiu passar na OAB e escrever o presente trabalho e também por ser a minha maior admiradora.

Em segundo lugar, ao resto da minha querida família, que sempre fez questão de me elogiar em todos os meus caminhos e escolhas, estando muito presentes em todos os meus momentos acadêmicos.

Em seguida, agradeço aos meus professores, que tiveram o papel de me ensinar não só o conteúdo para fazer as provas e obter aprovação, mas a forma de pensar o direito que deve reger minha conduta como advogada. Um agradecimento especial ao meu orientador Bruno Vaz, que topou me ajudar nessa jornada.

E finalmente, mas não menos importante (ao contrário), aos meus amigos, que sempre estiveram ao meu lado. Aos do colégio que me viram crescer e aos da faculdade que me viram amadurecer: muito obrigada! Agradeço principalmente às minhas irmãs da vida: Helena Parcias, Isabel Estides, Giulia Perez, Marcella Conde, Luisa Lacombe, Amanda Coelho, Amanda Gomez, Ana Victoria Pelliccione, Isabella Estellita, Rafaela Araújo, Rafaela Nissenbaum, Victoria Yamagata, que foram presentes do Colégio Santo Agostinho, responsável por formar meu caráter e minha personalidade; aos meus parceiros jurídicos, dados pela PUC, que hoje fazem parte da minha vida, em especial: Paola Pulitini, Gabriela Resende (principalmente pelos cadernos e pela paciência), Brenda Lauria, Giovanna Casarin, Diego Campos, Rodrigo Moraes, Rodrigo Salomão, Alexandre

Vargas, João Gabriel Campos, Alan Eisenberg e, principalmente, Paola Prado, porque sem ela esses 5 anos não teriam sido vividos do modo incrível como foram.

Muito obrigada a todos, sem vocês a conclusão desse curso não estaria sendo possível da mesma forma!

Victoria Ripper Perez.

RESUMO E PALAVRAS-CHAVE

Com o advento da Constituição Federal de 1988, diversas modificações foram trazidas para o Direito brasileiro. A Carta Magna vigente marcou o fim do período ditatorial no Brasil, trazendo, então, um viés democrático e representando o Estado Social que surgia com seus valores e princípios que primam pela dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade.

No campo do direito de família não poderia ser diferente. Seus fundamentos trouxeram a esta seara do direito o olhar da afetividade, que prioriza os relacionamentos dos integrantes de uma família em detrimento da visão patrimonial que marcava o período anterior.

As consequências foram várias: igualdade dos gêneros em direitos e deveres (Art. 5º, I), o tratamento igualitário entre todos os filhos (Art. 6º, 227, §6º), a consagração do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente (Art. 227) e do princípio da solidariedade familiar (Arts. 3º, 226, 227 e 230).

Com o presente trabalho, pretende-se expor as principais mudanças no ordenamento jurídico trazidas pela Constituição Federal de 1988 no âmbito do Direito de família, que vieram refletir uma realidade social há muito tempo já existente.

Direito Constitucional – Constituição de 1988 – Modificações - Direito de Família – Afetividade – Igualdade – Liberdade

SUMÁRIO

Introdução.....	09
 Capítulo I – A FAMÍLIA PRÉ CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	11
1.1 As fontes do direito de família pré constituição de 1988.....	12
1.2. A Conjugalidade antes da Constituição de 1988.....	15
1.3. A parentalidade antes da Constituição de 1988: o pátrio poder.....	20
 Capítulo II – O CONCEITO DE FAMÍLIA COM O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	27
2.1. O rompimento do paradigma da família pelo casamento/afeto/surgimento de novos modelos de família.....	28
2.2. A parentalidade com a constituição de 1988: o rompimento do pátrio poder e o surgimento do poder familiar e da paternidade responsável; o princípio melhor interesse da criança e as novas formas de surgimento do vínculo familiar.....	34
2.3. Os limites da constituição de 1988 quanto à omissão em relação aos outros modelos de família.....	39
 Capítulo III – OS NOVOS MODELOS DE FAMÍLIA.....	45
3.1. As famílias homoafetivas.....	46
3.2 As famílias paralelas/simultâneas.....	66
3.3 O conflito da parentalidade biológica e socioafetiva.....	73
3. 4 O abandono afetivo.....	81
 Capítulo IV – Considerações Finais.....	86
 Referências Bibliográficas.....	88

ABREVIATURAS E SIGLAS

AC	– Ação Cautelar
ADI	– Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	– Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Ag.	– Agravo
AgRg	- Agravo Regimental
AGU	- Advogado Geral da União
art.	– Artigo
C.	– Colendo
CC	- Código Civil de 2002
CC/16	- Código Civil de 1916
CF	– Constituição Federal
Constituição	– Constituição Federal de 1988
CF/88	– Constituição Federal de 1988
CPC	– Código de Processo Civil
Des.	– Desembargador
DF	– Distrito Federal
E.	– Egrégio
EC	– Emenda Constitucional
ed.	– Edição
EDcl	- Embargos Declaratórios
Exmo.	– Excelentíssimo
fls.	– Folhas
Ibid.	– <i>Ibidem</i>
Min.	– Ministro
nº	– número
p.	– página
PUC-Rio	– Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro
RE	– Recurso Extraordinário
Rel.	– Relator

RE	- Recurso Extraordinário
REsp	– Recurso Especial
RJ	– Rio de Janeiro
RR	- Recurso de Revista
STF	– Supremo Tribunal Federal
STJ	– Superior Tribunal de Justiça
TRF	- Tribunal Regional Federal
TST	- Tribunal Superior do Trabalho
v.	– Volume
vol.	– Volume
§	– Parágrafo

Introdução

Com a introdução de novos valores trazidos pela Constituição de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro passou a contemplar a família de forma diversa da anterior. Não existe mais espaço, com o advento da Carta Política do Estado Democrático, para discriminações, vedações a direitos fundamentais, ou imposição de valores religiosos para a regulamentação de uniões.

Com o presente trabalho não se objetiva definir os tipos familiares criados com a Carta Magna em vigor, engessando os modelos de família presentes no nosso ordenamento, mas sim fazer uma diferenciação entre o ordenamento jurídico brasileiro no que diz respeito ao Direito de Família no pré e pós Constituição de 1988.

No Capítulo I, apresenta-se o ordenamento jurídico antes da Constituição Federal de 1988, abordando aspectos como a visão patrimonialista e matrimonial dada pelo Código Civil, o tratamento desigual dispensado a homens e mulheres e traz-se conceito que sofreu grande mutação com os princípios trazidos pela Carta Política de 1988: o pátrio poder.

Já no Capítulo II, buscou-se abordar as principais modificações com o advento da Constituição de 1988, tais como a igualdade entre os gêneros, de filiação e a introdução do “poder familiar” em detrimento do pátrio poder, apresentando-se como um poder-dever dos pais e não mais um símbolo de autoridade masculina que obrigava a subordinação da esposa e dos filhos ao chefe da família, o que não mais poderia se sustentar devido aos novos valores trazidos com a Constituição vigente.

Nesse capítulo abordam-se também os princípios expressos e implícitos trazidos pela Carta Política de 1988 e suas consequências no ordenamento jurídico brasileiro, tais como o princípio da afetividade, do melhor interesse da criança, da igualdade, da liberdade e, principalmente,

da dignidade da pessoa humana, do qual derivam todos os outros e à luz do qual todo o ordenamento jurídico deve ser enxergado.

No Capítulo III, por fim, objetiva-se abordar questões mais recentes que surgiram com a interpretação da Constituição de 1988. Os temas trazidos dizem respeito às polêmicas advindas dos princípios implementados pela Carta Política de 1988. É certo que existem diversas outras questões a serem abordadas, muitas ainda sem resposta ou solução possível trazida pela nossa doutrina e jurisprudência, mas foram escolhidas as mais polêmicas e as mais em voga atualmente.

Não há, no presente trabalho, qualquer objetivo de posicionamento quanto às polêmicas recentes que não possuem resposta de nossos Doutrinadores, Juizes, Desembargadores, Ministros, mas tão somente de expor as questões sobrevindas do emprego dos novos valores do Estado Social na Constituição de 1988.

No entanto, quanto às questões já decididas pelos Tribunais Superiores, não restam dúvidas de que deve ser esta a opinião adotada no presente trabalho, uma vez que já são pacíficas e vinculam todo o poder judiciário.

Sendo assim, o objetivo primordial deste trabalho é de fazer uma análise das principais mudanças constitucionais no Direito de Família trazidas pela Lei Maior de um Estado Democrático de Direito, trazendo um panorama do Direito Brasileiro antes do advento da Constituição de 1988 e outro após sua entrada em vigor, no ramo do Direito familiar.

Capítulo I – A família pré-constituição de 1988

Nas palavras de Maria Berenice Dias², a família seria um agrupamento informal de pessoas, que têm sua estruturação no direito. Atualmente, as leis que regulam o direito de família bem como a jurisprudência pátria têm evoluído bastante na aceitação de novos modelos de família e na elevação de situações fáticas há muito tempo existentes em nossa sociedade ao patamar de entidades familiares.

No entanto, como é sabido, nem sempre foi dada pelos entendimentos jurisprudenciais e doutrinários tal interpretação liberal aos dispositivos de lei, que acabavam por rechaçar alguns agrupamentos de pessoas que tinham plena intenção de constituírem família, esquivando-se de os regular, o que acabava por estabelecer um viés conservador ao nosso ordenamento.

A Constituição de 1988 trouxe inúmeras inovações no campo do direito de família. É possível dizer que foi a grande responsável por abrir horizontes a esse instituto jurídico, fazendo com que a lei maior brasileira – e conseqüentemente as leis infraconstitucionais – contemplassem os novos modelos familiares, ou pelo menos boa parte deles, regulando-os e equiparando-os às famílias tradicionais.

Antes da entrada em vigor da atual Carta Magna, a família era tida como uma instituição congelada, fixa, sem flexibilidade alguma. A proteção do estado era, desde então, plenamente direcionada a este instituto, desde que preenchidos os requisitos para que aquela reunião de pessoas fosse uma entidade familiar segundo o conceito brasileiro. A família era instituição patriarcal, modelo adotado pela legislação brasileira desde o período colonial, que perdurou durante todo o império e até boa parte do século XX.

Enquanto a família pós-constituição de 1988 é guiada pela afetividade, solidariedade e plenamente regida pelos princípios

² DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 33.

constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade, do melhor interesse da criança, da igualdade, a família que não era regulada pela Constituição Federal de 1988 era muito mais uma união de pessoas pautada no casamento, na relação de submissão das mulheres e regida pelo Código Civil de 1916, que tratava o matrimônio como instituto sagrado e único apto a constituir uma entidade familiar.

1.1 As fontes do direito de família pré-constituição de 1988

O direito deve sempre refletir a sociedade onde está inserido, devendo acatar as mudanças de comportamento, as variações dos padrões impostos e se atentar para as constantes modificações nos quadros das relações familiares – no caso do direito de família. Este deve ser um ramo do direito extremamente receptivo às novas realidades que se apresentam, não podendo engessar determinados paradigmas, para que não deixe de contemplar toda a realidade daquele lugar, naquele momento, e se torne exclusivo, preconceituoso, conservador e divergente do cenário que visa regulamentar.

Antes da Constituição de 1988, o Direito de família era regulado majoritariamente pelo Código Civil brasileiro de 1916. Sendo assim, a legislação, doutrina e jurisprudência da época acabavam por tratar essa área do Direito com uma visão patrimonialista, preocupando-se em regular apenas o regime de bens no casamento e as questões hereditárias decorrentes dos laços familiares.

Nas palavras de Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

No direito brasileiro codificado em 1916, no âmbito das relações privadas, o Direito Civil centrava suas preocupações, essencialmente, nas relações jurídico-patrimoniais, daí a importância central do contratante abastado, do proprietário de riqueza imobiliária, do chefe de família (marido e pai) aristocrata e rico e, finalmente, do testador dotado de inestimável patrimônio.³

³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais do direito de família: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Atlas, 2008, p.29.

A entidade familiar só poderia ser assim considerada se tivesse sua origem no matrimônio válido e eficaz. Só o casamento, portanto, tinha o condão de caracterizar aquela reunião de pessoas como uma família, sendo a união entre homem e mulher, sem a formalidade que tal instituto exige, considerada concubinato, situação equiparada pelo direito da época a uma sociedade de fato, o que impedia que fosse regulada pelo Direito das Famílias, e as questões referentes a esse cenário deveriam ser examinadas pelo Direito das Obrigações.

O casamento, como já dito, era visto como instituto sagrado e, portanto, indissolúvel, o que refletia uma sociedade extremamente religiosa e conservadora existente na época em que foi regulado. Além dessa visão antiquada sobre a única fonte capaz de constituir uma família, o Código Civil de 1916, que destinou um número grande de artigos a esse instituto jurídico, fazia diversas distinções entre os membros de uma entidade familiar – seja entre o homem e mulher, seja entre os filhos advindos de diferentes tipos de relacionamentos.

O viés indissolúvel dado ao casamento pela legislação anterior fica evidente já que o único modo de se romper com o casamento era o desquite, que sequer tinha o condão de desfazer o vínculo matrimonial, assim como não há meio de se extinguir o casamento religioso nos dias de hoje – que só se encerra com a morte -, sendo capaz apenas de separar os corpos e os bens dos cônjuges. Não sendo o desquite capaz de extinguir o laço que o casamento constituiu, não havia a possibilidade de uma pessoa desquitada se casar novamente.

O que se observa, portanto, é que o Código Civil de 1916 era extremamente conservador e que, apesar de refletir, quando criado, a sociedade da época, se tornou completamente incompatível com as relações sociais que surgiam posteriormente, ficando, então, completamente conflitante com os anseios sociais que afloraram ao longo do tempo.

É possível constatar que, ao contrário da Carta Magna em vigor, o antigo Código Civil não se preocupava em regulamentar o direito de família

baseada no princípio da dignidade da pessoa humana, havendo uma verdadeira patrimonialização e matrimonialização das relações familiares, características herdadas pela maioria dos sistemas jurídicos ocidentais das relações mediterrâneas, o que impedia que certas questões referentes ao direito de família fossem contempladas da maneira adequada.

O Estatuto da Mulher Casada (Lei 1.121/62), que será tratado em maiores minúcias mais adiante, foi considerado um grande avanço nos direitos femininos e o primeiro passo para uma mudança de entendimento nas relações familiares, muito embora nos dias de hoje suas disposições apareçam como extremamente retrógradas. O referido diploma legal, numa tentativa de equiparar – mesmo que minimamente – homens e mulheres, reconheceu, por exemplo, o direito de uma mãe ficar com a guarda dos filhos após o desquite, mas apenas no caso de culpa mútua pela separação do casal (Art. 326, §1º).

Mesmo com a Lei do divórcio (Lei 6.515/77), a visão matrimonial do instituto familiar ainda era presente. A referida lei fazia distinção entre separação e divórcio e acabou com a figura do desquite. No entanto, era necessário, para se desfazer o vínculo conjugal de forma unilateral, que fosse provada a culpa de um dos cônjuges (Art. 5º da Lei 6.515/77). Além disso, numa tentativa de preservação da entidade familiar ligada pelos laços sagrados do casamento, tentava-se punir a mulher que desejava se separar, com perda do direito de se pleitear alimentos na justiça e a exclusão do sobrenome do varão do nome da ex-esposa (Art. 324, CC/16), o que poderia representar motivo de vergonha à época, tendo em vista a sociedade- ainda mais - machista em que se vivia.

No entanto, a busca pela manutenção de uma sociedade que enxergava como únicas as entidades familiares ligadas pelo matrimônio foi em vão. Havia uma nova realidade em voga, uma nova forma de se enxergar os laços familiares que precisava ser promovida e regulamentada pela lei.

A despatrimonialização do direito de família é uma realidade que vem sendo levada a diante pela doutrina e jurisprudência, já que se caminha para uma constitucionalização do Direito Civil, que, com isso, passará a tutelar os direitos fundamentais das pessoas e não mais apenas os interesses econômicos. Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira:

A ‘despatrimonialização’ do Direito Civil como uma ‘tendência normativa cultural’ atinge também o Direito de Família não mais orientado na ‘expulsão e a redução quantitativa do conteúdo patrimonial’, mas na tutela qualitativa das relações familiares. Sob esta perspectiva, destaque-se a orientação no sentido de identificar a família centrada na ‘dignidade da pessoa humana e na solidariedade social’.⁴

1.2 A conjugalidade antes da Constituição de 1988

Como se sabe, as mulheres recebem, até os dias atuais, tratamento desigual e discriminatório na sociedade em que vivemos. Se essa realidade persiste até em pleno século XXI, há de se imaginar a disparidade de trato entre homens e mulheres que havia antes do advento da Constituição Federal de 1988, responsável por consagrar o princípio da igualdade de gêneros em seu artigo 5º, I.

É importante ressaltar que, muito embora homens e mulheres tivessem tratamento completamente distinto na legislação anterior à Carta Magna, surpreendentemente, o princípio da igualdade não foi inovação trazida pela Constituição de 1988, estando presente em todas as constituições brasileiras, conforme se observa abaixo:

a) Constituição de 1824 no inciso XII do art. 178 dispõe que: “A lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.”.⁵

b) Constituição de 1891 no parágrafo 2º do art. 72 frisa:

Todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 27-28.

⁵ BRASIL, Constituição Federal de 1824.

prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho.⁶

c) Constituição de 1934 no parágrafo 1º do art. 113:

Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou do país, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas.⁷

d) Constituição de 1937 no parágrafo 1º do art. 122: “Todos são iguais perante a lei.”⁸

e) Constituição de 1946 no parágrafo 1º do art. 141: “Todos são iguais perante a lei.”⁹

f) Constituição de 1967 no art. 153: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei.”¹⁰

g) Emenda Constitucional n 1, de 1969 no parágrafo 1º do art. 153: “são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça.”¹¹

h) Constituição de 1988 no art. 5º:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.¹²

Até 1934, as Constituições tão somente positivavam, de forma genérica, o princípio da igualdade de todos perante a lei, sem, contudo, citar expressamente a proibição da discriminação em função do sexo. A inovação trazida pela Constituição de 1934, conforme se observa das transcrições acima, foi suprimida pela Constituição de 1937. Somente a partir da Constituição de 1967 a igualdade jurídica entre gêneros começou a ser instituída, mas apenas com a Carta Magna de 1988, a constituição

⁶BRASIL, Constituição Federal de 1891.

⁷BRASIL, Constituição Federal de 1934.

⁸BRASIL, Constituição Federal de 1937.

⁹BRASIL, Constituição Federal de 1946.

¹⁰BRASIL, Constituição Federal de 1967.

¹¹BRASIL, Constituição Federal de 1967. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de Outubro de 1969.

¹²BRASIL, Constituição Federal de 1988.

democrática, é que homens e mulheres foram igualados plenamente, havendo, ainda, a preocupação com expressar em diversos dispositivos constitucionais a referida igualdade de gêneros no que diz respeito a direitos e obrigações.

No entanto, antes do advento da atual Carta Magna, as mulheres tinham suas relações reguladas de forma extremamente diferenciada, o que era um reflexo da sociedade machista em que estava o Brasil inserido. Tal situação não poderia ser diferente no direito de família, que tratou de positivar desigualdades enormes entre os gêneros, colocando a mulher à margem da relação familiar, negando-lhe o mesmo poder de mando que seu marido, e, no entanto, deixando-a responsável pelo verdadeiro dia-a-dia de seus filhos, pelas situações cotidianas e pelo cuidado e dedicação que deveria dispensar à sua família, o que era um reflexo do menosprezo com que era tratado o trabalho doméstico à época.

O código Civil de 1916, como um espelho da sociedade conservadora e patriarcal em que estava inserindo, retirou da mulher sua plena capacidade, tornando-a, assim como os menores de idade, relativamente capaz (Inciso II do Art. 6º do CC/16). Ela precisava da autorização do marido para trabalhar e praticar outros atos da vida civil (Art. 242 do CC/16), era obrigada a usar o sobrenome do varão (Art. 240 do CC/16) e não tinha o poder pleno de decisão sobre seus filhos, de quem cuidava a vida inteira e dedicava sua completa atenção e todos os devidos cuidados (Art. 380 do CC/16). Outro dispositivo que quando lido nos dias de hoje gera revolta e inconformismo é aquele que possibilitava a anulação do casamento pelo marido pela descoberta de que sua mulher já havia sido deflorada, por constituir erro essencial sobre a pessoa (Art. 219 do CC/16).

O homem, com sua força física elevada ao status de autoridade, tinha o comando exclusivo da família. Foi só com o estatuto da mulher casada, Lei 4.121/62¹³, que a mulher passou a ser considerada colaboradora na administração da sociedade conjugal, já que este modificou o artigo 380 do

¹³ BRASIL, Lei 4.121/62, de 27 de Agosto de 1962.

Código Civil de 1916¹⁴. Com o referido diploma legal, a mulher passou a ter plena capacidade, o que pôde ser considerado o primeiro passo para um rompimento da hegemonia masculina consagrada à época, muito embora fossem medidas muito modestas se comparadas ao tratamento igualitário que se pretende alcançar hoje em dia.

Ainda que o Estatuto tenha representado um avanço no tratamento jurídico dispensado à mulher, cumpre ressaltar que ainda era um diploma extremamente conservador e machista. Com o advento da lei, a chefia da sociedade conjugal ainda era de responsabilidade do marido, assim como o pátrio poder, que, por mais que a mulher tivesse passado a poder exercê-lo, ainda era uma atribuição do homem, sendo a atuação da mulher apenas de colaboração.

Nas palavras de Maria Berenice Dias:

A presença da mulher é uma história de ausência. Como bem refere Rodrigo da Cunha Pereira, o lugar dado pelo direito à mulher sempre foi um não lugar. Sua voz nunca foi ouvida e seu pensamento não era convidado a participar. Relegada da cena pública e política, sua força produtiva sempre foi desconsiderada, não sendo reconhecido o valor econômico dos afazeres domésticos. A ela era imposta a submissão, e aos filhos a obediência.¹⁵

Outro grande marco para a emancipação feminina, como supracitado, foi o advento da Lei do Divórcio¹⁶ (L. 6.515/77), que, além de regulamentar um anseio da sociedade como um todo, qual seja, a separação de um vínculo que jamais poderia ser considerado eterno e indissolúvel, trouxe diversos sinais de que uma caminhada pela igualdade entre os gêneros poderia estar a começar, como, por exemplo, a faculdade de adoção do nome do marido (inclusão do parágrafo único do art. 240 do CC/16), que antes era uma imposição, a possibilidade de o marido pedir alimentos (Art. 19, Lei 6.515/77), o que antes não era possível, e acabou com o instituto da culpa na separação, que sempre acabava por prejudicar as mulheres.

¹⁴ BRASIL, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Lei nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916.

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 11 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. P. 104.

¹⁶ BRASIL, Lei nº 6.515, de 26 de Dezembro de 1977.

O Código Civil de 1916, muito embora fosse liberal no plano econômico, era extremamente ditatorial no que diz respeito ao direito de família, o que acabava por oprimir as mulheres e os filhos, dedicando aos homens direitos e prerrogativas embasadas na sua autoridade, no seu poder, que não poderiam se justificar nos dias de hoje, com o princípio da igualdade tão exaltado em nosso ordenamento jurídico, doutrina e jurisprudência.

A lenta trajetória de emancipação jurídica da mulher ainda está muito longe de acabar. Muito embora as mulheres – principalmente por conta de movimentos feministas e de uma verdadeira evolução social que culminou com a positivação do princípio da igualdade com expressa menção à igualdade entre homens e mulheres em nossa Carta Política– tenham conquistado muito mais espaço no mercado de trabalho, na política e dentro de suas famílias, o caminho para uma plena igualdade de fato ainda é longo. A busca por direitos iguais entre homens e mulheres é muito árdua, porque é necessário que se desconstrua pensamentos machistas enraizados em nossa sociedade que, muitas vezes, não são sequer percebidos pelas próprias mulheres. Tratam-se de costumes antigos que para muitas pessoas ainda estão ligados à moral, a um comportamento social que deve ser respeitado e que, é claro, onera muito mais às mulheres do que os homens, que acabam tendo que ter um comportamento diferenciado e muito mais custoso e opressivo.

Nesse sentido, o entendimento de Rolf Madaleno:

Prosseguem as desigualdades entre o homem e a mulher, numa sutil e silenciosa opressão, transitando impune, por todos os níveis sociais e econômicos. É poder do dinheiro na sua histórica marcha de desastrosa intervenção nas relações afetivas, como nefasto instrumento de controle e de sedução, causa marcante dos grandes conflitos conjugais que procuram fazer imperar a dependência pelo dinheiro onde esgotou a atração pelo afeto. Pouco importa esteja o Direito de Família criado pela Constituição de 1988 suprimindo qualquer diferença na capacidade atribuída a cada um dos cônjuges, se no mundo real prosseguem as desigualdades ditas proscritas pela Constituição e se na codificação ainda existem resíduos que discriminam pelo sexo e pela idade, como disto é fricante

exemplo a restrição do inciso II do artigo 1.641 do Código Civil.¹⁷

O grande problema, segundo o autor, seria, portanto, a presença do econômico na condução das relações pessoas, inclusive as relações de família, em detrimento do afeto. O ordenamento jurídico pátrio atual vem tentando resolver esse problema com a consagração do princípio da afetividade, que deve ser o responsável por fundamentar as relações de família, que se encontra implícito na Constituição de 1988.

O que se conclui, então, é que o papel da mulher antes do advento da Constituição Federal, era considerado um papel de submissão ao homem e aos deveres do lar. Não havia uma igualdade de gêneros positivada como há no ordenamento jurídico atual e, por isso, havia margem para que a mulher recebesse tratamento discriminatório. O legislador antigo impunha uma única concepção de sexualidade, de matrimônio e de relações pautadas justamente na inferioridade da mulher.

Atualmente, com a consagração da igualdade entre todos, há uma isonomia imposta no nosso Estado Democrático de Direito que não pode ser afastada ou relativizada. A relação entre os cônjuges em uma relação familiar (ligada, ou não, pelo casamento) deve ser de solidariedade, de respeito e de isonomia, muito embora ainda estejamos muito distantes do ideal tratamento igualitário entre homens e mulheres que tanto se pretendeu com a Carta da República brasileira.

1.3 A parentalidade antes da Constituição de 1988: o pátrio poder

Segundo Paulo Lôbo:

Filiação é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascidas da outra, ou adotada, ou vinculada mediante posse de estado de filiação ou por concepção derivada de inseminação artificial heteróloga. Quando a relação é considerada em face do pai, chama-se paternidade, quando em face da mãe, maternidade, filiação

¹⁷ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 6ª Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 52.

procede do latim *filiatio*, que significa procedência, laço de parentesco dos filhos com os pais, dependência, enlace¹⁸.

A forma como todas as relações familiares eram tratadas pelo direito brasileiro se modificou completamente ao longo do tempo, principalmente com o advento da constituição de 1988, conforme já abordado. Com a questão da filiação não poderia ser diferente. A distinção entre os filhos, o tratamento sucessório desigual dado a eles, o desprestígio ao instituto da adoção eram marcantes no ordenamento pátrio. Havia, ainda, uma antiga concepção de como a relação entre pais e filhos deveria se pautar. Enquanto nos dias de hoje, fala-se em poder familiar como um poder-dever dos pais de, além de zelar pela educação dos filhos, dar carinho, afeto, e, principalmente, cuidado, a ideia, antigamente, era muito mais baseada numa autoridade masculina do pai sobre os filhos, através do chamado pátrio poder.

O pátrio poder baseava-se no posto de chefe da família que era concedido do homem com o Código Civil de 1916 (Art. 233, CC/16). Derivado (com diversas mudanças) do princípio da autoridade do *pater familias* presente no Direito Romano, concedia ao homem poder de exercer chefia sobre os outros membros da família, que deviam obediência e subordinação, tendo o pai um domínio praticamente absoluto dos filhos.

O pátrio poder seria um complexo de direitos detidos pelo pai para que melhorar o desempenho de sua função de guarda dos filhos. A supremacia da vontade do pai era a responsável pela caracterização desse direito. Mais uma vez se observa aqui um tratamento desigual entre os cônjuges – decorrente da desigualdade de gêneros -, uma vez que o pátrio poder era concedido apenas ao homem, e à mulher apenas na sua ausência, como segunda opção (Art. 251, CC/16). O Estatuto da Mulher Casada, já abordado, foi o responsável por permitir que a mulher colaborasse com o marido no exercício do pátrio poder, mas, ainda assim, quando houvesse discordância entre os cônjuges, a supremacia da decisão paterna era imposta

¹⁸LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 199.

(Art. 380, CC/16, alterado pela Lei 4121/62¹⁹), o que se configurava como mais um reflexo da sociedade conservadora e machista que se apresentava à época.

Nas palavras de Rolf Madaleno:

Não existia uma real paridade do poder familiar, mas, sim, com clara evidência, ainda persistia a supremacia da decisão paterna, fazendo coro com a denominação legal do instituto do pátrio poder, esse entendido como um poder do pai de decidir sobre a criação e formação dos filhos, tendo a mulher um papel subalterno de mera colaboradora, conferindo-lhe a lei o direito de reclamar judicialmente, em caso de divergência, fato raro de acontecer diante de todo o contexto legal e cultural de absoluta prevalência da chefia marital do casamento.²⁰

O pátrio poder era, então, apenas mais um exemplo de como o ordenamento jurídico, doutrina e jurisprudência do Direito de Família prestigiava o sexo masculino e deixavam a mulher à margem da sociedade. A desigualdade entre os gêneros influencia, em muito, também nas atribuições dos pais e nas diferentes tarefas exercidas por eles na sociedade, no casamento e com sua prole.

O Código Civil de 1916 era o grande responsável por fazer severas distinções também entre os filhos. Diferenciava aqueles advindos do casamento, os chamados filhos legítimos, tendo em vista que este era o único modo de se constituir uma entidade familiar, de acordo com a legislação em vigor à época, os ilegítimos, aqueles que eram nascidos de relação extrapatrimonial, podendo estes, ainda serem naturais ou espúrios.

Os filhos ilegítimos naturais eram aqueles advindos de pais que não estavam impedidos de se casar, sendo os ilegítimos espúrios exatamente o contrário, ou seja, nascidos de relações entre pessoas que não poderiam se casar. Havia, ainda, uma subdivisão entre os filhos espúrios, que poderiam ser adulterinos ou incestuosos. Estes últimos, ou seja, os filhos espúrios, não poderiam sequer ser reconhecidos, mesmo que os pais quisessem, conforme a letra do artigo 358 do CC de 1916. Era permitido, no entanto,

¹⁹ BRASIL, Lei nº 4.121, de 27 de Agosto de 1962.

²⁰ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 6ª Ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.720.

que os pais reconhecessem os filhos ilegítimos, segundo o artigo 355 do mesmo diploma legal. O Decreto-Lei nº 4.737/42²¹ e a Lei 883/49²² foram os responsáveis por regular o reconhecimento de filhos ilegítimos.

O Código Civil de 1916 regulava, ainda, as possíveis consequências do reconhecimento de filhos ilegítimos, que eram equiparados aos legítimos (Art. 352, CC/16), no entanto, caso reconhecidos por apenas um dos cônjuges, não poderiam residir no local onde morava o casal sem que o outro consentisse (Art. 359, CC/16).

Ademais, somente a Lei do Divórcio²³, em 1977, garantiu aos filhos o direito à herança de forma igualitária, sem distinções.

O que legitimava tais distinções feitas pelo antigo Código Civil de 1916 era, ironicamente, uma vontade de se preservar o núcleo familiar. Não se tratava, entretanto, de uma tutela concedida ao núcleo da família como uma entidade dotada de afeto, com direitos iguais aos seus integrantes, que deve ser base de uma sociedade mais justa e igualitária, mas sim uma necessidade de resguardar o patrimônio da família, o que acabava permitindo que a lei enquadrasse os filhos em categorias com denominações muitas vezes cruéis.

A distinção entre os filhos legítimos e ilegítimos fica ainda mais clara quando se observam os direitos sucessórios regulados pelo antigo Código Civil. Apesar de a lei falar em uma equiparação entre os filhos, se o reconhecimento do filho ilegítimo fosse posterior ao nascimento de outro filho do mesmo genitor durante seu matrimônio, o filho que fora reconhecido só poderia ter direito à metade do que cabia ao filho nascido posteriormente, o que não acontecia se o reconhecimento do filho tivesse ocorrido antes do casamento.

Antes da Constituição Federal de 1988, portanto, o tratamento dispensado aos filhos dependia do vínculo matrimonial dos pais. O princípio da isonomia entre os filhos, que só veio trazido pela Carta Magna

²¹ BRASIL, Decreto-Lei nº 4.737, de 24 de Setembro de 1942.

²² BRASIL, Lei nº 883, de 21 de Outubro de 1949.

²³ BRASIL, Lei nº 6.515, de 26 de Dezembro de 1977.

de 1988 (§6º do Art. 227), foi responsável por acabar com as distinções feitas pela lei anterior e o conceito foi contemplado também pelo Código Civil de 2002 em seu artigo 1.596, que fala do princípio da igualdade da filiação.

A adoção, instituto amplamente exaltado pelo ordenamento jurídico, doutrina, jurisprudência e pela própria sociedade, antigamente sofria diversas restrições e resistências pelo Código Civil de 1916, responsável por regulá-lo. Atualmente, a nova Lei de Adoção²⁴ foi responsável por atualizar determinados dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente²⁵, que regulamenta a adoção dos menores de 18 anos, e revogar os artigos 1.620 a 1.629 do Código Civil de 2002, que ainda colocavam verdadeiros empecilhos para que a adoção se concretizasse.

Apesar de, mesmo antes do advento da Constituição de 1988, a adoção ser considerada uma forma de filiação, era extremamente criticada por certos doutrinadores e exigia o preenchimento de diversos requisitos pelos adotantes e adotados, como idade mínima do adotante (Art. 368, CC/16), tempo de casamento (parágrafo único do Art. 368, CC/16), diferença de idades de pelo menos 18 anos entre aquele que pretendia adotar e aquele que seria adotado (Art. 369, CC/16).

O que se observava, portanto, era que o instituto da filiação não era um conceito único, podendo se fazer distinções entre filiação legítima, natural, adotiva, adulterina, o que não mais se admite com a Constituição de 1988. Não há mais a possibilidade de se fazer qualquer adjetivação ou discriminação, havendo, portanto, a obrigação de se dispensar tratamento igualitário a todos os filhos, não importando suas diferentes origens.

O novo conceito de filiação, que será abordado mais adiante, é pautado pelo exercício do poder familiar, que em muito se distancia do antigo e retrógrado pátrio poder.

²⁴ BRASIL, Lei nº 12.010, de 3 de Agosto de 2009.

²⁵ BRASIL, Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990.

Cumprir aludir, também, algumas considerações sobre as presunções feitas pelo Direito de família em matéria de filiação. A principal delas, a presunção *pater is est*, foi a responsável, durante longos anos, por acabar com a incerteza da paternidade, o que hoje não mais se verifica.

A presunção pressupõe a certeza para a maternidade e o marido da mãe será o pai dos filhos que nascerem quando o casal estivesse morando junto. No entanto, a referida presunção, além de ir de encontro ao princípio da igualdade dos gêneros e ao §5º do art. 226 da Constituição Federal que estipula que direitos e deveres referentes à sociedade conjugal devem ser exercido de maneira igual por homens e mulheres, uma vez que parte do princípio da fidelidade da mulher, o que não faz com a do homem, não resolve o problema mais comum, que é da inexistência de coabitação no caso concreto.

Segundo Maria Berenice Dias:

Até o advento da Constituição Federal, que proibiu designações discriminatórias relativas à filiação, filho era exclusivamente o ser nascido 180 dias após o casamento de um homem e uma mulher, ou 300 dias depois do fim do relacionamento. Essas presunções buscavam prestigiar a família, único reduto em que era aceita a procriação. A partir do Código Civil, a presunção de paternidade não é exclusivamente da filiação biológica. Decorre também- e de forma absoluta – da reprodução heteróloga.²⁶

O uso de presunções de paternidade até os dias de hoje é o que permite, por exemplo, que o atual Código Civil de 2002 faça distinções para os capítulos que tratam dos filhos nascidos na constância do casamento²⁷ e fora dela²⁸. Tal fato ainda ocorre mesmo com a vedação constitucional de tratamento desigual entre os filhos.

Com a elevação das crianças e adolescentes a sujeitos de direito e a prioridade aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, em detrimento da visão patrimonialista do direito de família instaurado com o Código Civil de 1916, foi possível a

²⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 11ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. P 382-383.

²⁷ O assunto é tratado no Capítulo “Da Filiação”, arts. 1.596 a 1.606.

²⁸ O assunto é tratado no Capítulo “Do reconhecimento dos filhos”, arts. 1.607 a 1.617.

consagração como direito fundamental a convivência familiar, que adota a doutrina da proteção integral. É com base nesses novos conceitos implementados pela Constituição Federal de 1988 que foi possível que se impedisse que o ordenamento jurídico brasileiro positivasse uma distinção entre filhos pautada na relação matrimonial de seus pais.

Para concluir, a lição do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Rodrigo Salomão sobre o assunto:

Observa-se que, após a Constituição de 1988, houve uma verdadeira revolução jurisprudencial no que diz respeito aos direitos de família, aplicando-se, a partir de então, o princípio da igualdade entre os filhos, independentemente da origem. Assim, se antes da Constituição de 1988 a jurisprudência tratava desigualmente os filhos adotivos e os ilegítimos, especialmente no que se refere aos direitos sucessórios, a partir do disposto no art. 227, § 6º, da CF, embora ainda inexistente legislação infraconstitucional que disciplinasse a matéria, foi reconhecida, pretoriamente, uma série de direitos decorrentes do instituto da adoção, não apenas em termos patrimoniais, mas também no que se refere aos direitos de personalidade, como a possibilidade de promover investigação de paternidade para reconhecimento de filiação biológica, pois o ‘estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou herdeiros, sem qualquer restrição, mesmo em se tratando, como na espécie, de autor adotado por parentes’.²⁹

²⁹SALOMÃO, Luis Felipe. *Direito Privado: Teoria e Prática*. 2 ed. rev. atual. eampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.3.

Capítulo II – O conceito de família com o advento da Constituição Federal de 1988

Conforme já antecipado no capítulo anterior, a Constituição Federal de 1988 foi a responsável por inovações transformadoras no Direito Brasileiro, o que não poderia ter consequências diferentes no âmbito do Direito de Família, senão de implementar os novos princípios trazidos por ela nas relações familiares.

As referidas modificações ainda estão acontecendo nos dias atuais e a previsão é que continuem em movimento por muito mais tempo. A jurisprudência pátria, a doutrina e mesmo a legislação em vigor ainda tem se atualizado para que estejam em consonância absoluta com os clamores da sociedade em que vivemos, para que não se corra o risco de se estar diante de um ordenamento jurídico que não reflita o ambiente em que está inserido.

É certo que o tratamento Constitucional dado à família não foi uma novidade trazida pela atual Carta Magna, no entanto, a forma como esse instituto passou a ser tratado – levando-se em consideração diversos princípios constitucionais—é que fez a real diferença na concepção dada à família a partir da Constituição em vigor, que passou a reconhecer novos modelos familiares e deixou de considerar o casamento como o único modo hábil a se constituir uma família. Nesse sentido, preceitua Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

Na ordem jurídica brasileira, desde a Constituição Federal de 1934, a família passou a ser expressamente tratada em nível constitucional, a despeito das críticas feitas por alguns ao legislador constituinte, sob o argumento de que tal assunto não era materialmente constitucional. Não foi postura exclusivamente adotada no direito nacional, conforme noticiam Jean Carbonier e Paolo BiscarettiRuffia. Observa-se, claramente, que a inserção da família nas Constituições coincidiu com o advento do Estado Social, já que este passou a ter maior preocupação com as relações familiares em suas variadas manifestações sociais. Contudo, a proteção especial do Estado, prevista no texto constitucional, apenas tinha como destinatária a família matrimonial, porquanto apenas o

casamento era reconhecido como instituto formador e legitimador da família brasileira.³⁰

A partir de uma nova concepção de família trazida pela Constituição de 1988, que determinou a observação de todos os princípios por ela trazidos ao reconhecer uma entidade familiar, como a afetividade, a igualdade, a liberdade e, principalmente, a dignidade da pessoa humana, chegou-se a um novo olhar sobre essa entidade, inclusive para que fossem incluídos novos modelos livres de preconceitos e visões conservadoras, que, na verdade, já eram presentes na nossa realidade social e apenas não era abarcado pelo restrito conceito de “família” anterior à atual Carta Política.

2.1 O rompimento do paradigma da criação da família pelo casamento: o princípio da afetividade e o surgimento de novos modelos familiares.

A primeira grande mudança trazida pela atual Carta Magna no âmbito do Direito de família foi, sem dúvida, a possibilidade da constituição de uma entidade familiar sem a necessidade do casamento. Antes do advento da atual Carta Magna, o casamento, conforme já abordado, era sacramento indissolúvel e que não só detinha o condão de elevar um agrupamento de pessoas ao status de família, como era o único instituto apto a fazê-lo. Nesse sentido, as lições de Rolf Madaleno:

O casamento identifica a relação formal consagrada pelo sacramento da Igreja, ao unir de forma indissolúvel um homem e uma mulher e cujos vínculos foram igualmente solenizados pelo Estado, que, durante largo tempo, só reconheceu no matrimônio a constituição legítima de uma entidade familiar, marginalizando quaisquer outros vínculos informais.

Para triunfo do casamento era importante o princípio da monogamia, que não tem texto expresso no ordenamento jurídico brasileiro, mas surgiu no período de transição entre a fase média e a fase superior da barbárie, baseado na predominância do homem e na certeza da paternidade de seus filhos, assim conferindo maior solidez aos laços conjugais, embora ao homem sempre fosse tolerado o direito à infidelidade, de sorte que ao morrer o homem teria a certeza de estar transmitindo sua riqueza e herança aos seus filhos, e não

³⁰GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 113-114.

aos filhos de qualquer outro. O discurso da adoção ao princípio da monogamia acompanhou o longo percurso da cristandade do matrimônio monogâmico, indissolúvel e destinado à procriação o único espaço da sexualidade. Somente no casamento existiria a legítima descendência, onde os filhos eram presumidamente conjugais e não sofriam as discriminações da prole preterida, subdividida em filhos ilegítimos, espúrios, naturais e incestuosos. Honrada seria a mulher do casamento, cuja imagem social se manteria íntegra e ilibada.³¹

Ou seja, pessoas que se uniam com o objetivo de constituir uma família, mas que não o faziam através do matrimônio, não poderiam ter os mesmos direitos daqueles que se uniram respeitando as formalidades da instituição do casamento, situação completamente rechaçada pela nova Constituição.

O artigo 226 da Constituição Federal de 1988 foi o responsável por trazer ao ordenamento jurídico a possibilidade de constituição de família que não ocorre por intermédio do casamento:

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.

§ 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.³²

Conforme se observa do dispositivo transcrito, a Constituição Federal de 1988, através do parágrafo 3º do artigo 226, elevou a união entre o homem e mulher que não pelo casamento ao status de família,

³¹MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de família*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 8.

³² BRASIL, Constituição Federal de 1988.

determinando, portanto, que a proteção do Estado também cairia sobre esta, sem haver quaisquer distinções entre os dois modelos familiares nesse sentido.

Dessa forma, considera-se a Constituição Federal de 1988 um verdadeiro marco nesse caminho, uma vez que, antes de seu advento, a união estável era considerada concubinato, não merecendo qualquer tutela estatal e sendo completamente repugnada socialmente.

Antes do advento da atual Carta Democrática, quando tal união era rompida, as mulheres – que exerciam atividades do lar, sem receber remuneração- passaram a pleitear uma indenização aos ex-companheiros, o que acabou sendo concedido pelo judiciário de forma camuflada, já que recebia o nome de “indenização pelos serviços domésticos”, fundamentada na impossibilidade do enriquecimento ilícito dos homens que teriam tido vantagens pela dedicação da mulher ao lar. Em um segundo momento, tais uniões passaram a ser consideradas “sociedades de fato”, reguladas, portanto, pelo direito das obrigações. Haveria, então, da dissolução da sociedade, uma divisão dos lucros – desde que se provasse a contribuição financeira efetiva de cada um deles -, para tentar coibir as injustiças que poderiam surgir caso só um de seus membros reunisse todos eles.

Com a entrada em vigor da nossa Constituição Federal de 1988, no entanto, a realidade se modificou completamente. A união estável passou a ser considerada uma família, sendo equiparada ao casamento, o que modificou muito a noção de sociedade patriarcal e matrimonial existente com o Código Civil de 1916. Nas palavras de Maria Berenice Dias:

Com o passar do tempo, as uniões extrapatrimoniais acabaram por merecer a aceitação da sociedade, levando a Constituição a dar nova dimensão à concepção de família ao introduzir um termo generalizante: entidade familiar. Alargou-se o conceito de família. Relacionamentos além dos constituídos pelo casamento passaram a merecer especial proteção do Estado. Foi emprestada juridicidade aos enlaces extramatrimoniais até então marginalizados pela lei. Assim, o concubinato foi colocado sob regime de absoluta legalidade. As uniões de fato entre um homem e uma mulher foram reconhecidas como entidade familiar, com o nome de união estável. Também foram assim

reconhecidos os vínculos monoparentais, formados por um dos pais com seus filhos.³³

Já no parágrafo seguinte do mesmo dispositivo, a Carta Magna consagrou a família monoparental, composta “por qualquer dos pais e seus descendentes”. As famílias formadas por apenas um dos pais e seus filhos adquiriram mais visibilidade com uma tentativa de rompimento com a família patriarcal, com a possibilidade do divórcio, com a maior inserção da mulher no mercado de trabalho, e, assim, o ordenamento não poderia negar especial atenção a essa nova realidade social.

Cumprе ressaltar que, para que a entidade familiar se enquadre no conceito de família monoparental é necessário que haja o elemento da “transgeracionalidade”. Isso significa dizer que deve haver uma diferença de gerações entre um dos membros e os demais, sem que haja qualquer tipo de relacionamento sexual entre eles.

O que se observa, portanto, é que o artigo 226 da Constituição instituiu novos modelos familiares e os consagrou inserindo no conceito constitucional de família – e, portanto, merecedores da proteção do Estado - uniões de pessoas que não mais dependiam do casamento indissolúvel.

A aceitação dos novos modelos de família pelo ordenamento jurídico através da Carta Magna de 1988 só foi possível em virtude do princípio da afetividade.

Segundo Paulo Lôbo:

Demarcando seu conceito, é o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida. Recebeu grande impulso dos valores consagrados na Constituição de 1988 e resultou da evolução da família brasileira, nas últimas décadas do século XX, refletindo-se na doutrina jurídica e na jurisprudência dos tribunais. O princípio da afetividade especializa, no âmbito familiar, os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da solidariedade (art. 3º, I), e entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre os cônjuges, companheiros e filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família.³⁴

³³DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 240.

³⁴LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 65.

A afetividade se tornou o elemento nuclear para que uma relação familiar fosse estabilizada, não havendo mais uma necessidade de se estipular um modelo único para que esta seja caracterizada.

Cumpre ressaltar também, que afetividade não deve ser confundida com afeto. A afetividade é um dever imposto aos pais em relação aos filhos e vice-versa, ainda que não haja amor ou carinho nessa ligação.

Percebe-se, portanto, que o enfoque dado pela Constituição de 1988 é completamente novo. Há uma preocupação com a afetividade, com a solidariedade familiar, com a igualdade – entre os gêneros ou não-, com a liberdade individual e, principalmente, com a dignidade da pessoa humana – valor que deve preponderar no ordenamento jurídico brasileiro, em todos os ramos do direito.

A Constituição Federal de 1988, impulsionada pelos anseios sociais de se positivar uma família pautada em outros valores que não os vínculos matrimoniais, as motivações patrimoniais e a formalidade exigida pelo casamento, veio instaurar implicitamente o princípio da afetividade – o novo responsável por pautar as relações familiares – e, através dele e de outros princípios dele decorrentes, é que foi possível a criação de novos modelos familiares, antes repelidos pelo nosso ordenamento.

Os modelos expressamente trazidos pelo artigo 226 da Constituição não constituem um rol taxativo. A jurisprudência pátria já decidiu, em diversas situações que foram postas nos nossos Tribunais Superiores, que outros modelos de família podem e devem ser reconhecidos, mesmo não estando incluídos explicitamente no dispositivo em questão. Mais uma vez se observa a força do princípio da afetividade: se outras relações familiares também foram pautadas nesse valor, o que pode impedir seu reconhecimento, uma vez que é justamente esse princípio que fundamenta aquelas que estão expressas na Constituição? Nessa direção, Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

Diante das inúmeras mudanças ocorridas, mesmo no período anterior à Constituição de 1988, a proteção estatal à família não

poderia mais se resumir às famílias fundadas no casamento. As famílias devem espelhar a própria formação democrática do convívio em sociedade, sob o prisma político-ideológico, fundando-se em valores existenciais e psíquicos, próprios do ser humano, como os sentimentos de solidariedade, afeto, respeito, compreensão, carinho e aceitação, que afastam os valores autoritários, materialistas, patrimonialistas e individualistas que nortearam a família matrimonial tutelada pelo Código Civil de 1916. Qualquer abordagem contemporânea em matéria de família jurídica deve levar em conta tal mudança de eixo. Assim, as transformações jurídicas exigem a funcionalização de qualquer aspecto patrimonial nas relações familiares ao entendimento das necessidades existenciais dos integrantes da família, voltadas aos valores e princípios encampados pelo documento constitucional de 1988 que, nessa matéria, merece acentuado destaque. Registre-se que as Constituições brasileiras retrataram sucessivamente as fases históricas que o Brasil passou, também no que pertine à família, identificando o trânsito do Estado Liberal para o Estado Social. Na atualidade, busca-se compreender a família como espaço de realização pessoal e da dignidade de seus integrantes.³⁵

Não há, portanto, qualquer óbice ao reconhecimento de uma entidade familiar que esteja pautada na afetividade, seja ela formada por vínculos informais não confirmados pelo matrimônio, por apenas um ascendente e sua prole, seja ela homossexual, conforme será abordado mais adiante.

A Constituição foi a responsável, portanto, por consagrar em nosso ordenamento jurídico novos modelos familiares³⁶, baseados no princípio da afetividade, que deve ser o parâmetro para o reconhecimento de um vínculo familiar. Nesse sentido, as lições de Maria Berenice Dias:

A afetividade é o princípio que fundamenta o direito das famílias na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia em face de considerações de caráter patrimonial ou biológico. O termo *affectiosocietatis*, muito utilizado no direito empresarial também pode ser utilizado no direito das famílias, como forma de expor a ideia de afeição entre duas pessoas para formar uma nova sociedade: a família. O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Também tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família.
[...]

Mesmo que a palavra afeto não esteja expressa na Constituição, a afetividade encontra-se enlaçada no âmbito de

³⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 28.

³⁶ Nesse sentido, cumpre destacar o tom exemplificativo dos tipos familiares contidos no artigo 226 da Constituição Federal de 1988.

sua proteção. Calha um exemplo. A união estável é reconhecida como entidade familiar, merecedora de tutela jurídica. Como se constitui sem o selo do casamento, isso significa que a afetividade, que une e enlaça as pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico. Ocorreu a constitucionalização de um modelo de família eudemonista e igualitário, com maior espaço para o afeto e a realização individual.

O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais. O sentimento de solidariedade recíproca não pode ser perturbado pela preponderância de interesses patrimoniais. É o salto à frente da pessoa humana nas relações familiares, como diz Paulo Lôbo, ao identificar na Constituição quatro fundamentos essenciais do princípio da afetividade: (a) igualdade de todos os filhos independentemente da origem (CF 227 §6º); (b) a adoção, como escolha afetiva com igualdade de direitos (CF 225 §§ 5º. e 6º); (c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos, com a mesma dignidade da família (CF 226 §4º); e (d) o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança, do adolescente e do jovem (CF 227).³⁷

Desta forma, não restam dúvidas de que a Constituição Federal de 1988, ao trazer os novos valores a serem seguidos – todos em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana e decorrentes deste – foi a grande responsável por permitir o reconhecimento de novos modelos familiares, através, não só do rol exemplificativo do artigo 226, mas também ao permitir um atual olhar sobre as relações humanas – pautado em novos parâmetros que valorizam novos aspectos da entidade familiares.

2.2 A parentalidade com a constituição de 1988: o rompimento do pátrio poder e o surgimento do poder familiar e da paternidade responsável; o princípio do melhor interesse da criança e as formas de surgimento do vínculo familiar

De acordo com o que foi visto no Capítulo 1, o pátrio poder, proveniente de uma concepção de “chefia” dos pais com os filhos do Direito Romano – *pater potestas* – dava aos pais, chefes de família, direito absoluto e ilimitado quanto à organização familiar.

³⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 11ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 54-55.

Como não poderia ser diferente, levando em consideração os novos princípios instituídos pela Constituição de 1988, tal conceito não pôde mais se sustentar no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que ia de encontro a diversos valores preceituados pelo Estado Social, como a igualdade de gêneros, de filiação, o princípio da afetividade, o princípio do melhor interesse da criança, a paternidade socioafetiva, o surgimento dos novos modelos de família, a dignidade da pessoa humana, etc.

Sendo assim, o pátrio poder deu lugar ao “poder familiar”, conceito que abarca um poder-dever dos pais com seus filhos, que agora são sujeitos de direito, sendo um encargo legal aos genitores, mas que serve ao interesse da prole.

Segundo Rolf Madaleno:

A origem do poder familiar está na razão natural de os filhos necessitarem da proteção e dos cuidados de seus pais, com absoluta dependência com o seu nascimento e reduzindo essa intensidade na medida de seu crescimento, desligando-se os filhos da postestade dos pais quando atingem a capacidade cronológica com a maioridade civil, ou através de sua emancipação pelos pais ou pelo juiz no caso de tutela e para tanto ouvido o tutor (CC, art. 5º, parágrafo único).

Como ensina Jorge Adolfo Mazzinghi, o filho precisa da proteção e dos cuidados de seus pais, porque precisa ser alimentado e educado pelos progenitores, e ele nasce indefeso e dependente, e assim permanece durante muito tempo, impedido de atender diretamente às suas necessidades pessoais.

Logo, é ao mesmo tempo dever e interesse natural dos pais propiciarem as melhores condições para os seus filhos, tanto no respeitante à sua educação e formação como no pertinente aos seus interesses físicos, morais, sociais, intelectuais e afetivos, porque todos esses elementos contribuem na boa estruturação intelectual e psíquica da criatura por eles trazida ao mundo.³⁸

Portanto, os pais agora exercem não mais um poder sobre seus filhos, mas um dever natural, que passa a ser legal, de protegê-los. A supremacia da vontade dos pais deixa de ser a protagonista nesse instituto jurídico, como antes era com o “pátrio poder” e dá lugar aos melhores interesses da criança e do adolescente, que passa a ser o foco da preocupação dos genitores e, portanto, o núcleo do instituto do poder familiar.

³⁸MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de família*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 719-720.

Com a igualdade de gêneros instituída expressamente pela Carta Magna em vigor, e, portanto, a igualdade entre os cônjuges trazida pelo §5º do artigo 226, depois pelos artigos 21 do ECA³⁹ e 1.631 do Código Civil de 2002, o poder familiar passa a ser exercido por ambos os genitores com igualdade, de forma que a separação dos pais não inibe o exercício do poder familiar pelo cônjuge que não detém a guarda física do filho. A capacidade de exercer o poder familiar tampouco se extingue com a contração por um dos cônjuges de novo casamento, conforme preceitua o artigo 1.636 do atual Código Civil.

A positivação do Poder Familiar encontra-se no artigo 229 da Constituição Federal de 1988, vejamos: “Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

No entanto, encontramos também menção expressa ao poder - familiar nos artigos 1.634 do Código Civil e no artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁴⁰, conforme se observa a seguir:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

I - dirigir-lhes a criação e a educação; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

³⁹ BRASIL, Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990.

⁴⁰ BRASIL, Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990.

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014).⁴¹

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016).⁴²

Ainda segundo Rolf Madaleno:

A autoridade parental está impregnada de deveres não apenas no campo material, mas, principalmente, no campo existencial, devendo os pais satisfazer outras necessidades dos filhos, notadamente de índole afetiva. Para Waldyr Grisard, tentar definir poder familiar nada mais é do que tentar enfeixar o que compreende o conjunto de faculdades encomendadas aos pais, como instituição protetora da menoridade, com o fim de lograr o pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos, seja física, mental moral, espiritual ou socialmente.

O poder familiar é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. Decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal e da socioafetiva. As obrigações que dele fluem são personalíssimas. Como os pais não podem renunciar aos filhos, os encargos que derivam da paternidade também não podem ser transferidos ou alienados. Nula é a renúncia ao poder familiar, sendo possível somente delegar a terceiros o seu exercício, preferencialmente a membro da família.⁴³

Para Paulo Lôbo, por exemplo, a expressão poder familiar ainda não seria a mais adequada a este encargo dado aos genitores, uma vez que a idéia de “poder” não estaria alinhada com as atribuições que o embasam e com a sua natureza jurídica, sendo mais coerente uma nomenclatura como “autoridade parental”, que define da seguinte forma:

A autoridade parental é o exercício dos direitos e deveres dos pais em relação aos filhos, no interesse destes. Configura uma

⁴¹ BRASIL, art. 1634 da Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.

⁴² BRASIL, art. 22 da Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990.

⁴³ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de família*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 458.

autoridade temporária, exercida até a maioridade ou emancipação dos filhos. Ao longo do tempo, mudou substancialmente o instituto, acompanhando a evolução das relações familiares, distanciando-se de sua função obrigatória – voltada ao interesse do chefe da família e ao exercício de poder dos pais sobre os filhos – para constituir um complexo de relações, em que ressaltam os deveres e as responsabilidades.⁴⁴

Com a transformação do Direito Brasileiro e, principalmente, com a intensa modificação que vem sofrendo o Direito de Família, no sentido de haver um novo olhar ao indivíduo, novos princípios abarcados pela ordem jurídica através da Constituição, a pluralidade familiar, o pátrio poder, que era definido como um poder de alguém – chefe da família – sobre os outros deu lugar a uma natural autoridade dos pais em relação aos seus filhos, que agora não devem apenas subordinação e obediência, mas são detentores de dignidades. Há que se respeitar o melhor interesse desses filhos e o princípio da convivência familiar. Nessa linha, preceitua Paulo Lôbo:

As vicissitudes por que passou a família, no mundo ocidental, repercutiram no conteúdo da autoridade parental. Quanto maiores foram as desigualdades, a hierarquização e a supressão de direitos, entre os membros da família, tanto maior foi o pátrio poder e o poder marital. À medida que se deu a emancipação da mulher casada, deixando de ser *alieni iuris*, à medida que os filhos foram emergindo em dignidade e obtendo tratamento legal isonômico, independentemente da sua origem, houve redução do quantum despótico, restringindo esses poderes domésticos. A redução do quantum despótico do antigo pátrio poder foi uma constante na história do direito. O pátrio potestas dos romanos antigos era muito extenso, ao início, pois abrangia o poder de vida ou morte, mas gradativamente restringiu-se, como se vê em antigo aforismo atribuído aos estoicos, enunciando que o pátrio poder deve ser exercido com afeição e não com atrocidade (*Patriapotestas in pietatedebet, non in atrocitate, consistere*).

A evolução gradativa, ao longo dos séculos, deu-se no sentido de transformação de um poder sobre os outros em autoridade natural com relação aos filhos, como pessoas dotadas de dignidade, no melhor interesse deles e da convivência familiar. Essa é a sua atual natureza. Assim, a autoridade parental, sendo menos poder e mais dever, converteu-se em *múnus*, concebido como encargo legalmente atribuído a alguém, em virtude de certas circunstâncias, a que não se pode fugir. Para Jean Carbonnier, é um direito-função, suscetível de abuso se ele for desviado de sua finalidade, que é a proteção do filho, para sua segurança, saúde e moralidade (1996, p. 236). Segundo Pietro Perlingieri, a autoridade parental

⁴⁴LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 268.

‘assume mais uma função educativa que propriamente de gestão patrimonial, e é ofício finalizado à promoção das potencialidades criativas dos filhos’, onde não é possível conceber um direito subjugado a outro (1997, p. 258).⁴⁵

Ademais, não restam dúvidas de que o poder familiar deve ser exercido de forma igualitária quanto a todos os filhos, sem haver qualquer distinção entre aqueles que foram adotados ou advindos da constância de outro casamento ou de nenhuma união duradoura. Com a igualdade de filiação adotada pelo nosso ordenamento jurídico pós 1988, não há mais espaço para qualquer tipo de tratamento diferenciado entre os filhos. É o que se observa da leitura dos artigos 1.630, 1.593 e 5º do Código Civil de 2002.

2.3 Os limites da constituição de 1988 quanto à omissão em relação aos outros modelos de família

As modificações trazidas pela Carta Política de 1988 no que diz respeito ao Direito de Família foram as responsáveis por abarcar expressamente alguns dos novos modelos familiares presentes em nossa sociedade: aqueles formados pela União estável – entre pessoas de sexos diferentes – e as famílias monoparentais, formadas por um dos genitores e seus filhos.

O Código Civil de 1916, o chamado “código do casamento”, não só privilegiava a constituição familiar feita pelo matrimônio, como excluía qualquer outro tipo de entidade não-matrimonial do conceito de “família”. Não havia, portanto, base legal para que outros modelos de família fossem aceitos em nosso ordenamento.

Com os novos princípios trazidos pela Constituição Federal de 1988, no entanto, a concepção estática de família ganhou um novo olhar, o olhar da afetividade, que passou a ser suficiente para caracterizar um agrupamento de pessoas como família, já que é considerado um princípio implícito da Carta Magna, decorrente da dignidade da pessoa humana.

⁴⁵*Ibid*, p. 269-270.

Ou seja, com os novos princípios instituídos pela Carta Política de 1988 é que foi possível o reconhecimento de novos modelos familiares, uma vez que tais princípios, oriundos da dignidade da pessoa humana, passaram a permitir uma nova concepção de família: um agrupamento de pessoas ligadas pelo afeto, compreensão, solidariedade, carinho, respeito, aceitação, que atende as necessidades de seus integrantes, sem se preocupar com o aspecto patriarcal e patrimonialista dessa relação.⁴⁶

Ocorre que muitos modelos familiares que já representavam à época uma realidade social restaram excluídos do rol do artigo 226 da Constituição, que, por um resquício de conservadorismo, deixou de abarcar a família homossexual, formada pela união estável ou casamento de pessoas do mesmo sexo e não contemplou qualquer modelo familiar ainda mais controvertido, como as famílias anaparentais ou simultâneas, o que foi e ainda é objeto de crítica por alguns doutrinadores.

É certo que os Tribunais Superiores já decidiram oportunamente⁴⁷ – conforme será abordado mais adiante – que as famílias homossexuais – tanto aquelas formadas pela união estável entre pessoas do mesmo sexo ou pelo casamento destas – são equiparadas às famílias formadas pela união de pessoas de sexos opostos, o que as torna iguais em direitos e obrigações e igualmente merecedoras da proteção Estatal constitucionalmente imposta.

No entanto, de início, o fato de a Constituição Federal não ter abordado expressamente tais modelos familiares – e ter se valido da expressão “entre o homem e a mulher”, gerou impasses para o reconhecimento de uma entidade familiar nessas situações.

Em um primeiro momento, tal “omissão constitucional” ao abordar os novos tipos de família serviu para que os setores mais conservadores de nossa sociedade legitimassem uma exclusão dos tipos de família que não

⁴⁶GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 28.

⁴⁷ STF, ADIN 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, Distrito Federal, ambas julgadas em 05 de Maio de 2011.

foram contemplados de forma expressa pela Carta Política de 1988, o que logo foi desmistificado pela nossa jurisprudência e doutrina pátria.

Nessa seara, Maria Berenice Dias:

A constituição, ao garantir especial proteção à família, citou algumas entidades familiares – as mais frequentes –, mas não as desigualou. Limitou-se a elencá-las, não lhes dispensando tratamento diferenciado. Ainda que a união estável não se confunda com o casamento, ocorreu a equiparação das entidades familiares, sendo todas merecedoras da mesma proteção. O fato de mencionar primeiro o casamento, depois a união estável e, por último, a família monoparental não significa qualquer preferência nem revela uma escala de prioridade. Ao criar a categoria de entidade familiar, a Constituição acabou supor reconhecer juridicidade às uniões constituídas pelo vínculo de afetividade. No dizer de Silvana Maria Carbonera, o afeto ingressou no mundo jurídico, lá demarcando seu território.

Paulo Lôbo sustenta que o caput do art. 226 da CF é cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade. A esse tratamento equalizador foram fiéis as primeiras leis que regulamentaram a união estável, não estabelecendo diferenciações ou revelando preferências.

A referência constitucional a ‘um homem e uma mulher’ na definição da união estável (CF 226 § 3º), durante muito tempo serviu de justificativa para negar às uniões de pessoas do mesmo sexo status de entidade familiar merecedora da tutela do Estado. Foi necessário que o Supremo Tribunal Federal, proclamasse a existência dos mesmos e iguais direitos e deveres às uniões homoafetivas.⁴⁸

Muito embora a Carta Magna em vigor não tenha abrangido todos os modelos familiares presentes em nossa sociedade, é certo que os valores advindos do Estado Social e expressamente trazidos pela Constituição em vigor, serviram de base para que o reconhecimento de novos modelos familiares pudesse ser feito. O papel da Constituição Federal de 1988 foi o de justamente inserir tais princípios supracitados em nosso ordenamento jurídico, positivando-os, para que pudesse haver base legal para condecoração de certos agrupamentos de pessoas como entidades familiares.

⁴⁸DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p 240-241

Não faria qualquer sentido que a Constituição Federal de 1988, que trouxe um viés igualitário e de liberdade, preconizando a afetividade como criadora dos laços familiares, preordenasse tipos estagnados e engessados de unidades familiares, negando a qualquer outra que não estivesse expressa em seu texto a proteção estatal.

É verdade que a legislação pátria deve acompanhar a realidade social que a contorna, ainda mais quando se trata de Direito de Família, mas, muito embora a Constituição de 1988 tenha deixado de abordar expressamente alguns dos novos modelos familiares, isso não constituiu óbice nenhum para que estes fossem reconhecidos. Pelo contrário, como já abordado, foi justamente a inserção dos novos valores constitucionais como afetividade, dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade, melhor interesse da criança, que permitiu que a jurisprudência elevasse ao status de família uniões de pessoas que não foram expressamente contempladas pelo rol do artigo 226 da Constituição Federal. Conforme Rolf Madaleno:

Mesmo os modelos de entidades familiares lembrados pela Constituição Federal de 1988 não abarcam a diversidade familiar presente na contemporânea sociedade brasileira, cujos vínculos provêm do afeto (feito um para o outro), mas não qualquer afeto, explica Sérgio Resende de Barros, mas ‘um afeto especial, representado pelo sentimento de duas pessoas que se afeiçoam pelo convívio diuturno, em virtude de uma origem comum ou em razão de um destino comum, que conjuga suas vidas tão intimamente, que as torna cônjuges quanto aos meios e aos fins de sua afeição, até mesmo gerando efeitos patrimoniais’.

Prossegue Sérgio de Barros Resende: ‘O afeto é que conjuga. Apesar da ideologia da família parental de origem patriarcal pensar o contrário, o fato é que não é requisito indispensável para haver família que haja homem e mulher, nem pai e mãe. Há famílias só de homens ou só de mulheres, como também sem pai ou mãe. Ideologicamente, a atual Constituição brasileira, mesmo superando o patriarcalismo, ainda exige o parentalismo: o biparentalismo ou o monoparentalismo. Porém, no mundo dos fatos, uma entidade familiar forma-se por um afeto tal – tão forte e estreito, tão nítido e persistente – que hoje independe do sexo e até das relações sexuais, ainda que na origem histórica não tenha sido assim. Ao mundo atual, tão absurdo é negar que, mortos os pais, continua existindo entre os irmãos o afeto que define a família, quão absurdo seria exigir a prática de relações sexuais como condição *sinequa non* para existir a família. Portanto, é preciso corrigir ou, dizendo com eufemismo, atualizar o texto da

Constituição brasileira vigente, começando por excluir do conceito de entidade familiar o parentalismo: a exigência de existir um dos pais.’

É fácil compreender a importância do afeto na formação dos vínculos familiares, especialmente diante do texto constitucional assentado no seu artigo 1º, inciso III, com a cláusula geral de tutela da personalidade, onde a dignidade humana é valor fundamental da República. Dessa sorte de ideias a família, dentre outros grupos sociais, lembra Gustavo Tepedino, ‘deve ter o seu regulamento interno adequado ao pleno desenvolvimento da personalidade humana, não lhes sendo consentido impor [...] normas de conduta que não se coadunam com os princípios acima referidos. As comunidades intermediárias têm a sua razão de ser e sua justificativa no papel que representam para a promoção da pessoa humana’.

A nova família foi desencarnada do seu precedente elemento biológico para ceder lugar aos vínculos psicológicos do afeto, consciente a sociedade que, na formação da pessoa humana, os valores como a educação, o afeto e a comunicação contígua guardam muito mais importância do que o elo da hereditariedade. A família que foi repersonalizada a partir do valor do afeto, não qualquer relação afetiva, como pudesse alguém argumentar, mas de um afeto especial e complementar de uma relação de estabilidade, coabitação, intenção de constituir um núcleo familiar, de proteção, solidariedade e interdependência econômica, tudo inserido em um projeto de vida em comum, conforme exterioriza o artigo 1.511 do Código Civil, ao explicitar que a comunhão plena de vida é princípio geral e ponto de partida para o pleno desenvolvimento pessoal dos partícipes de cada um dos diversificados modelos de famílias.⁴⁹

Quanto à igualdade entre as entidades familiares formadas tanto pelo casamento como pela união estável, segundo Paulo Lôbo⁵⁰, a interpretação do artigo 226, § 3º poderia gerar duas teses antagônicas: de acordo com a primeira, a chamada tese da desigualdade entre os modelos, haveria a primazia do casamento sobre os outros tipos, uma vez que o artigo determina que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento. De acordo com a segunda, os modelos familiares seriam iguais, já que lei assegura a liberdade de escolha humana.

A segunda tese parece estar melhor alinhada com os valores constitucionais implementados pela Carta Política de 1988, já que tem como base a igualdade, a liberdade, a afetividade e a dignidade da pessoa

⁴⁹MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de família*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.6-7.

⁵⁰LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 74.

humana, sendo estes os fundamentos básicos para a constituição de uma família, segundo o novo olhar democrático e igualitário trazido pela Carta Magna em vigor. É o que entende Rolf Madaleno, por exemplo:

Portanto, uma das espécies de família reconhecida pela Constituição Federal é a constituída pelo casamento, mas que não se manteve isolada diante da evolução social da família brasileira que viu constitucionalizada como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher. A união estável não concorre com o casamento, como uma forma, ‘superior’ ou ‘inferior’ de entidade familiar, mas representa, sim, apenas mais uma opção a ser tomada, embora vozes doutrinárias sigam afirmando que se união estável e casamento fossem a mesma entidade familiar não seria necessário poder converter uma em outro, como sucede o §3º do artigo 226 da Constituição Federal ao permitir possa a união estável ser convertida em casamento.⁵¹

Mesmo com uma possível preferência constitucional do casamento à união estável, não se deve entender que aquele mereceria maior proteção estatal do que esta, mas tão somente uma tentativa de primar por uma situação de maior segurança jurídica trazida pelos formalismos do casamento, tanto para o casal, como para o Estado, já que a união estável não tem necessariamente, como o casamento, certidão que estabelece prova absoluta da união conjugal.

Da mesma forma, mesmo com uma ausência de abordagem por parte da Constituição Federal de 1988 de outros possíveis modelos familiares, não se poderia entender que esses não estariam abarcados pelo novo conceito de família do ordenamento jurídico brasileiro. O trabalho da Constituição de inserir os valores que permitiram o reconhecimento de entidades familiares pautadas na igualdade, liberdade, afetividade e dignidade da pessoa humana foi feito e, através dele, é possível que novos modelos surjam e sejam abarcados pela nova definição de família.

⁵¹MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de família*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 36.

Capítulo III – Os novos modelos familiares após o advento da Constituição de 1988

Com o advento da Constituição de 1988 e a inserção de diversos princípios em nosso ordenamento jurídico, já abordados nos capítulos anteriores, foi possível o reconhecimento de novos modelos familiares. Não só os modelos expressamente tratados no artigo 226 da Carta Magna passaram a receber o status de família e a proteção estatal, mas com o olhar da afetividade, da igualdade, liberdade, e com a dignidade da pessoa humana sendo usada como guia, foi possível que se chegasse à conclusão de que o rol do referido dispositivo seria exemplificativo, não taxativo.

Não haveria, portanto, um objetivo da Constituição de estabelecer os modelos de casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo e a família monoparental como únicos em nossa legislação.

O papel da nossa Carta política foi de abrir nossos horizontes para o olhar da afetividade, através do qual podemos enxergar uma entidade familiar onde haja respeito ao princípio do melhor interesse da criança, da solidariedade familiar, onde haja o poder familiar exercido por ambos os cônjuges, sem que haja qualquer tipo de tratamento desigual entre homens e mulheres, onde os filhos, independentemente de suas diferentes origens, sejam tratados de forma igualitária e digna, ou seja, onde haja a vontade de constituir uma família baseada nos valores por ela trazidos.

No entanto, as questões do Direito de Família que ainda não tem solução são diversas, uma vez que tal ramo do direito é extremamente mutável e deve refletir as mudanças da sociedade em que se insere, respeitando os anseios e clamores de um segmento de pessoas a quem deve representar.

Dessa forma, diversas polêmicas surgiram ao longo do tempo – desde o advento da constituição até os dias de hoje – e muitas não apresentam solução única ou resposta absoluta.

A nossa jurisprudência vem tentando uniformizar os entendimentos sobre determinados tipos de família ou as novas controvérsias que se apresentam devido às modificações do nosso ordenamento.

Muito embora seja muito difícil tratar de todas essas questões, abaixo se terá uma seleção daquelas mais em voga e sobre as quais os Tribunais brasileiros já se manifestaram.

3.1 As famílias homoafetivas

A homossexualidade é questão socialmente controvertida há muitos anos. Há quem – ainda –, sob a influência de um viés religioso e conservador, entenda que deve ser repelida e, portanto, rechaçada pelo nosso ordenamento jurídico. No entanto, os movimentos que se encarregam – acertadamente- de promover uma inserção dessas pessoas na sociedade vem fazendo um excelente trabalho.

É certo que ainda há um longo caminho a ser percorrido para refratar todo e qualquer tipo de preconceito, mas já se observa uma evolução social nesse sentido que acaba influenciando em muito a progressão legislativa que visa evitar a marginalização de qualquer pessoa em razão de orientação sexual.

A Constituição de 1988, em seu artigo 226, § 3º, reconheceu como entidade familiar merecedora da proteção do Estado a união estável entre homens e mulheres, representando verdadeiro avanço no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que aboliu a antiga ideia de que o casamento civil seria indispensável para constituição de uma família. No entanto, o dispositivo em comento fala expressamente sobre a “união estável entre o homem e a mulher”, o que poderia deixar dúvidas sobre a exclusão da união homossexual do conceito de família aceito pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A defesa da “letra da lei” foi amplamente usada pelos setores conservadores da sociedade para tentar impedir que fossem reconhecidas

como entidades familiares a união de pessoas do mesmo sexo – seja através do casamento ou não.

No entanto, no ano de 2011, o Supremo Tribunal Federal, em decisões históricas da ADI 4277⁵² e da ADPF 132⁵³, equiparou a união de pessoas do mesmo sexo com a união entre homens e mulheres, tornando, então, o conceito de família mais abrangente ainda do que aquele previsto no artigo 226 da Constituição, que já apresentava evolução em relação ao anterior, e permitindo que a união homoafetiva fosse reconhecida como família, garantindo a estes direitos, deveres e os efeitos jurídicos que aquelas possuem.

A ADI 4277⁵⁴, de relatoria do então Ministro Ayres Britto, foi proposta pela Procuradora Geral da República Deborah Duprat, em julho de 2009 em face do artigo 1.723 do Código Civil de 2002, e visava justamente que fosse reconhecida no Brasil a união de pessoas do mesmo sexo como família, desde que, é claro – assim como na união entre homens e mulheres – preenchidos os requisitos mínimos legais para que a União Estável fosse constituída.

O principal argumento da referida ação era que os direitos dos homossexuais que visavam constituir família estavam sendo frustrados, uma vez que, muito embora os casais dividissem um teto, as despesas e uma vida conjunta, não tinham os mesmos direitos e deveres que uma união estável heteroafetiva e que isso se daria devido a um preconceito ligado à via religiosa predominante no país, o que não poderia se conceber, uma vez que haveria clara afronta ao princípio da liberdade religiosa⁵⁵.

O grande argumento para que a união estável entre pessoas do mesmo sexo não fosse reconhecida como entidade familiar seria justamente a redação do artigo 226, §3º da CF/88, uma vez que este, na visão dos mais conservadores, teria restringido sua aplicação – ou seja, o reconhecimento

⁵² STF, ADI 4277, Rel. Ministro Ayres Britto, Distrito Federal, 05 de maio de 2011.

⁵³ STF, ADPF 132, Rel. Ministro Ayres Britto, Distrito Federal, 05 de maio de 2011.

⁵⁴ STF, ADI 4277, Rel. Ministro Ayres Britto, Distrito Federal, 05 de maio de 2011.

⁵⁵ O que inclui, cumpre destacar, o direito a não se ter religião alguma.

de uma união estável como entidade familiar e digna da proteção concedida ao casamento civil- apenas à união de homem e mulher, excluindo-se as uniões homoafetivas.

Essa opinião chegou a ser partilhada por diversos juristas que se prestavam a exclamar que a Constituição Federal explicitava que, uma das condições para o reconhecimento de uma união estável seria que esta fosse entre um homem e uma mulher.

A referida opinião se mostra completamente dissidente da realidade atual em que vivemos. Ao se defender a tese de que o relacionamento homossexual seria uma opção⁵⁶ foge totalmente da realidade dos fatos, já que na verdade está se tratando das orientações sexuais dos indivíduos, uma condição pessoal de cada um.

Não restam dúvidas de que o não reconhecimento da união estável homoafetiva caracteriza uma verdadeira discriminação por orientação sexual, já que a razão para tal recusa seria apenas o fato de que a referida união não se daria de forma heterossexual, o que não podemos conceber na nossa realidade atual, uma vez que nossa constituição protege expressamente o princípio da isonomia – inclusive como cláusula pétrea.

Para a requerente da ADI 4.277⁵⁷ haveria, ainda, por parte do Código Civil de 2002, através de seu artigo 1.723, que estipula dentre as condições para o reconhecimento de uma união estável o fato de esta se dar entre homens e mulheres, uma negativa de que um grupo de pessoas desfrutasse dos mesmos direitos que a maioria, simplesmente pela condição de homossexualidade, o que acabaria por fomentar uma cultura de preconceito na sociedade, já que, frise-se, a união homoafetiva é uma realidade, e deixar de reconhecê-la apenas coloca seus integrantes sob um olhar marginalizado, negando-lhes direitos, deveres e o status de entidade familiar pelo simples fato de terem orientação sexual diferenciada.

⁵⁶ Tal tese era utilizada em muitas ocasiões como uma forma de justificar a opressão.

⁵⁷ STF, ADI 4277, Rel. Ministro Ayres Britto, Distrito Federal, 05 de maio de 2011.

A participação do AGU na referida demanda foi justamente nesse sentido. O entendimento explicitado foi o de que não haveria qualquer justificativa sensata para que essa união não fosse reconhecida, uma vez que ambas estariam fundadas nos mesmos princípios de afeto, liberdade e animus de constituir família.

A referida ADI foi julgada conjuntamente com a ADPF 132⁵⁸ e foi reconhecida a União Estável entre casais do mesmo sexo, excluindo, então, qualquer interpretação do artigo 1.723 do Código Civil que impedisse o reconhecimento desta entidade familiar.

A ADPF 132, por sua vez, foi proposta, em Fevereiro de 2008, pelo então Governador do Estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, e tinha como objeto o artigo 19, II e V e o artigo 33, incisos I ao X e parágrafo único, todos os Decreto-Lei nº 220, de 18 de julho de 1975⁵⁹, porque estes poderiam ser – e vinham sendo - interpretados de forma discriminatória com os homossexuais, uma vez que dispunham sobre concessão de licença ao servidor que tiver pessoa com doença na família ou para acompanhar o cônjuge que fosse enviado por seu empregador para trabalhar em local diverso, assim como a concessão de benefícios previdenciários e assistência social ao servidor e sua família.

Alegou o requerente que os dispositivos em comento estavam sendo aplicados de maneira segregadora, já que o Poder Judiciário teria negado, em diversas decisões, às uniões homoafetivas a aplicação do mesmo regime jurídico das uniões estáveis heteroafetivas.

No julgamento das ações, ficou claro que a orientação sexual de uma pessoa jamais pode ser utilizada como fator de desigualdade jurídica ou razão para negar-lhe direitos e deveres. Ademais, consignou-se que a expressão “família”, utilizada pela Constituição Federal de 1988 diversas vezes como entidade a qual o estado deve sempre conferir proteção, não pode se limitar à formação de casais heteroafetivos, devendo ser a união

⁵⁸ STF, ADPF 132, Rel. Ministro Ayres Britto, Distrito Federal, 05 de maio de 2011.

⁵⁹ Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro

homoafetiva reconhecida como família segundo as mesmas regras e consequências da união entre pessoas de sexos diferentes.

Cumpra trazer à baía parte do voto do Ministro Luiz Fux no julgado em comento:

Os fatos concretos, como antes afirmado, apontam para o enquadramento jurídico –e, com isso, o oferecimento de segurança jurídica às uniões homoafetivas – na moldura jurídica estabelecida para as uniões heterossexuais, à míngua de qualquer distinção. E, especificamente quanto aos dispositivos de legislação estadual assinalados, é até mesmo uma questão de coerência, pois o próprio Estado do Rio de Janeiro, posteriormente, editou leis acima mencionadas que reconhecem, para os fins do regime próprio de previdência social de seus servidores a união homoafetiva.

Saliente-se ainda, que não se há de objetar que o art. 226, § 3º, constituiria obstáculo à equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis heterossexuais, por força da previsão literal (‘entre homem e mulher’). Assiste razão aos proponentes das ações em exame em seus comentários à redação do referido dispositivo constitucional. A norma foi inserida no texto constitucional para tirar da sombra as uniões estáveis e incluí-las no conceito de família. Seria perverso conferir a norma de cunho indiscutivelmente emancipatório interpretação restritiva, a ponto de concluir que nela existe impeditivo à legitimação jurídica das uniões homoafetivas, lógica que se há de estender no art. 1.723 do Código Civil.

Urge, pois, renovar esse mesmo espírito emancipatório e, nesta quadra histórica, estender a garantia institucional da família também às uniões homoafetivas.⁶⁰

A referida decisão, como não poderia deixar de ser, teve reflexo no posicionamento de outros tribunais.

Nos primeiros julgados sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça enquadrava a união homoafetiva como mera sociedade de fato, o que negava, portanto, a aplicação do Direito de família a essas uniões que, segundo os Ministros, deveriam ser regidas pelo direito das obrigações, o que acarretava na perpetração de verdadeira discriminação, como se observa do julgado a seguir:

SOCIEDADE DE FATO. HOMOSSEXUAIS. PARTILHA DO BEM COMUM. O PARCEIRO TEM O DIREITO DE RECEBER A METADE DO PATRIMONIO ADQUIRIDO PELO ESFORÇO COMUM, RECONHECIDA A EXISTENCIA DE SOCIEDADE DE FATO COM OS

⁶⁰ STF, ADPF 132, Rel. Ministro Ayres Britto, Distrito Federal, 05 de maio de 2011, pg. 22-23.

REQUISITOS NO ART. 1363 DO C. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. ASSISTENCIA AO DOENTE COM AIDS. IMPROCEDENCIA DA PRETENSÃO DE RECEBER DO PAI DO PARCEIRO QUE MORREU COM AIDS A INDENIZAÇÃO PELO DANO MORAL DE TER SUPOSTADO SOZINHO OS ENCARGOS QUE RESULTARAM DA DOENÇA. DANO QUE RESULTOU DA OPÇÃO DE VIDA ASSUMIDA PELO AUTOR E NÃO DA OMISSÃO DO PARENTE, FALTANDO O NEXO DE CAUSALIDADE. ART. 159 DO C. CIVIL. AÇÃO POSSESSORIA JULGADA IMPROCEDENTE. DEMAIS QUESTÕES PREJUDICADAS. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E PROVIDO.⁶¹

Tempos depois, no ano de 2005, através do REsp. 238.715/RN, esse mesmo Tribunal reconheceu que a relação entre pessoas do mesmo sexo geraria direitos à união estável, se valendo de uma interpretação por analogia, admitindo-se, então, a inclusão do companheiro como dependente em plano de assistência médica. Vejamos:

PROCESSO CIVIL E CIVIL - PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA – SÚMULA 282/STF - UNIÃO HOMOAFETIVA - INSCRIÇÃO DE PARCEIRO EM PLANO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA - POSSIBILIDADE - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO-CONFIGURADA.

- Se o dispositivo legal supostamente violado não foi discutido na formação do acórdão, não se conhece do recurso especial, à míngua de prequestionamento.

- A relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica.

- O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana.

- Para configuração da divergência jurisprudencial é necessário confronto analítico, para evidenciar semelhança e simetria entre os arestos confrontados. Simples transcrição de ementas não basta.⁶²

No entanto, foi só com o julgamento do REsp. 820/475/RJ, julgado em 02/09/2008 pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do Ministro Antônio de Pádua Ribeiro e relatoria de acórdão do

⁶¹ STJ, REsp 148897, 4ª Turma, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Minas Gerais, 10 de Fevereiro de 1998.

⁶² STJ, REsp nº 238.715, 3ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Rio Grande do Norte, 19 de maio de 2005.

Ministro LuisFelipe Salomão, que esse Tribunal reconheceu que não há proibição normativa ao reconhecimento da união estável homoafetiva, afirmando, então que a possibilidade jurídica do referido instituto é absolutamente cabível. Foi assim que este tribunal superior passou a modificar sua jurisprudência para reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, afirmando que a analogia era mecanismo plenamente adequado para fazer valer a igualdade jurídica.

Nesse sentido:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO HOMOAFETIVA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. OFENSA NÃO CARACTERIZADA AO ARTIGO 132, DO CPC. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ARTIGOS 1º DA LEI 9.278/96 E 1.723 E 1.724 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE LACUNA LEGISLATIVA. POSSIBILIDADE DE EMPREGO DA ANALOGIA COMO MÉTODO INTEGRATIVO.

1. Não há ofensa ao princípio da identidade física do juiz, se a magistrada que presidiu a colheita antecipada das provas estava em gozo de férias, quando da prolação da sentença, máxime porque diferentes os pedidos contidos nas ações principal e cautelar.

2. O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta.

3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito.

4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dès que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu.

5. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada.

6. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador.

5. Recurso especial conhecido e provido.⁶³

Mais recentemente, em 2010, o Superior Tribunal de Justiça reafirmou o direito dos casais homoafetivos de terem dependente segurado fazendo jus à pensão por morte, o que apenas ratifica uma orientação que já se mostrava uniforme por parte dos Tribunais federais e estaduais. Observemos o referido julgado:

DIREITO CIVIL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. BENEFÍCIOS. COMPLEMENTAÇÃO. PENSÃO POST MORTEM.

UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS. EMPREGO DE ANALOGIA PARA SUPRIR LACUNA LEGISLATIVA. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA PRESENÇA DOS ELEMENTOS ESSENCIAIS À CARACTERIZAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL, COM A EVIDENTE EXCEÇÃO DA DIVERSIDADE DE SEXOS. IGUALDADE DE CONDIÇÕES ENTRE BENEFICIÁRIOS.

- As questões suscitadas pela embargante não constituem pontos omissos ou obscuros, tampouco erro de fato do julgado, mas mero inconformismo com os fundamentos e conclusões adotados no acórdão embargado.

- O que se percebe, é que busca a embargante sustentar a tese de que o recurso especial não mereceria conhecimento, por incidência das Súmulas 5, 7 e 126, do STJ, no intuito de que o acórdão proferido pelo TJ/RJ seja restabelecido e a pensão post mortem consequentemente negada ao embargado.

- Para chegar à conclusão de que o companheiro homossexual sobrevivente de participante de entidade de previdência privada complementar faz jus à pensão post mortem, o acórdão embargado assentou-se na integração da norma infraconstitucional lacunosa por meio da analogia, nos princípios gerais de Direito e na jurisprudência do STJ, sem necessidade alguma de revolvimento de matéria de verniz fático ou probatório, tampouco de interpretação de cláusulas contratuais.

- Conquanto questionável a premissa constitucional fixada pelo TJ/RJ, de que o conceito de união estável não contempla uniões entre pessoas do mesmo sexo, o recurso especial trouxe debate diverso e sob viés igualmente distinto foi a matéria tratada no STJ, porquanto ao integrar a lei por meio da aplicação analógica do art. 1.723 do CC/02, o acórdão embargado decidiu a temática sob ótica nitidamente diversa daquela adotada no acórdão recorrido sem necessidade de tanger o fundamento constitucional nele inserto, porque não definiu a união homoafetiva como união estável, mas apenas emprestou-lhe as consequências jurídicas dela derivadas.

⁶³ STJ, REsp 820475, 4ª Turma, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Rio de Janeiro, 02 de Setembro de 2008.

-Vale dizer, a decisão do STJ terá plena eficácia não sendo, de forma alguma, limitada em seu alcance pela fixação da tese constitucional, transitada em julgado, ainda que o STF viesse a referendar a conclusão de índole constitucional albergada pelo TJ/RJ.

- Assim, inaplicável, na hipótese julgada, o entendimento da Súmula 126 do STJ, que apenas aponta a inviabilidade de recurso especial quando o recurso extraordinário? que veicule idêntica temática for obstado na origem. Aí sim, ocorrendo efetiva prejudicialidade entre possível decisão do STJ e a existência, na origem, de fundamento constitucional inatacado, é de rigor a incidência do aludido óbice.

- A embargante pretende, em suas ponderações, tão somente rediscutir matéria jurídica já decidida, sem concretizar alegações que se amoldem às particularidades de que devem se revestir as peças dos embargos declaratórios.

- A tentativa obstinada no sentido de que incidam óbices ao conhecimento do recurso especial deve ser contemporizada quando em contraposição a matéria de inegável relevo social e humanitário.

- Ao STJ não é dado imiscuir-se na competência do STF, sequer para prequestionar questão constitucional suscitada em sede de embargos de declaração, sob pena de violar a rígida distribuição de competência recursal disposta na CF/88.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.⁶⁴

Os julgados trazidos nos fazem concluir que o STJ abandonou uma posição absolutamente simplista, que ficava restrita à letra fria da lei para deixar de reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo como uma união estável apenas pelo fato de a lei não ditar expressamente essa possibilidade, para seguir com uma postura no sentido de cabimento da analogia para admitir esse tipo de união como entidade familiar, reconhecendo, portanto, a igualdade entre casais heteros e homoafetivos. Nesse sentido, as lições de Paulo Roberto IottiVecchiati:

Na mesma linha defendida quanto ao casamento civil, a união estável é um regime jurídico possível de ser reconhecido às uniões homoafetivas, uma vez que o valor inerente a ela, que configura o objeto de proteção da(s) lei(s) da união estável, é o amor familiar, ou seja, o amor romântico que vise a uma comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura, que é o elemento formador da família contemporânea no que tange a casais. Isso é possível pela interpretação extensiva, em se considerando idênticas as uniões heteroafetivas e homoafetivas, visto serem formadas por aquele mesmo amor, ou então pela analogia, na hipótese de se as

⁶⁴ STJ, EDcl no REsp 1026981, 3ª Turma, Rel. Ministra Nancy Andrigli, Distrito Federal, 04 de Agosto de 2010.

considerar como situações diferentes que, todavia, possuem o mesmo elemento essencial, a saber: o amor familiar.⁶⁵

Tendo em vista que as uniões entre pessoas do mesmo sexo são protegidas pelo regime da união estável em virtude de se observar verdadeira formação de famílias conjugais – formadas pelo amor familiar –, tais uniões merecem a mesma proteção jurídica.

Caso assim não se entendesse, estaríamos diante de um verdadeiro embate entre essa interpretação do artigo 226, §3º e de outras normas contidas na Carta Magna, tais como a isonomia, a dignidade da pessoa humana, o que configuraria uma interpretação simplista, baseada em um legalismo positivista que já está muito ultrapassado.

Nessa mesma direção, o autor continua:

Que fique claro: não considero existir proibição à união estável homoafetiva na redação do artigo 226, § 3º, da CF/88, pelo simples fato de ali constar a expressão ‘entre homem e a mulher’, na medida em que, como manifestei perante o Supremo Tribunal Federal em sustentação oral na ADPF 132 e na ADI 4.277, dizer que a união estável é reconhecida ‘entre o homem e a mulher’ não é o mesmo que dizer que ela é reconhecida como ‘apenas entre o homem e a mulher’ – como o apenas não está escrito, não há limites semânticos no texto que impeçam a exegese constitucional exclusiva da união estável homoafetiva por interpretação extensiva ou analogia, donde a união homoafetiva enquadra-se no conceito constitucional de união estável por formar uma família conjugal, que é o elemento valorativamente protegido pelo regime jurídico da união estável (e, também, do casamento civil). Não há limites semânticos no texto porque não se diz em nenhum momento que a expressão ‘entre o homem e a mulher’ abarcaria a união homoafetiva – o que se defende é que tal expressão não tem o condão de criar uma proibição implícita à união estável homoafetiva, mas e simplesmente informar que a Constituição reconheceu a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar sem nada dispor sobre a união estável entre duas pessoas do mesmo sexo, o que, consoante lições de Direito Civil Clássico, configura lacuna normativa passível de colmatação por interpretação extensiva ou analogia, que é a solução aplicável pelo fato de a união homoafetiva formar uma

⁶⁵VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Método, 2012, p. 361-362;

família conjugal, que é o elemento valorativamente protegido pela união estável e pelo casamento civil.⁶⁶

Atualmente, cada vez mais, a referida interpretação vem sendo implementada por julgadores dos Tribunais Superiores. É o que se observa, por exemplo, no REsp1.302.467/2012 - SP:

DIREITO DE FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAfetiva) ROMPIDA. DIREITO A ALIMENTOS. POSSIBILIDADE. ART. 1.694 DO CC/2002. PROTEÇÃO DO COMPANHEIRO EM SITUAÇÃO PRECÁRIA E DE VULNERABILIDADE. ORIENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF. ALIMENTOS PROVISIONAIS. ART. 852 CPC. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. ANÁLISE PELA INSTÂNCIA DE ORIGEM. [...] ⁶⁷

O que se extrai da leitura do voto do relator é que a união estável homoafetiva já tinha sido reconhecida como entidade familiar pelo STF em julgamentos anteriores com efeitos vinculantes, o que confere ao Superior Tribunal de Justiça a possibilidade de julgar de acordo com esse entendimento, com o qual o Ministro Luiz Felipe Salomão concorda, vejamos:

[...] 10. A conclusão que se extrai no cotejo de todo ordenamento é a de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família (ADI n. 4277/DF e ADPF 132/RJ), incluindo-se aí o reconhecimento do direito à sobrevivência com dignidade por meio do pensionamento alimentar. [...].⁶⁸

Cumpre tecer comentários também sobre o casamento civil homoafetivo e sua possibilidade no direito brasileiro. O Código Civil de 2002, em seu artigo 1.514 aduz que: “O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados”.

⁶⁶ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da ação por casais homoafetivo*. 2ªEd rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Editora Método, 2012, p. 330-331.

⁶⁷ STJ, REsp. 1302.467, 4ª Turma, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Distrito Federal, 03 de Março de 2015.

⁶⁸ *Ibid*

Diante da redação escolhida para este dispositivo, acreditou-se, em um certo momento, que a diversidade de sexos seria uma “condição de existência” para o casamento cuja ausência o impediria de acontecer. Argumentou-se, ademais, que o casamento homoafetivo não poderia se realizar uma vez que a lei não era expressa nesse sentido, bem como feito ao tentar se impedir o reconhecimento da união estável homoafetiva.

Ocorre que, seguindo a mesma linha de raciocínio utilizada na questão anterior, a expressão utilizada pelo Código Civil “homem e a mulher” não tem, e nem poderia ter, o condão de impedir o casamento civil homoafetivo, sendo esta mera regulamentação do casamento heteroafetivo, sem que haja qualquer proibição para que o casamento entre pessoas do mesmo sexo ocorra, o que podemos concluir se nos valermos de uma interpretação extensiva ou analogia.

A proibição do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo seria extremamente discriminatória, já que estaria garantindo menos direitos aos casais homoafetivos do que aos casais de pessoas de sexos diferentes.

Portanto, considerando que a lei, em nenhum momento, proíbe o casamento civil homoafetivo, limitando-se apenas a regulamentar o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, estamos diante de uma omissão legal, ou seja, uma ausência de disposição expressa no ordenamento jurídico sobre aquele tema. Nos casos de omissões legais, deve-se estender a proteção jurídica que foi dada à situação que teve menção expressa à situação que não restou citada, no caso de identidade entre elas, através de interpretação extensiva ou no caso de as situações serem fundamentadamente idênticas, por meio de analogia.⁶⁹

Mais uma vez, Paulo Roberto Iotti Vecchiatti:

Assim, no caso do casamento civil, apesar de o art. 1.541 do Código Civil não ter deixado expresso que ele é possível a duas pessoas do mesmo sexo, tal possibilidade jurídica é uma decorrência lógica dos princípios da igualdade e da interpretação extensiva ou da analogia, uma vez que ditas técnicas de interpretação jurídica visam garantir que pessoas em

⁶⁹ A técnica da interpretação extensiva é aquela que visa integrar o ordenamento jurídico com a realidade, suprindo, assim como a analogia, as omissões cometidas pelo legislador.

situações idênticas ou idênticas no essencial a outras expressamente citadas/regulamentadas pelo texto normativo recebam um tratamento igualitário em relação a estas, em que pese a eventual omissão da norma jurídica.⁷⁰

O STJ, no julgamento do REsp 1.183.378/RS, reconheceu a referida possibilidade, conforme se observa a seguir:

DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO(HOMOAfetivo). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA AQUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF.

1. Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, vigorante a fase histórica da constitucionalização do direito civil, não é possível ao STJ analisar as celeumas que lhe aportam "de costas" para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família.

3. Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado". Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados - deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o

⁷⁰ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da ação por casais homoafetivo. 2ª Ed rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Editora Método, 2012, p. 251.

destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade.

4. O pluralismo familiar engendrado pela Constituição - explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF - impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos.

5. O que importa agora, sob a égide da Carta de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a "especial proteção do Estado", e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família.

6. Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os "arranjos" familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto.

7. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à auto-afirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença. Conclusão diversa também não se mostra consentânea com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226). E é importante ressaltar, nesse ponto, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união.

8. Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar.

9. Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo "democraticamente" decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos,

a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos.

10. Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis.

11. Recurso especial provido.⁷¹

Em 2013, então, foi editada resolução número 175 do Conselho Nacional de Justiça⁷², visando uniformizar a questão para o Brasil inteiro. Através do referido ato, ficou vedada a recusa e celebração de casamentos entre pessoas do mesmo sexo ou a conversão de união estável em casamento civil para casais homoafetivos.

Tendo sido, então, admitidas no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de casais formados por pessoas do mesmo sexo viverem em união estável e contraírem casamento civil, reconhecendo para ambas as situações o status de família, passemos agora a uma breve análise da possibilidade de adoção por esses casais homoafetivos.

Seguindo a mesma linha de raciocínio usada para não serem favoráveis à união estável e ao casamento civil dos casais homoafetivos, o argumento simplista daqueles que se opõem à possibilidade da adoção por casais homoafetivos seria de que o artigo 1.618 do Código Civil de 2002 não traria essa possibilidade, uma vez que fala em “cônjuges ou companheiros”, ou seja, pessoas capazes de se casar ou viver em união estável o que, na opinião dos conservadores, não incluiriam os casais homossexuais, já que, remetendo-se à Constituição Federal de 1988 ou outros artigos do Código Civil de 2002, seria necessário que se tratasse de “o homem e a mulher”.

Ou seja, mais uma vez a argumentação se repete: a omissão legal não permitiria que os casais formados por pessoas do mesmo sexo adotassem

⁷¹ STJ, REsp 1.183.378, 4ª Turma, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Distrito Federal, 25 de Outubro de 2011.

⁷² BRASIL, Resolução n. 175, de 14 de Maio de 2013.

crianças, uma vez que não teria sido reconhecida a união estável homoafetiva ou o casamento civil.

Além de já ter sido provado anteriormente que não há qualquer óbice legal para a união estável ou o casamento civil de pessoas do mesmo sexo e que esta proibição estaria pautada em uma discriminação dessas pessoas, além de estar em completa desconformidade com os princípios da isonomia e dignidade da pessoa humana, cumpre citar o claro teor do artigo 5º, II, da CF/1988, que alega que: “II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Ou seja, não havendo qualquer proibição no ordenamento jurídico quanto à adoção por casais homoafetivos, não se poderia admitir uma proibição implícita a este ato.

A Jurisprudência vem se posicionando favoravelmente à adoção feita por casais homossexuais, já há alguns anos. É o que se pode destacar do REsp. 889.852/RS, que foi julgado em 27 de abril de 2007 pelo ilustre Ministro Luiz Felipe Salomão, conforme se observa abaixo:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA.

1. A questão diz respeito à possibilidade de adoção de crianças por parte de requerente que vive em união homoafetiva com companheira que antes já adotara os mesmos filhos, circunstância a particularizar o caso em julgamento.

2. Em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se velozmente, a interpretação da lei deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal.

3. O artigo 1º da Lei 12.010/09 prevê a "garantia do direito à convivência familiar a todas e crianças e adolescentes". Por sua vez, o artigo 43 do ECA estabelece que "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos".

4. Mister observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais

diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo.

5. A matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si.

6. Os diversos e respeitados estudos especializados sobre o tema, fundados em fortes bases científicas (realizados na Universidade de Virgínia, na Universidade de Valência, na Academia Americana de Pediatria), "não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores".

7. Existência de consistente relatório social elaborado por assistente social favorável ao pedido da requerente, ante a constatação da estabilidade da família. Acórdão que se posiciona a favor do pedido, bem como parecer do Ministério Público Federal pelo acolhimento da tese autoral.

8. É incontroverso que existem fortes vínculos afetivos entre a recorrida e os menores – sendo a afetividade o aspecto preponderante a ser sopesado numa situação como a que ora se coloca em julgamento.

9. Se os estudos científicos não sinalizam qualquer prejuízo de qualquer natureza para as crianças, se elas vêm sendo criadas com amor e se cabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar seus direitos, o deferimento da adoção é medida que se impõe.

10. O Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. Vale dizer, no plano da “realidade”, são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete a responsabilidade.

11. Não se pode olvidar que se trata de situação fática consolidada, pois as crianças já chamam as duas mulheres de mães e são cuidadas por ambas como filhos. Existe dupla maternidade desde o nascimento das crianças, e não houve qualquer prejuízo em suas criações.

12. Com o deferimento da adoção, fica preservado o direito de convívio dos filhos com a requerente no caso de separação ou falecimento de sua companheira. Asseguram-se os direitos relativos a alimentos e sucessão, viabilizando-se, ainda, a inclusão dos adotandos em convênios de saúde da requerente e no ensino básico e superior, por ela ser professora universitária.

13. A adoção, antes de mais nada, representa um ato de amor, desprendimento. Quando efetivada com o objetivo de atender aos interesses do menor, é um gesto de humanidade. Hipótese em que ainda se foi além, pretendendo-se a adoção de dois menores, irmãos biológicos, quando, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, que criou, em 29 de abril de 2008, o Cadastro Nacional de Adoção, 86% das pessoas que desejavam adotar limitavam sua intenção a apenas uma criança.

14. Por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão legal de primazia à proteção integral das crianças,

chega-se à conclusão de que, no caso dos autos, há mais do que reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o artigo 43 do ECA. Na verdade, ocorrerá verdadeiro prejuízo aos menores caso não deferida a medida.

15. Recurso especial improvido.⁷³

Em 2015, o STF se posicionou sobre o tema com o julgamento do RE nº 846.102/PR, de relatoria da Min. Carmem Lúcia, conforme se observa a seguir:

DECISÃO 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. Relatório 1. Recurso extraordinário interposto com base na al. a do inc. III do art. 102 da Constituição da República contra o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Paraná: APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO POR CASAL HOMOAFETIVO. SENTENÇA TERMINATIVA. QUESTÃO DE MÉRITO E NÃO DE CONDIÇÃO DA AÇÃO. HABILITAÇÃO DEFERIDA. LIMITAÇÃO QUANTO AO SEXO E À IDADE DOS ADOTANDOS EM RAZÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DOS ADOTANTES. INADMISSÍVEL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. APELO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Se as uniões homoafetivas já são reconhecidas como entidade familiar, com origem em um vínculo afetivo, a merecer tutela legal, não há razão para limitar a adoção, criando obstáculos onde a lei não prevê. 2. Delimitar o sexo e a 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 (doc. 6). Os embargos de declaração opostos foram rejeitados. 2. O Recorrente alega contrariado o art. 226, § 3º, da Constituição da República, afirmando haver duas questões jurídicas que emergem do contexto apresentado, para que se possa oferecer solução ao presente recurso: i) se há possibilidade de interpretação extensiva do preceito constitucional para incluir as uniões entre pessoas do mesmo sexo na concepção de união estável como entidade familiar; ii) se a interpretação restritiva do preceito constitucional incorreria em discriminação quanto à opção sexual. Logicamente, nem dois homens e uma mulher; nem duas mulheres e um homem (fatos estes que não chegam a ser tão raros em certas regiões do Brasil); nem dois homens ou duas mulheres; foram previstos

⁷³ STJ, REsp 889852, 4ª Turma, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Distrito Federal, 10 de Agosto de 2010.

pelo constituinte como configuradores de uma união estável, ainda que os integrantes dessas relações, hipoteticamente consideradas, coabitem em caráter análogo ao de uma união estável, ou seja, de forma pública e duradoura, e estabelecida com o objetivo de constituição de família. Com isso, a nível constitucional, pelo que foi dito, infere-se, em primeiro lugar, que não há lacuna, mas sim, uma intencional omissão do constituinte em não eleger (o que perdura até a atualidade) a união de pessoas do mesmo sexo como caracterizadores de entidade familiar. E vamos além, a generalização, no lugar da individualização do tratamento jurídico a ser dado a situações materialmente diversas, poderá, sim, se não respeitadas e previstas as idiossincrasias e particularidades dos relacionamentos homoafetivos, vir em maior prejuízo que benefício aos seus integrantes, ferindo axialmente o princípio da igualdade, por tratar igualmente situações desiguais (doc. 7). Apreciada a matéria trazida na espécie, DECIDO. 3. Razão jurídica não assiste ao Recorrente. 4. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, Relator o Ministro Ayres Britto, por votação unânime, este Supremo Tribunal Federal deu interpretação conforme ao art. 1.723 do Código Civil, “para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva (DJe 14.10.2011). No voto, o Ministro Relator ressaltou que a Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos. Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva. Por isso que, sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá para compreender que a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo família nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser. Assim como dá para inferir que, quanto maior o número dos espaços doméstica e autonomamente estruturados, maior a possibilidade de efetiva colaboração entre esses núcleos familiares, o Estado e a sociedade, na perspectiva do cumprimento de conjugados deveres que são funções essenciais à plenificação da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho. Isso numa projeção exógena ou extramuros domésticos, porque, endogenamente ou interna corporis, os beneficiários imediatos dessa multiplicação de unidades familiares são os seus originários formadores, parentes e agregados. Incluído nestas duas últimas categorias dos parentes e agregados o contingente das crianças, dos adolescentes e dos idosos. Também eles, crianças, adolescentes e idosos, tanto mais protegidos quanto partícipes dessa vida em comunhão que é, por natureza, a família. Sabido que lugar de

crianças e adolescentes não é propriamente o orfanato, menos ainda a rua, a sarjeta, ou os guetos da prostituição infantil e do consumo de entorpecentes e drogas afins. Tanto quanto o espaço de vida ideal para os idosos não são os albergues ou asilos públicos, muito menos o relento ou os bancos de jardim em que levas e levas de seres humanos abandonados despejam suas últimas sobras de gente. Mas o comunitário ambiente da própria família. Tudo conforme os expressos dizeres dos artigos 227 e 229 da Constituição, este último alusivo às pessoas idosas, e, aquele, pertinente às crianças e aos adolescentes. Assim interpretando por forma não-reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico. Quando o certo - data vênica de opinião divergente - é extrair do sistema de comandos da Constituição os encadeados juízos que precedentemente verbalizamos, agora arrematados com a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade. O acórdão recorrido harmoniza-se com esse entendimento jurisprudencial. Nada há, pois, a prover quanto às alegações do Recorrente. 5. Pelo exposto, nego seguimento a este recurso extraordinário (art.557, caput, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). [...]⁷⁴

Sendo assim, não restam dúvidas sobre a possibilidade da adoção por casais homoafetivos no Brasil, tendo sido reconhecido tal direito pela Jurisprudência dos Tribunais superiores – e de vários tribunais estaduais – o que se mostra um verdadeiro avanço para o nosso país em termos de igualdade, laicidade do Estado e combate ao preconceito enraizado na sociedade.

Tal interpretação não poderia ser diferente ante a observância do artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que garante um direito destes a serem adotados quando houver pessoas capazes para tanto.

⁷⁴ STF, RE: 846102, Rel. Ministra Camen Lúcia, Distrito Federal, 05 de Março de 2015.

3.2 As famílias paralelas/simultâneas:

O nosso ordenamento jurídico pátrio durante muito tempo protegeu a entidade familiar que fosse formada apenas pelo casamento civil, considerando a união estável como concubinato e negando-lhe a proteção que hoje em dia lhe concede. Não havia, conforme já abordado anteriormente, a possibilidade de constituição de uma família pela união de duas pessoas que não fosse feita pelos laços indissolúveis do casamento.

Com o advento da Constituição de 1988, a entidade familiar formada pelo casamento civil continuou sendo reconhecida pelo Estado, mas não mais como o único tipo de família, ou como tipo melhor ou pior do que qualquer outro. O artigo 226 da Carta Magna passou a prever, em seu parágrafo 3º, a possibilidade de a união estável entre o homem e a mulher ser considerada uma entidade familiar e em seu parágrafo 4º a possibilidade de reconhecimento da família monoparental.

Através da evolução social da família brasileira pregada pela Carta Política em vigor, as famílias formadas pela união estável e pela monoparentalidade, passaram a ser protegidas pelo Estado e a ter status de entidade familiar.

O direito de família pode ser considerado um dos ramos do direito que mais sofre com as modificações sociais, já que aborda as relações humanas, devendo, portanto, sempre corresponder aos clamores da sociedade. Não se pode estagnar um ordenamento jurídico com certos conceitos e dogmas, sem que este corresponda à realidade que impera ao seu redor. É por isso que os estilos de vida presentes em uma comunidade necessariamente serão responsáveis pela modificação da legislação referente ao Direito de família, justamente o que vimos – e ainda estamos vendo – acontecer no Brasil.

O artigo 1.727 do Código Civil de 2002 preceitua que serão consideradas concubinato “as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar”.

Ocorre que, conforme já observado no presente trabalho, até o advento da Constituição Federal de 1988, o conceito de concubinato abrangia muito mais do que simplesmente as uniões entre pessoas que não podem contrair matrimônio. Havia uma diferença entre o concubinato puro – que seria a atual união estável considerada como família pela atual Carta Magna- e o concubinato impuro, ou adulterino, que continua previsto no dispositivo citado.

No entanto, a ênfase que deve ser dada nos tempos atuais é no ser humano, naquele que tem o animus de constituir a família, não apenas na entidade familiar isoladamente. Nas palavras de Guilherme Calmon:

De acordo com Rodrigo da Cunha Pereira, a família é uma estruturação psíquica onde cada integrante possui um lugar definido, independente de qualquer vínculo biológico. Com efeito, é fato o alvorecer de novos tempos, em matéria de família jurídica. Ao modelo de família formal, tutelada pelo direito em todo o mundo, acrescenta-se a concepção jurídica remodelada de uma nova família, cédula essencial da civilização humana, com maior ênfase nas pessoas dos familiares do que na instituição familiar. Há, indubitavelmente, uma função social – e que se mostra primordial e permanente – da nova família: a de viabilizar a constituição e o desenvolvimento das melhores potencialidades humanas; a de atuar em prol do aperfeiçoamento das instituições sociais com aspecto marcadamente funcional e instrumental. E, dentro de tal contexto, a família contemporânea deve se fundamentar em valores e em princípios diversos daqueles que alicerçaram o modelo tradicional e oitocentista da família matrimonial, sendo o casamento antigamente encarado como espaço público único para a formação da família como instituição fundamental para garantir a tranquila e ordeira transmissão de patrimônio.⁷⁵

Através da nova concepção de família implementada no nosso ordenamento jurídico e que hoje em dia é uma realidade social – pautada pelos princípios do afeto, do amor familiar, da igualdade, da dignidade da pessoa humana -, é que foi possível o reconhecimento de entidades familiares não só diferentes daquelas anteriores à carta magna, mas também daquelas que sequer tem previsão expressa nesta, como, por exemplo, a família homoafetiva, conforme já visto anteriormente.

⁷⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios Constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 27.

Um novo dilema que se trava em nossos tribunais consiste justamente em saber se haveria possibilidade de reconhecimento de famílias simultâneas ou paralelas. Importante conceituá-las para que se discuta sua possibilidade no ordenamento jurídico:

As famílias simultâneas ou paralelas são aquelas em que há um membro que faz parte também de outra família, ou seja, que está presente em duas relações ao mesmo tempo. A pessoa se coloca, então, simultaneamente, em duas famílias.

Certamente a realidade machista em que – ainda – vivemos e a complexidade do ser humano, independente das questões de gênero, de suas variadas relações e da sexualidade humana tornam inócuas as tentativas de impor um dever legal de fidelidade às relações conjugais – tanto no casamento civil como na união estável – sem que haja transgressões naturais a esta obrigação.

Antigamente, os filhos advindos de relações extraconjugais sequer eram reconhecidos como daquele homem, o que os tornava impedidos de pleitearem indenizações, alimentos, ou entrarem na partilha pelos direitos sucessórios do pai.

No entanto, na sociedade atual, o princípio do melhor interesse da criança é o que norteia as relações familiares, e, como se sabe, todos os filhos são tidos como iguais, tendo sido concebidos na constância do casamento ou fora dela.

Cumpre trazer, nesse momento, a definição do princípio da monogamia, que, muito embora não estivesse positivado em nossa legislação, era cumprido por um respeito aos valores morais: “o organizador das relações conjugais, funciona como um interdito proibitório, se não fosse um princípio jurídico, teríamos o aval do Estado para estabelecermos várias famílias paralelas ao casamento ou à união estável”.⁷⁶ Mas seria esse

⁷⁶PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Uma principiologia para o direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e dignidade humana*: anais do V congresso brasileiro de direito de família, p.848- 849.

princípio de cumprimento obrigatório? Seria uma imposição ou apenas um valor a ser seguido?

O referido princípio não está contemplado pela legislação constitucional, daí porque não poderia ser reconhecido como parâmetro a ser seguido e deixar de prestar tutela a certas relações que o ignoram.

Nas palavras de Maria Berenice Dias:

A jurisprudência igualmente não resiste à sedutora arrogância de punir quem vive de maneira diversa pelo aceito pela moral conservadora. Buscando preservar a concepção de família afinada com o conceito de casamento, a tendência majoritária é ainda rejeitar efeitos às famílias simultâneas. Mas o simples fato de tais relacionamentos não estarem contemplados na lei não quer dizer que eles não existem. Como sempre, a condenação é de ordem patrimonial. Negar sua existência, as rotular de concubinato adulterino e alijá-las do direito das famílias significa premiar quem infringe o preceito monogâmico. E, ao se abandonar o ideal de justiça, é autorizar o enriquecimento sem causa, olvidando-se valor maior: a ética.

[...]

A dificuldade de extrair consequências jurídicas a determinados relacionamentos, pelo simples fato de não corresponderem ao modelo vigente de moralidade, não pode cancelar o enriquecimento injusto. Houve uma sensível mudança quando foi inserido o afeto como traço identificador dos vínculos familiares.

Ainda que certos vínculos afetivos tenham origem em atitudes havidas por reprováveis, o juiz não pode se afastar do princípio ético que precisa nortear todas as suas decisões. Principalmente em sede de direito das famílias, deve estar atento para não substituir a ética por ultrapassados moralismos. Daí a importância vital da jurisprudência que, sensível às necessidades práticas postas pela comunidade, vai revelando princípios latentes no ordenamento e conferindo-lhes, com o passar do tempo, o necessário 'polimento', até que eles adquiram uma compostura mais precisa.⁷⁷

Porém, no que tange à união estável paralela ao casamento, a jurisprudência dos tribunais superiores pátrios é firme no sentido de não reconhecer esta como entidade familiar, não sendo provada a separação de fato do cônjuge que constituiu nova relação. Nesse sentido, observemos o Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 748.452/SC, de

⁷⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual do Direito das famílias*. 11ª ed. revisada, atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 60-61.

relatoria do Min. Raul Araújo, julgado pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça em 23/02/2016:

DIREITO DE FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DERECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. HOMEM CASADO. OCORRÊNCIA DECONCUBINATO. SEPARAÇÃO DE FATO NÃO PROVADA. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência do STJ e do STF é sólida em não reconhecer como união estável a relação concubinária não eventual, simultânea ao casamento, quando não estiver provada a separação de fato ou de direito do parceiro casado.

2. O Tribunal de origem estabeleceu que o relacionamento entre a autora e o de cujus configura concubinato, uma vez que, conforme consignado no v. acórdão recorrido, as provas documental e testemunhal presentes nos autos não corroboram a versão de que o falecido estava separado de fato no período do alegado relacionamento.

3. A inversão do entendimento firmado nas instâncias ordinárias, na forma pleiteada pela agravante, demandaria o reexame de provas, o que é defeso em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental não provido.⁷⁸

Como se vê, muito embora novos modelos de família tenham sido reconhecidos pela nossa jurisprudência, o que representou um avanço e uma correspondência da nossa interpretação legal à realidade social que se apresenta diante de nós, nossos Tribunais ainda se mostram contrários ao reconhecimento das relações extraconjugais simultâneas – mesmo que estas tenham anos de duração – como entidades familiares.

A existência das famílias simultâneas e os pleitos para que estas sejam reconhecidas são o resultado da abertura constitucional que foi dada para a constituição de novos modelos familiares, cuja abrangência ainda está em progresso, não havendo, até agora, um modelo engessado daquilo que se reconhece como família ou não.

O papel da Constituição Federal de 1988 não foi outro senão o de instituir valores e princípios decorrentes de um Estado Social que se formava à época que foram capazes de permitir um novo olhar ao Direito de Família. Com esse novo olhar constitucional é que a afetividade, a

⁷⁸ STJ, Agravo Regimental no Agravo em Resp 748.452, 4ª Turma, Rel. Ministro Raul Araújo, Distrito Federal, 23 de fevereiro de 2016.

igualdade, a liberdade, o melhor interesse da criança e a solidariedade familiar tornaram-se os verdadeiros parâmetros para o reconhecimento de uma família, e não mais um rol taxativo previsto no ordenamento jurídico.

Tal interpretação foi utilizada para que fossem reconhecidas entidade familiares formadas por casais homoafetivos, muito embora não haja previsão expressa na Constituição (que, inclusive, faz menção à “união estável entre o homem e a mulher”), como já visto no tópico anterior.

No entanto, até o momento, nossa jurisprudência não tem reconhecido a possibilidade de famílias paralelas serem tidas como entidade familiares merecedoras da proteção estatal.

O STJ, no julgamento do REsp 1.401.538/RJ, de relatoria do Min. Ricardo Villas Boas Cuevas, julgado em 04/08/2015⁷⁹, acabou por entender que não seria correto que houvesse favorecimento do cônjuge supérstite, se este estivesse separado de fato, em detrimento do companheiro. A ação monitória de primeira instância foi instaurada pela excônjuge do falecido, pleiteando indenização decorrente do contrato de seguro de vida (no qual não havia indicação do beneficiário), alegando ser beneficiária, o que foi deferido pelo juízo de 1º grau, que optou por se valer da literalidade do artigo 792 do Código Civil e ignorar a separação de fato entre os dois.

Após ter sido derrotada também na segunda instância, a seguradora alegou que não haveria necessidade da separação entre os cônjuges ser judicial, devendo, então, a indenização ser paga à companheira do falecido juntamente com a demandante em questão.

O Ministro Relator entendeu que a interpretação do dispositivo legal citado a ser seguida era a de que, no seguro de vida, na falta de indicação de beneficiário, metade da indenização deverá ser paga aos herdeiros e outra metade deverá ser dividida entre o cônjuge não separado judicialmente e ao companheiro (desde que preenchidos os requisitos para a configuração de

⁷⁹ STJ, REsp 1.401.538, 3ª Turma, Rel. Ministro Ricardo Villas Boas Cuevas, Distrito Federal, 04 de Agosto de 2015.

uma união estável), já que não há ordem de preferência entre os dois últimos:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. SEGURO DE VIDA. MORTE DO SEGURADO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE BENEFICIÁRIO. PAGAMENTO ADMINISTRATIVO À COMPANHEIRA E AOS HERDEIROS. PRETENSÃO JUDICIAL DA EX-ESPOSA. SEPARAÇÃO DE FATO. CONFIGURAÇÃO. ART. 792 DO CC. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E TELEOLÓGICA. DIVISÃO IGUALITÁRIA ENTRE O CÔNJUGE NÃO SEPARADO JUDICIALMENTE E O CONVIVENTE ESTÁVEL. MULTA DO ART. 557, § 2º, DO CPC. AFASTAMENTO. EXAURIMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. NECESSIDADE. INTUITO PROTETIVO. NÃO CONFIGURAÇÃO. RESP 1.198.108/RJ (REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA).

1. Cinge-se a controvérsia a saber quem deve receber, além dos herdeiros, a indenização securitária advinda de contrato de seguro de vida quando o segurado estiver separado de fato na data do óbito e faltar, na apólice, a indicação de beneficiário: a companheira e/ou o cônjuge supérstite (não separado judicialmente).

2. O art. 792 do CC dispõe de forma lacunosa sobre o assunto, sendo a interpretação da norma mais consentânea com o ordenamento jurídico a sistemática e a teleológica (art. 5º da LINDB), de modo que, no seguro de vida, na falta de indicação da pessoa ou beneficiário, o capital segurado deverá ser pago metade aos herdeiros do segurado, segundo a vocação hereditária, e a outra metade ao cônjuge não separado judicialmente e ao companheiro, desde que comprovada, nessa última hipótese, a união estável.

3. Exegese que privilegia a finalidade e a unidade do sistema, harmonizando os institutos do direito de família com o direito obrigacional, coadunando-se ao que já ocorre na previdência social e na do servidor público e militar para os casos de pensão por morte: rateio igualitário do benefício entre o ex-cônjuge e o companheiro, haja vista a presunção de dependência econômica e a ausência de ordem de preferência entre eles.

4. O segurado, ao contratar o seguro de vida, geralmente possui a intenção de amparar a própria família, os parentes ou as pessoas que lhe são mais afeitas, a fim de não deixá-los desprotegidos economicamente quando de seu óbito.

5. Revela-se incoerente com o sistema jurídico nacional o favorecimento do cônjuge separado de fato em detrimento do companheiro do segurado para fins de recebimento da indenização securitária na falta de indicação de beneficiário na apólice de seguro de vida, sobretudo considerando que a união estável é reconhecida constitucionalmente como entidade familiar. Ademais, o reconhecimento da qualidade de companheiro pressupõe a inexistência de cônjuge ou o término da sociedade conjugal (arts. 1.723 a 1.727 do CC). Realmente, a separação de fato se dá na hipótese de rompimento do laço de

afetividade do casal, ou seja, ocorre quando esgotado o conteúdo material do casamento.

6. O intérprete não deve se apegar simplesmente à letra da lei, mas perseguir o espírito da norma a partir de outras, inserindo-a no sistema como um todo, extraindo, assim, o seu sentido mais harmônico e coerente com o ordenamento jurídico. Além disso, nunca se pode perder de vista a finalidade da lei, ou seja, a razão pela qual foi elaborada e o bem jurídico que visa proteger.

7. Recurso especial parcialmente provido.⁸⁰

Ou seja, conforme foi demonstrado, muito embora não haja um total repúdio aos relacionamentos simultâneos como havia antes do advento da nossa atual Constituição e com a vigência do Código Civil de 1916, não há reconhecimento de tais relações como entidades familiares, não estando essas, portanto, abarcadas pelo conceito de família atual.

3.3 O conflito entre a parentalidade biológica e a socioafetiva

Com o advento da Constituição de 1988 extinguiu-se a distinção entre os tipos de filiação, não mais havendo divisão entre legítima e a considerada ilegítima, quando se tratava de filhos advindos fora da constância do casamento. É possível que se diga, então, que a Carta Magna não elegeu a filiação biológica como única capaz de formar uma entidade familiar.

Muito pelo contrário, declarou expressamente que a relação de parentalidade prescinde do vínculo biológico, como se pode depreender do §6º do artigo 227 da CF/88, que proíbe qualquer discriminação relativa à filiação. Tal comando encontra-se também no artigo 1.596 do Código Civil de 2002.

Por força do artigo 1.603 do Código Civil de 2002, que manteve a regra da legislação anterior, a prova da filiação é feita mediante certidão do Registro de Nascimento. Não se exige, portanto, a prova de vínculo biológico para que haja relação de parentesco. O Registro, muito embora seja irrevogável, não constitui prova absoluta da filiação, uma vez que há

⁸⁰ STJ, REsp 1.401.538, 3ª Turma, Rel. Ministro Ricardo Villas Boas Cuevas, Distrito Federal, 04 de Agosto de 2015.

possibilidade de se admitir prova em contrário – mesmo que as hipóteses sejam poucas - no caso de erro ou falsidade do registro, e porque admite eventual invalidação, conforme artigos 1.605 e 1.604 do Código Civil de 2002, respectivamente.

O Registro, então, produz uma presunção de filiação praticamente absoluta, podendo ser invalidado apenas nas hipóteses de erro ou falsidade.

Sendo assim, não haverá como vindicar o estado contrário ao que resulta do registro do nascimento, tendo que haver a anulação do registro inexistente, o que provocará um verdadeiro “vácuo” na identidade, podendo, só então, ser suprida, como se observa do artigo 1.604 do Código Civil.

A referida regra tem por finalidade a proteção do filho, muitas vezes uma criança, que poderia sair prejudicada de um relacionamento entre dois adultos, por exemplo, em que o marido da mãe registra o filho e, após a separação, tenta desconstituir o ato registral, o que não poderia se admitir, já que não haveria prova do vício de consentimento.

É o caso do REsp. 234.833/MG, julgado pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 25.09.2007, sob a relatoria do Ministro Hélio Quaglia Barbosa, como se observa abaixo:

RECURSO ESPECIAL. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE. CANCELAMENTO PELO PRÓPRIO DECLARANTE. FALSIDADE IDEOLÓGICA. IMPOSSIBILIDADE. ASSUNÇÃO DA DEMANDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. DEFESA DA ORDEM JURÍDICA OBJETIVA. ATUAÇÃO QUE, IN CASU, NÃO TEM O CONDÃO DE CONFERIR LEGITIMIDADE À PRETENSÃO. RECURSO NÃO CONHECIDO.

1. Salvo nas hipóteses de erro, dolo, coação, simulação ou fraude, a pretensão de anulação do ato, havido por ideologicamente falso, deve ser conferida a terceiros interessados, dada a impossibilidade de revogação do reconhecimento pelo próprio declarante, na medida em que descabido seria lhe conferir, de forma absolutamente potestativa, a possibilidade de desconstituição da relação jurídica que ele próprio, voluntariamente, antes declarara existente; ressalte-se, ademais, que a ninguém é dado beneficiar-se da invalidade a que deu causa.

2. No caso em exame, o recurso especial foi interposto pelo Ministério Público, que, agindo na qualidade de custos legis, acolheu a tese de falsidade ideológica do ato de

reconhecimento, argüindo sua anulabilidade, sob o pálio da defesa do próprio ordenamento jurídico; essa atuação do Parquet, contudo, não tem o condão de conferir legitimidade à pretensão originariamente deduzida, visto que, em assim sendo, seria o mesmo que admitir, ainda que por via indireta, aquela execrada potestade, que seria conferida ao declarante, de desconstituir a relação jurídica de filiação, como fruto da atuação exclusiva de sua vontade.

3. Se o reconhecimento da paternidade não constitui o verdadeiro status familiae, na medida em que, o declarante, ao fazê-lo, simplesmente lhe reconhece a existência, não se poderia admitir sua desconstituição por declaração singular do pai registral. Ao assumir o Ministério Público sua função precípua de guardião da legalidade, essa atuação não poderia vir a beneficiar, ao fim e ao cabo, justamente aquele a quem essa mesma ordem jurídica proíbe romper, de forma unilateral, o vínculo afetivo construído ao longo de vários anos de convivência, máxime por se tratar de mera "questão de conveniência" do pai registral, como anotado na sentença primeva.

4. "O estado de filiação não está necessariamente ligado à origem biológica e pode, portanto, assumir feições originadas de qualquer outra relação que não exclusivamente genética. Em outras palavras, o estado de filiação é gênero do qual são espécies a filiação biológica e a não biológica (...). Na realidade da vida, o estado de filiação de cada pessoa é único e de natureza socioafetiva, desenvolvido na convivência familiar, ainda que derive biologicamente dos pais, na maioria dos casos" (Mauro Nicolau Júnior in "Paternidade e Coisa Julgada. Limites e Possibilidade à Luz dos Direitos Fundamentais e dos Princípios Constitucionais". Curitiba: Juruá Editora, 2006).

5. Recurso não conhecido.⁸¹

Cumpre destacar que o autor do registro não poderá vindicar a falsidade deste, já que isto violaria o princípio do *venire contra factum proprium*.

Sabe-se, ainda, que a filiação poderá ser provada, no caso de inexistência de registro público, através da estabilização da convivência familiar. Ou seja, existiria uma posse do estado de filiação, através da qual se teria uma relação de parentesco, uma presunção legal. E esta, para que se constitua, deverá ser contínua e notória.

Com isso, pode-se afirmar que a filiação pode ser provada pela certidão do registro do nascimento ou pela situação de fato.

⁸¹ STJ, Resp 234833, 4ª Turma, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Distrito Federal, 25 de Setembro de 2007.

Mas o que seria capaz de revelar o referido estado de filiação? A doutrina reconhece o estado de filiação quando há convivência familiar, que fica clara através do comportamento dos parentes próximos, a presença do nome dos pais e, é claro, a apresentação do filho para o mundo, devendo sempre se observar se este se apresenta como sendo, de fato, filho daqueles pais. Nas palavras de Maria Berenice Dias:

A constância da relação entre pais e filhos caracteriza uma paternidade que existe não pelo simples fato biológico ou por força da presunção legal, mas em decorrência de uma convivência afetiva. Constituído o vínculo da parentalidade, mesmo quando desligado da verdade biológica, prestigia-se a situação que preserva o elo da afetividade. Pai afetivo é aquele que ocupa, na vida do filho, o lugar do pai, desempenha a função de pai. É uma espécie de adoção de fato. É aquele que ao dar abrigo, carinho, educação, amor ao filho, expõe o foro mínimo da filiação, apresentando-se em todos os momentos, inclusive naqueles em que se toma a lição de casa e ou verifica o boletim escolar. Enfim, é o pai das emoções, dos sentimentos e é o filho do olhar embevecido que reflete aqueles sentimentos que sobre ele se projetam⁸².

Ainda nesse assunto, outro instituto que merece destaque é o chamado “adoção à brasileira”. Trata-se de um tipo de filiação socioafetiva em que aqueles que adotam, movidos por um ato de generosidade, acabam falsificando o registro de nascimento, o que a lei veda, por motivos óbvios. No entanto, por não ser motivada por sentimentos ruins, acaba não sendo uma conduta reprovada pela sociedade e não deixa de produzir efeitos.

No caso da adoção à brasileira, o sentimento de afeto é o responsável por gerar a posse do estado de filho, assim como em qualquer outra filiação socioafetiva. E, também à imagem destas, produz efeitos patrimoniais e pessoais decorrentes, gerando parentesco para todos os fins de direito.

O tema da paternidade socioafetiva, ainda esbarra em alguns dilemas e controvérsias, não havendo consenso absoluto sobre algumas consequências ou exigências legais para o seu reconhecimento, muito embora o instituto seja amplamente conhecido pela doutrina e reconhecido na jurisprudência. Em alguns tribunais estaduais, inclusive, para que seja

⁸² DIAS, Maria Berenice. *Manual do Direito das famílias*. 11 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 402.

reconhecida a filiação socioafetiva, não há sequer necessidade de que seja proposta demanda judicial, podendo ser levada a efeito diretamente perante o cartório do Registro Civil, como se observa, por exemplo, do provimento 009/2013 do Tribunal de Justiça de Pernambuco⁸³, que admite que se reconheça espontaneamente a paternidade socioafetiva de pessoas que não tiverem paternidade estabelecida.

Em julgamento extremamente recente, o Supremo Tribunal Federal decidiu, no acórdão do Recurso Extraordinário 898.060⁸⁴, a existência de paternidade socioafetiva não exime de responsabilidade o pai biológico, fixando, então, tese nesse sentido, por entender ser tema de repercussão geral. Ambos os vínculos deveriam ser reconhecidos simultaneamente, para que não haja qualquer tipo de prejuízo à prole.

No caso em referência, muito embora tenha havido votos vencidos, o Tribunal entendeu que: "A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios"⁸⁵.

Ou seja, nas palavras de Anderson Schreiber:

De uma só tacada, o STF (a) reconheceu o instituto da paternidade socioafetiva mesmo à falta de registro – tema que ainda encontrava resistência em parte da doutrina de direito de família – (b) afirmou que a paternidade socioafetiva não representa uma paternidade de segunda categoria diante da paternidade biológica; e (c) abriu as portas do sistema jurídico brasileiro para a chamada “multiparentalidade”.⁸⁶

O modelo de dualidade parental foi rompido no presente julgamento, uma vez que foi reconhecida a possibilidade de se adicionar o pai biológico da requerente ao registro, concomitantemente aos avós paternos, que a registraram à época do nascimento.

⁸³ RECIFE, Provimento n 009/2013, 02 de Dezembro de 2013.

⁸⁴ STF, RE 898.060, Rel. Min. Luiz Fux, Distrito Federal, 22 de Setembro de 2016.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ SCHREIBER, Anderson. *STF, Repercussão Geral 622: a Multiparentalidade e seus Efeitos*. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/stf-repercussao-geral-622-a-multiparentalidade-e-seus-efeitos/16982>. Acesso em: 04/10/2016.

O que se observa, portanto, mais uma vez, é o reconhecimento da afetividade como princípio capaz de embasar uma relação de parentesco. Não apenas a parentalidade biológica deixa de ser a protagonista no nosso ordenamento jurídico, o que já tinha sido expressamente determinado pela Constituição Federal, mas o vínculo socioafetivo passa a ser suficiente para estabelecer uma filiação.

Como preceitua Rolf Madaleno:

Não obstante a codificação em vigor não reconheça a filiação socioafetiva, inquestionavelmente a jurisprudência dos pretórios brasileiros vem paulatina e reiteradamente prestigiando a prevalência da chamada posse do estado de filho, representando em essência o substrato fático da verdadeira e única filiação, sustentada no amor e no desejo de ser pai ou de ser mãe, em suma, de estabelecer espontaneamente os vínculos da cristalina relação filial.

A noção da posse do estado de filho vem recebendo abrigo nas reformas do direito comparado, o qual não estabelece os vínculos parentais com o nascimento, mas sim na vontade de ser genitor, e esse desejo é sedimentado no terreno da afetividade, e põe em xeque tanto a verdade jurídica como a certeza científica no estabelecimento da filiação.

O real valor jurídico está na verdade afetiva e jamais sustentada na ascendência genética, porque essa, quando desligada do afeto e da convivência, apenas representa um efeito da natureza, quase sempre fruto de um indesejado acaso, obra de um descuido e da pronta rejeição. Não podem ser considerados genitores pessoas que nunca quiseram exercer as funções de pai ou de mãe, e sob todos os modos e ações se desvinculam dos efeitos sociais, morais, pessoais e materiais da relação normal de filiação.

A filiação consanguínea deve coexistir com o vínculo afetivo, pois com ele se completa a relação parental. Não há como aceitar uma relação de filiação apenas biológica sem ser afetiva, externada quando o filho é acolhido pelos pais que assumem plenamente suas funções inerentes ao poder familiar reguladas pelos artigos 1.634 e 1.690 do Código Civil.⁸⁷

Os tribunais, seguindo essa linha de raciocínio, costumam refutar veementemente a ideia de uma investigação biológica de paternidade vir a destruir um vínculo de filiação pré-estabelecido, que já se apresentava perante a sociedade como sedimentado. É a vitória do princípio da

⁸⁷ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de família*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 525-527.

afetividade sobre uma mera gota de sangue, que jamais poderá ter o condão de regular uma relação de parentesco.

Um grande exemplo desse entendimento é o REsp n. 1.000.356/SP, julgado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça em 25/05/2010, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi, como se observa abaixo:

Direito civil. Família. Recurso Especial. Ação de anulação de registro de nascimento. Ausência de vício de consentimento. Maternidade socioafetiva. Situação consolidada. Preponderância da preservação da estabilidade familiar.

- A peculiaridade da lide centra-se no pleito formulado por uma irmã em face da outra, por meio do qual se busca anular o assento de nascimento. Para isso, fundamenta seu pedido em alegação de falsidade ideológica perpetrada pela falecida mãe que, nos termos em que foram descritos os fatos no acórdão recorrido considerada a sua imutabilidade nesta via recursal, registrou filha recém-nascida de outrem como sua.

- A par de eventual sofisma na interpretação conferida pelo TJ/SP acerca do disposto no art. 348 do CC/16, em que tanto a falsidade quanto o erro do registro são suficientes para permitir ao investigador vindicar estado contrário ao que resulta do assento de nascimento, subjaz, do cenário fático descrito no acórdão impugnado, a ausência de qualquer vício de consentimento na livre vontade manifestada pela mãe que, mesmo ciente de que a menor não era a ela ligada por vínculo de sangue, reconheceu-a como filha, em decorrência dos laços de afeto que as uniram. Com o foco nessa premissa a da existência da socioafetividade, é que a lide deve ser solucionada.

- Vê-se no acórdão recorrido que houve o reconhecimento espontâneo da maternidade, cuja anulação do assento de nascimento da criança somente poderia ocorrer com a presença de prova robusta de que a mãe teria sido induzida a erro, no sentido de desconhecer a origem genética da criança, ou, então, valendo-se de conduta reprovável e mediante má-fé, declarar como verdadeiro vínculo familiar inexistente. Inexiste meio de desfazer um ato levado a efeito com perfeita demonstração da vontade daquela que um dia declarou perante a sociedade, em ato solene e de reconhecimento público, ser mãe da criança, valendo-se, para tanto, da verdade socialmente construída com base no afeto, demonstrando, dessa forma, a efetiva existência de vínculo familiar.

- O descompasso do registro de nascimento com a realidade biológica, em razão de conduta que desconsidera o aspecto genético, somente pode ser vindicado por aquele que teve sua filiação falsamente atribuída e os efeitos daí decorrentes apenas podem se operar contra aquele que realizou o ato de reconhecimento familiar, sondando-se, sobretudo, em sua plenitude, a manifestação volitiva, a fim de aferir a existência de vínculo socioafetivo de filiação. Nessa hipótese, descabe

imposição de sanção estatal, em consideração ao princípio do maior interesse da criança, sobre quem jamais poderá recair prejuízo derivado de ato praticado por pessoa que lhe ofereceu a segurança de ser identificada como filha.

- Some-se a esse raciocínio que, no processo julgado, a peculiaridade do fato jurídico morte impede, de qualquer forma, a sanção do Estado sobre a mãe que reconheceu a filha em razão de vínculo que não nasceu do sangue, mas do afeto.

- Nesse contexto, a filiação socioafetiva, que encontra alicerce no art. 227, § 6º, da CF/88, envolve não apenas a adoção, como também parentescos de outra origem, conforme introduzido pelo art. 1.593 do CC/02, além daqueles decorrentes da consanguinidade oriunda da ordem natural, de modo a contemplar a socioafetividade surgida como elemento de ordem cultural.

- Assim, ainda que despida de ascendência genética, a filiação socioafetiva constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a maternidade que nasce de uma decisão espontânea deve ter guarida no Direito de Família, assim como os demais vínculos advindos da filiação.

- Como fundamento maior a consolidar a acolhida da filiação socioafetiva no sistema jurídico vigente, erige-se a cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade do ser humano. Permitir a desconstituição de reconhecimento de maternidade amparado em relação de afeto teria o condão de extirpar da criança hoje pessoa adulta, tendo em vista os 17 anos de tramitação do processo preponderante fator de construção de sua identidade e de definição de sua personalidade. E a identidade dessa pessoa, resgatada pelo afeto, não pode ficar à deriva em face das incertezas, instabilidades ou até mesmo interesses meramente patrimoniais de terceiros submersos em conflitos familiares.

- Dessa forma, tendo em mente as vicissitudes e elementos fáticos constantes do processo, na peculiar versão conferida pelo TJ/SP, em que se identificou a configuração de verdadeira adoção à brasileira, a caracterizar vínculo de filiação construído por meio da convivência e do afeto, acompanhado por tratamento materno-filial, deve ser assegurada judicialmente a perenidade da relação vivida entre mãe e filha. Configurados os elementos componentes do suporte fático da filiação socioafetiva, não se pode questionar sob o argumento da diversidade de origem genética o ato de registro de nascimento da outrora menor estribado na afetividade, tudo com base na doutrina de proteção integral à criança.

- Conquanto a adoção à brasileira não se revista da validade própria daquela realizada nos moldes legais, escapando à disciplina estabelecida nos arts. 39 usque 52-D e 165 usque 170 do ECA, há de preponderar-se em hipóteses como a julgada consideradas as especificidades de cada caso a preservação da estabilidade familiar, em situação consolidada e amplamente reconhecida no meio social, sem identificação de vício de consentimento ou de má-fé, em que, movida pelos mais nobres sentimentos de humanidade, A. F. V. manifestou a verdadeira

intenção de acolher como filha C. F. V., destinando-lhe afeto e cuidados inerentes à maternidade construída e plenamente exercida.

- A garantia de busca da verdade biológica deve ser interpretada de forma correlata às circunstâncias inerentes às investigatórias de paternidade; jamais às negatórias, sob o perigo de se subverter a ordem e a segurança que se quis conferir àquele que investiga sua real identidade.

- Mantém-se o acórdão impugnado, impondo-se a irrevogabilidade do reconhecimento voluntário da maternidade, por força da ausência de vício na manifestação da vontade, ainda que procedida em descompasso com a verdade biológica. Isso porque prevalece, na hipótese, a ligação socioafetiva construída e consolidada entre mãe e filha, que tem proteção indelével conferida à personalidade humana, por meio da cláusula geral que a tutela e encontra respaldo na preservação da estabilidade familiar.

Recurso especial não provido.⁸⁸

3.4 O abandono afetivo

Outra questão bastante controvertida em nosso ordenamento jurídico diz respeito ao abandono afetivo dos pais aos seus filhos. Seria a negligência dos pais capaz de gerar dano moral indenizável?

Dentre os deveres dos pais de uma criança, encontra-se a inafastável obrigação de cuidar de sua prole, garantindo-o o direito à vida, saúde, educação, à liberdade, à cultura, ao respeito, e outros direitos essenciais, conforme se pode extrair dos artigos 227 da Constituição Federal e 1.634 do Código Civil de 2002.

Todas essas obrigações dos pais decorrem do poder familiar, que encontra sua gênese no artigo 229 da Carta Magna em vigor, através do qual obriga aos pais assistirem seus filhos, no mais abrangente exercício de proteção, mantendo-os sobre sua guarda, segurança e companhia, velando por sua integridade moral e psíquica.

A negativa de cumprimento desses deveres estipulados pela Carta Política de 1988 certamente acarreta consequência de ordem negativa aos filhos que, desamparados, tem violado o exercício de um direito.

⁸⁸ STJ, Resp 1000356, 3ª Turma, Rel. Ministro Nancy Andrighi, Distrito Federal, 25 de Maio de 2010.

Mas nem sempre os deveres acima prescritos foram vistos como um direito dos filhos. Conforme já abordado, antes da mudança da concepção de “pátrio poder” para “poder familiar”, era muito comum a separação dos genitores de uma criança, que morava com um deles – na maioria das vezes com a mãe –, estipulando-se o direito de visitação. O direito de visitação, como se sabe, era visto como uma prerrogativa daquele pai (ou mãe) que não habitava a mesma casa do filho, o que muitas vezes gerava o abandono por parte do genitor de cunho moral e afetivo.

Hoje em dia, no entanto, tais visitas – já chamadas de “convivência” – constituem um poder-dever dos pais, cujo não exercício acarreta implicações de ordem psicológica que muitas vezes irão afetar aquele filho para o resto da vida.

O abandono afetivo é, portanto, a ausência da assistência psíquica, moral e afetiva que cabe aos pais darem aos seus filhos, que se observa quando o ascendente não assume a relação de genitor que lhe cabe, sem exercer o dever de cuidado prescrito pela lei.

Durante muito tempo, no entanto, o abandono afetivo não era visto como capaz de gerar indenização por danos morais aos filhos que pleiteavam no judiciário punição pelas atitudes de desabrigo dos pais, como podemos analisar do REsp 514.350/SP, julgado em 28/04/2009 pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do Ministro Aldir Passarinho Júnior:

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. RECONHECIMENTO. DANOS MORAIS REJEITADOS. ATO ILÍCITO NÃO CONFIGURADO.

I. Firmou o Superior Tribunal de Justiça que "A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária" (Resp n. 757.411/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, DJU de 29.11.2005).

II. Recurso especial não conhecido.⁸⁹

⁸⁹ STJ, REsp 514.350/SP, 4ª Turma, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Distrito Federal, 28 de Abril de 2009.

A justificativa utilizada para afastar a possibilidade de indenização nos casos de dano afetivo estava justamente no fato de que não poderia se obrigar uma pessoa a amar a outra, sendo que a punição pela omissão dos pais já geraria a perda do poder familiar, o que, no entanto, não poderá ser encarado como punição em todos os casos, sendo considerada muitas vezes como uma bonificação pelo abandono dos filhos, uma vez que o genitor pode não ter qualquer interesse em prover para seu descendente qualquer tipo de amparo.

Sendo assim, não pode o Judiciário se omitir de buscar acabar com os casos de abandono afetivo que tanto se repetem no sistema jurídico brasileiro, gerando consequências devastadoras aos filhos que são criados com uma carência afetiva, crescendo com uma verdadeira lacuna na formação de seu caráter, o que gera dano moral irreparável.

A possibilidade de se pleitear uma indenização por danos morais pelo abandono afetivo não encontra embasamento em uma obrigação de amor que os pais teriam com seus filhos, mas em um dever de cuidado, que não estaria sendo cumprido.

O poder familiar preceitua deveres dos pais perante seus filhos e dentre deles se encontram o dever de exercer a guarda dos filhos, além de dirigir-lhes a criação e educação, conforme preceitua o artigo 1.634 do Código Civil de 2002. É necessário que se entenda que a afetividade não pode ser confundida com amor ou carinho, sendo um dever imposto aos pais e filhos uns quanto aos outros. Os pais que falharam em exercer suas obrigações decorrentes do poder familiar, omitindo-se, deverão indenização aos seus filhos, que foram privados de um exercício de um direito.

Nas palavras de Rolf Madaleno:

Portanto, amor e afeto são direitos natos dos filhos, que não podem ser punidos pelas desinteligências e ressentimentos dos seus pais, porquanto a falta deste contato influencia negativamente na formação e no desenvolvimento do infante, permitindo este vazio a criação de carências incuráveis, e de

resultados devastadores na autoestima da descendência, que cresceu acreditando-se rejeitada e desamada.⁹⁰

Desta forma, conclui-se que o pai que abandona o filho além de estar causando abalo psíquico irreparável em sua prole também está privando-a de um direito fundamental garantido pela Constituição, o que torna passível a indenização. Muito embora a prestação pecuniária não seja capaz de compensar o sentimento de rejeição fomentado no filho – até porque nem tem essa função – deverá servir para cobrir aquilo que foi gasto com uma tentativa de compensação do filho de superar os abalos sofridos com o abandono e também como alerta para próximos desamparos.

Tendo o genitor se recusado a cumprir com os deveres que a lei pátria determina como inerentes ao poder familiar e associa a direitos inafastáveis dos filhos, este comete ilícito civil, capaz de gerar o dever de indenizar.

Não é em outro sentido o julgamento do REsp n. 1.159.242/SP, julgado em 24/04/2012 pela Terceira turma do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrigli, conforme se observa abaixo:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.
2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.
3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.
4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos

⁹⁰ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de família*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.409.

filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.

6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.

7. Recurso especial parcialmente provido.⁹¹

No mesmo sentido, a opinião de Maria Berenice Dias:

A indenização por abandono afetivo pode converter-se em instrumento de extrema relevância e importância para a configuração de um direito das famílias mais consentâneo com a contemporaneidade, podendo desempenhar papel pedagógico no seio das relações familiares. Claro que o relacionamento mantido sob pena de prejuízo financeiro não é a forma mais satisfatória de estabelecer um vínculo afetivo. Ainda assim, mesmo que o pai só visite o filho por medo de ser condenado a pagar uma indenização, isso é melhor do que o sentimento de abandono. Ora, se os pais não conseguem dimensionar a necessidade de amar e conviver com os filhos que não pediram para nascer, imperioso que a justiça imponha coactamente essa obrigação.⁹²

⁹¹STJ, REsp n. 1.159.242/SP, 3ª Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Distrito Federal, 24 de abril de 2012.

⁹²DIAS, Maria Berenice. *Manual do Direito das famílias*. 11 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p 536.

CAPÍTULO IV – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não restam dúvidas de que o caminho a ser percorrido em termos de avanços que primam pela igualdade, o respeito da orientação sexual e das diferentes concepções de famílias entre as pessoas ainda é longo. No entanto, talvez esse caminho nunca tenha fim se a tentativa for de prever expressamente todas as entidades familiares possíveis em um rol taxativo.

Não há como engessar um tipo de entidade como a família, criando um conceito estático. Este instituto sempre esteve e sempre estará em mutação, podendo se apresentar de forma completamente diversa de tempos em tempos, dependendo dos avanços sociais que se observarem.

A função do direito de refletir a sociedade em que está inserido deve ser cumprida à medida que o ordenamento jurídico não enumera as entidades familiares, esgotando-as, mas a partir da inserção de princípios jurídicos em sua Carta Magna que tornam possíveis o abarcamento de diferentes modelos de família, desde que estes sejam respeitados.

E foi justamente isso que alcançou a Constituição de 1988. Ao prever os princípios constitucionais da igualdade, liberdade, melhor interesse da criança, afetividade, permitiu que o olhar e a proteção estatal recaíssem sobre as uniões de pessoas que se fundam no afeto, no respeito mútuo, na vontade de constituir uma família, na solidariedade familiar, e não sobre os agrupamentos que, criados pela formalidade do casamento, se vissem indissolúveis por questões patrimoniais.

Não há mais espaço, desde o advento da Carta Política de 1988, para a previsão de leis que desigualem homens e mulheres, filhos advindos ou não do casamento, filhos adotivos, para qualquer legislação que faça distinção entre um casamento que preenche os formalismos legais e uma união estável que preza pela realidade de fato, para qualquer previsão no ordenamento que impeça que pessoas do mesmo sexo se unam e constituam uma família com os mesmos direitos e deveres de uma família formada por pessoas de sexo oposto.

No momento, cabe à jurisprudência decidir sobre diversas questões controvertidas de acordo com esses princípios. Se a ideia de famílias paralelas/simultâneas ou também as anaparentais⁹³ surja de início como um desafio para o nosso ordenamento jurídico, cabe aos nossos Tribunais que respeitem os anseios sociais e decidam conforme a realidade vigente.

O papel da Constituição de 1988 foi abrir caminhos para que os mais diversos tipos de famílias pudessem ser abarcados pela nossa legislação, apresentando, em seu rol exemplificativo do artigo 226, alguns dos possíveis modelos.

Com essa possibilidade aberta pela Carta Política em vigor, resta torcer para que a jurisprudência pátria reconheça uma entidade familiar sempre que respeitados os princípios constitucionais para tanto. Sempre que haja amor, respeito, afeto, igualdade e liberdade, deve haver a noção de família presente e, conseqüentemente, a proteção estatal.

⁹³A família anaparental caracteriza-se pela inexistência de pais, sendo formada apenas pela convivência entre parentes colaterais ou pessoas ligadas pelo vínculo da afetividade. Nesse tipo de família não há, necessariamente, uma diferença de gerações ou uma verticalidade dos vínculos parentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBA, Felipe Camilo Dall'. *Os três pilares do Código Civil de 1916: a família, a propriedade e o contrato*. Disponível em <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/109-artigos-set-2004/5147-os-tres-pilares-do-codigo-civil-de-1916-a-familia-a-propriedade-e-o-contrato>>.

Acesso em 2/11/2016.

COSTA, Elis Regina Carvalho. *Como nossos pais*. Belchior. In: Falso Brillhante. [Rio de Janeiro]: Phonogram, c1976. 1 CD (34 min 50 s). Faixa 1 (4 min 21s) <<https://www.vagalume.com.br/elis-regina/como-nossos-pais.html>> Acesso em: 21/11/2016.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 11 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Atlas, 2008.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 6ª Ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MIRANDA, Maria Da Graça Gonçalves Paz. *O Estatuto da Mulher Casada de 1962*. Rio Grande do Sul, 2013. 50 fls. Monografia - Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Uma principiologia para o direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e dignidade humana: anais do V congresso brasileiro de direito de família*

SALOMÃO, Luis Felipe. *Direito Privado: Teoria e Prática*. 2 ed. rev. atual. eampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SCHREIBER, Anderson. *STF, Repercussão Geral 622: a Multiparentalidade e seus Efeitos*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/stf-repercussao-geral-622-a-multiparentalidade-e-seus-efeitos/16982>>. Acesso em: 04/10/2016.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. 2ªed. rev. e atual. São Paulo: Editora Método, 2012

ZENI, Bruna Schlindwein. *A evolução histórico-legal*. Disponível em: <www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/File/641/363> Acesso em 10/10/2016.

BRASIL, Constituição Federal de 1824.

BRASIL, Constituição Federal de 1891.

BRASIL, Constituição Federal de 1934.

BRASIL, Constituição Federal de 1937.

BRASIL, Constituição Federal de 1946.

BRASIL, Constituição Federal de 1967.

BRASIL, Constituição Federal de 1967.

BRASIL, Constituição Federal de 1988.

BRASIL, Decreto-Lei nº 4.737, de 24 de Setembro de 1942.

BRASIL, Emenda Constitucional nº 1, de 17 de Outubro de 1969.

BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.

BRASIL, Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990.

BRASIL, Lei nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916.

BRASIL, Lei 4.121/62, de 27 de Agosto de 1962.

BRASIL, Lei nº 12.010, de 3 de Agosto de 2009.

BRASIL, Lei nº 4.121, de 27 de Agosto de 1962.

BRASIL, Lei nº 6.515, de 26 de Dezembro de 1977.

BRASIL, Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990.

BRASIL, Lei nº 883, de 21 de Outubro de 1949.

BRASIL, Resolução n. 175, de 14 de Maio de 2013.

RECIFE, Provimento n 009/2013, 02 de Dezembro de 2013.

RIO DE JANEIRO, Decreto nº 2479 de 08 de Março de 1979

STF, ADI 4277, Rel. Ministro Ayres Britto, Distrito Federal, 05 de maio de 2011.

STF, ADIN 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, Distrito Federal, ambos julgados em 05 de Maio de 2011.

STF, ADPF 132, Rel. Ministro Ayres Britto, Distrito Federal, 05 de maio de 2011.

STF, RE 898.060, Rel. Min. Luiz Fux, Distrito Federal, 22 de Setembro de 2016.

STF, RE: 846102, Rel. Ministra Camen Lúcia, Distrito Federal, 05 de Março de 2015.

STJ, Agravo Regimental no Agravo em Resp 748.452, 4ª Turma, Rel. Ministro Raul Araújo, Distrito Federal, 23 de fevereiro de 2016.

STJ, EDcl no REsp 1026981, 3ª Turma, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Distrito Federal, 04 de Agosto de 2010.

STJ, REsp 889852, 4ª Turma, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Distrito Federal, 10 de Agosto de 2010.

STJ, REsp 1.401.538, 3ª Turma, Rel. Ministro Ricardo Villas Boas Cuevas, Distrito Federal, 04 de Agosto de 2015.

STJ, REsp 148897, 4ª Turma, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Minas Gerais, 10 de Fevereiro de 1998.

STJ, REsp 234833, 4ª Turma, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Distrito Federal, 25 de Setembro de 2007.

STJ, REsp 820475, 4ª Turma, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Rio de Janeiro, 02 de Setembro de 2008.

STJ, REsp nº 238.715, 3ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Rio Grande do Norte, 19 de maio de 2005.

STJ, REsp. 1302.467, 4ª Turma, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Distrito Federal, 03 de Março de 2015.

STJ, REsp 1.183.378, 4ª Turma, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Distrito Federal, 25 de Outubro de 2011.

STJ, REsp 1.401.538, 3ª Turma, Rel. Ministro Ricardo Villas Boas Cuevas, Distrito Federal, 04 de Agosto de 2015.