

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE
INSTITUTO DE CIÊNCIAS DA SOCIEDADE DE MACAÉ
DEPARTAMENTO DE DIREITO DE MACAÉ
CURSO DE DIREITO

THÁRCYLA MARTINELLI MACHADO DA SILVA

A EVOLUÇÃO DO CONCEITO CONSTITUCIONAL DE FAMÍLIA

MACAÉ
2018

THÁRCYLA MARTINELLI MACHADO DA SILVA

A EVOLUÇÃO DO CONCEITO CONSTITUCIONAL DE FAMÍLIA

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito da Universidade Federal
Fluminense, como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador:

Prof. Dr. Heron Abdon Souza

MACAÉ
2018

Ficha catalográfica automática - SDC/BFD

S586e Silva, Tharcyla Martinelli Machado da
A evolução do conceito constitucional de família /
Tharcyla Martinelli Machado da Silva ; Heron Abdon Souza,
orientador. Niterói, 2018.
52 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -
Universidade Federal Fluminense, Faculdade de Direito,
Niterói, 2018.

1. Afeto. 2. Direito das famílias. 3. Constituição;
aspecto histórico. 4. Produção intelectual. I. Título II.
Souza, Heron Abdon, orientador. III. Universidade Federal
Fluminense. Faculdade de Direito.

CDD -

THÁRCYLA MARTINELLI MACHADO DA SILVA

A EVOLUÇÃO DO CONCEITO CONSTITUCIONAL DE FAMÍLIA

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito da Universidade Federal
Fluminense, como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em dede

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Heron Abdon Souza (Orientador) – UFF

Prof.^a Dra. Fabianne Manhães – UFF

Prof. Lucas Pontes – UFF

MACAÉ
2018

Dedico esse trabalho à minha mãe, mulher batalhadora, que por muitos percalços passou, mas nunca desistiu de nós.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que me ajudaram de alguma forma até aqui, em especial minha mãe e meus amigos, vocês são anjos em minha vida.

RESUMO

O presente trabalho analisa a evolução histórica do conceito de família na Constituição, ou seja, o que era considerado família antes da Constituição de 1988 e como a mesma é aceita atualmente. O conceito de família, de certo, sofreu inúmeras alterações com o passar dos anos, assim como evoluiu a legislação. A família, antes vista sob a ótica patrimonial e reprodutiva, hoje é vista a partir do vínculo de afeto entre as pessoas que a compõem. A ideia inicial de que a família somente seria composta por meio do matrimônio foi sendo aos poucos deixada de lado, uma vez que surgiam inúmeros grupos que conquistavam cada vez maior espaço na sociedade. Com o advento da Constituição de 1988, foi consagrada como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana, fato que abriu portas para um novo e mais abrangente conceito de família, não sendo sua formação mais atrelada ao matrimônio. Dessa forma, o presente trabalho tem a intenção de analisar a evolução e a abrangência do conceito de família ao longo dos anos. Assim como de demonstrar que a mesma atualmente se baseia na afetividade como princípio de fundamento e, ainda assim, possui o mesmo direito de proteção do Estado, visto que é um passo em ser atingida a dignidade humana.

Palavras-chave: Família. Princípios constitucionais. Dignidade da pessoa humana. Afetividade.

ABSTRACT

The present work analyses the historical evolution of the family concept described on the Brazilian Constitution, in other words, the difference between the concept before the Constitution on 1988 and after it on how it is accepted on each one of them. The family concept has been modified in the past years with the evolution of legislation. The family that before was seen as patriarchal and reproductive is now seen as the affection between people who compose it. The antiquated idea of family, that it would only be composed through matrimony, has been forsaken since some different groups have conquered their space inside the society. With the 88's Constitution, human person dignity was established as a fundamental principle. This fact has open possibilities for a new and more embracing concept of family, not being constituted only through matrimony anymore. Such as, demonstrate that the current concept of family is based on affectivity as its fundamental principle, and still has the same protection rights of state since it is one more step to achieve human dignity.

Key-Words: Family. Constitutionals principles. Human person dignity. Affectivity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. O CONCEITO SOCIAL E CONSTITUCIONAL DE FAMÍLIA NO BRASIL PRÉ CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	11
1.1 Norteando a Importância da Família na Sociedade.....	11
1.2 A Evolução Social da Família no Brasil.....	12
1.3 Previsão Constitucional da Família nas Constituições de 1891 a 1967/1969.....	14
2. O CONCEITO DE FAMÍLIA NO BRASIL A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988	17
2.1 A Família e a Constituição de 1988 no Brasil.....	17
2.2 Os Princípios Norteadores do Conceito de Família.....	22
2.2.1 Princípio da Igualdade.....	25
2.2.2 Princípio da Liberdade.....	27
2.2.3 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	29
3. AS NOVAS FAMÍLIAS NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA.....	31
3.1 Os Tipos de Família da Atualidade.....	31
3.2 A Família Homoafetiva.....	32
3.2.1 A Família Homoafetiva Conforme Entendimento do STF.....	33
3.2.2 A Família Homoafetiva Conforme a Resolução 175 do CNJ.....	35
3.2.3 O Possível Ativismo Judiciário no Conceito de Família Homoafetiva.....	35
3.3 A Família na Legislação e Jurisprudência Atuais.....	37
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	44
REFERÊNCIAS.....	48

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a evolução do conceito constitucional de família e sua importância na sociedade, de modo a ser atingida da melhor forma possível a dignidade da pessoa humana. O trabalho tem por principal objetivo traçar a evolução histórica do conceito de família e demonstrar como tal conceito passou de extremamente restrito e rígido para um dos mais abrangentes do Direito.

De forma a contextualizar o tema, o estudo pretende fazer um breve apanhado histórico de como se deu a evolução do conceito de família na sociedade brasileira e sua futura inclusão na Constituição. Assim como pretende esmiuçar sua aplicabilidade no Direito atual e sua ampla interpretação, baseada no princípio da dignidade da pessoa humana.

De certo, a família é a instituição e o agrupamento humano mais antigo, uma vez que todo ser humano, todo indivíduo nasce em razão da família e no âmbito dela, associando-se, dessa forma, com seus demais membros. É intrínseco ao ser humano, no momento do nascimento, estar ligado de alguma forma a seu seio familiar, podendo este ser considerado uma estrutura básica da sociedade. O vínculo natural que une o ser humano à sua família leva a crer que não existe qualquer outra instituição ao qual ele seja tão ligado.

A família sempre foi de grande importância, seja com o objetivo de perpetuação da espécie ou tão somente pelo repúdio do ser humano à solidão e, por esse motivo, seu conceito vem sendo atualizado de tempos em tempos de modo a acompanhar as constantes transformações que são comuns e necessárias a qualquer sociedade.

A princípio, é necessário que sejam aplicados múltiplos ramos do conhecimento de modo a que se compreenda as diferentes e variadas peculiaridades de cada tipo de agrupamento familiar, em especial a ciência jurídica, uma vez que esses agrupamentos, se analisados de forma singular, estariam divergindo de sua real forma e característica.

A legislação brasileira atual não apresenta um conceito específico de família, por esse motivo, é possível atualmente tê-la em tamanha pluralidade. O surgimento da dignidade da pessoa humana como direito fundamental foi o maior norte para o conceito vasto e abrangente, e por isso mais justo, que se observa hoje.

O conceito original de família teve início com uma sociedade extremamente conservadora, onde a família tinha por pressuposto a matrimonialização, visto que era voltada única e exclusivamente ao matrimônio, não sendo admitida outra forma para sua constituição. A sociedade e, conseqüentemente, sua legislação seguiam os moldes patriarcais, de modo

hierárquico, tendo o homem como gestor da unidade de produção, e patrimonializada, visando o lucro por meio da força laboral de seus membros, visando, dessa forma, o progresso da entidade familiar.

O Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916) foi fundada de acordo com tais pressupostos, com base em uma sociedade patriarcal, patrimonialista, agrária e extremamente conservadora, e, ainda que tenha sido elaborada no século XX, seguiu pesquisas e estudos de meados do século XIX. Nesse período, somente seria considerado família aquela instituição formada pelo vínculo formal do casamento, sendo as demais uniões consideradas ilegítimas e imorais, ficando estas desprovidas de qualquer amparo legal ou reconhecimento social. Nessa época, o conceito de família seguia a ideia de “instituição-fim em si mesmo”, ou seja, o indivíduo deveria servir à família, e não o oposto.

Com a Carta Magna de 1988 (BRASIL, 1988), o Direito de Famílias foi constitucionalizado, o que acarretou diversas e importantes modificações que afetaram diretamente os paradigmas que até então regulavam o conceito de família como base da sociedade.

Com a chegada da Constituição de 1988, a família passou a não ter mais por escopo o patrimônio, mas sim o seu sujeito, devido à importância jurídica recém concedida às pessoas; assim como foram alteradas ideias anteriormente engessadas, tais como a ilegitimidade da prole, a indissolubilidade do casamento, a inferioridade feminina e as antigas superstições que norteavam as variedades familiares, sendo considerado como o mais importante a afetividade.

O conceito de família atualmente é abrangente, porém nem sempre o foi. A Justiça enxergava a família somente através do matrimônio, dessa forma, sendo patriarcal e patrimonialista. A partir da Constituição de 1988, alguns conceitos foram alterados, principalmente baseados no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Desse modo, a jurisprudência atual vem cada vez mais divergindo do inicial conceito engessado pré-Constituição de 1988.

O presente trabalho pretende, como um de seus objetivos, fazer a análise e exposição de como, a partir da Carta Magna de 1988, o Direito de Famílias foi constitucionalizado, o que acarretou diversas e importantes modificações que afetaram diretamente os paradigmas que, até então, regulavam o conceito de família como base da sociedade.

A pesquisa deste trabalho se faz necessária de forma a levar a uma reflexão sobre conceitos ultrapassados, tais como era o de família antes da Constituição de 1988. Assim, passa-se a refletir acerca das manifestações sociais e como estas podem e devem ter um

impacto positivo perante o legislador, buscando uma melhoria na qualidade de vida de toda a população.

O trabalho pretende demonstrar de que forma a lei é interpretada atualmente e como ela é aplicada no dia-a-dia daqueles que a buscam. É de extrema importância que se verifique se o que foi almejado pelo legislador foi alcançado e é cumprido, assim como é importante observar a evolução e a adequação do conceito de família perante as mais diversas realidades que possam surgir para análise do Juiz de Direito.

É certo que o conceito de família teve uma grande e necessária evolução quanto à sua interpretação inicial, tendo o princípio da dignidade da pessoa humana como grande divisor de águas perante a Justiça. Como parte final do trabalho, será analisado como tal abrangência vem sendo interpretada atualmente e como este novo conceito é utilizado e aceito pela jurisprudência atual.

1. O CONCEITO SOCIAL E CONSTITUCIONAL DE FAMÍLIA NO BRASIL PRÉ CONSTITUIÇÃO DE 1988

Neste primeiro capítulo, será explanado e analisado o conceito inicial de família, como esta seria formada e abrangida, conforme os costumes e moldes da sociedade brasileira pré Constituição de 1988, ou seja, como eram seus moldes à luz do Código Civil de 1916.

1.1 Norteando a Importância da Família na Sociedade

Não restam dúvidas de que a família, dentre todos os agrupamentos humanos, é o que precede e encabeça todos os demais, como um fenômeno tanto biológico como social, motivo pelo qual é preciso analisá-la por diferentes perspectivas e ângulos. Não existe forma de se falar em sociedade sem se pensar em família, uma vez que o ser humano nasce inserto no seio familiar, a estrutura básica social.

Como está previsto na própria Constituição, a sociedade tem por base a família e, por esse motivo, a ela deve ser dispensada uma atenção especial por parte do Estado. Ela é a célula *mater* da sociedade, indispensável para a sobrevivência humana, para a manutenção da sociedade e do próprio Estado (GAMA, 2008, p. 5).

É do âmbito familiar que decorrerão os fatos elementares da vida do ser humano, desde seu nascimento até o dia de sua morte. A própria evolução da humanidade está interligada e conectada às transformações ocorridas ao longo do tempo no âmbito familiar. As grandes transformações sociais, por certo, interferem no modo de vida familiar, uma vez que sociedade e família influenciam diretamente uma à outra.

Dessa forma, resta comprovado que, de fato, a família é a base da sociedade, sendo o motivo de sua origem e evolução ao longo do tempo, assim como o espaço onde são disseminadas as tradições, os valores e as culturas de gerações passadas.

A família é o cerne em torno do qual os indivíduos se conectam de forma a realizarem seus interesses, satisfazerem suas necessidades e formarem sua personalidade, encontrando o amor e segurança necessários para lidar com o cotidiano e buscarem alcançar seus objetivos. Desta forma:

A vida familiar com segurança jurídica é o ideal, também porque o Estado está preocupado com sua própria existência. A família é seu forte, seu sustentáculo, sua própria vida, a menor porção da sociedade dentro do lar. E a família, por sua vez, encontra sua força na convivência pacífica e segura de seus membros, irmanados no amor (VILLAÇA, 2002, p. 240-241).

Os modelos familiares podem variar de acordo com a cultura, valores e especificidades de cada país, assim como regimes políticos, religiosos e econômicos. Porém, não restam dúvidas de que não existe sociedade sem família.

Em suas interações na sociedade, o homem tende a reunir-se em grupos, ou núcleos, em que satisfaz suas necessidades básicas, de ordem pessoal ou patrimonial, assumindo relevo especial a da família. Como centro irradiador de vida, de cultura e de experiência, a família é a célula básica do tecido social, em que o homem nasce, forma sua personalidade e se mantém, perpetuando a espécie, dentro de uma comunidade duradoura de sentimentos e de interesses vários que unem seus integrantes. (BITTAR, 2006, p. 125)

1.2 A Evolução Social da Família no Brasil

O ser humano é um ser social, por este motivo ele possui a necessidade de se associar com outros seres humanos para, dessa forma, sobreviver e coabitar em sociedade, se desenvolvendo de forma plena. A família, desde os primórdios, tem sido essencial para garantir a perpetuação e a evolução da espécie humana, assim como o desenvolvimento de seus indivíduos e sua preparação para a vida em sociedade.

Os laços familiares podem ser considerados como a mais importante forma de relacionamento social. A associação familiar é a organização fundamental da sociedade. É “o núcleo ideal do pleno desenvolvimento da pessoa. É o instrumento para a realização integral do ser humano” (DINIZ, 2006, p. 13). Se não fosse pela existência do instituto da família, a sobrevivência do homem seria mais frágil e difícil.

De acordo com Washington de Barros:

dentre todas as instituições, públicas ou privadas, a da família reveste-se de maior significação. Ela representa, sem contestação, o núcleo fundamental, a base mais sólida em que repousa toda a organização social. (MONTEIRO, 2004, p. 1)

Conforme explica Clóvis Beviláqua, a família possui vários conceitos jurídicos.

Assim:

Compreende, em um sentido, o complexo das pessoas, que descendem de um tronco ancestral comum, tanto quanto essa ascendência se conserva na memória dos descendentes. Outras vezes, o círculo é mais estreito, abrangendo um número consideravelmente mais limitado de parentes, porém, de envolta com eles, outras pessoas economicamente vinculadas ao grupo, como os escravos sujeitos a autoridade do chefe. É o verdadeiro sentido da palavra perante o direito romano. (BEVILÁQUA, 1976, p. 15-16)

Vale ainda ressaltar que a família:

possui uma natureza dual: de um lado, sua constituição repousa em fatores psíquicos e biológicos, como o amor e a necessidade de procriação da espécie, além dos cuidados com os filhos; por outro lado, a família também é constituída por elementos sociológicos, que determinam como será estruturada essa família.⁷ (BURGUIERI, 1988, p. 12)

É importante salientar que, fazendo uma análise de nossa história é possível observar que naqueles lugares nos quais o instituto familiar se mostrou forte e sólido, o Estado também se desenvolveu de forma a acompanhar. Tal observação prova que, quanto mais estável e segura for a estrutura familiar, os laços que unem os indivíduos, mais estável será a sociedade e mais felizes individualmente serão os membros da família (LIMA, 1960, p. 51).

A família existe desde os tempos mais primórdios, desde a origem do homem, em todos os povos do mundo, sofrendo algumas variações em razão das peculiaridades de cada povo. É anterior até mesmo ao próprio Estado, é a mais antiga instituição social (OLIVEIRA, 2002, p. 20).

Assim:

Nenhuma dúvida há de que, em termos de organismo social, é a família o mais antigo. Portanto, sempre existiu, a partir do momento em que passou a existir o primeiro homem no seu exemplar mais rudimentar de que se tem conhecimento na face da Terra. (OLIVEIRA, 2002, p. 20)

A história da família se confunde com a história da humanidade, sendo que a primeira instituição à qual o homem pertenceu, e até hoje ainda pertence, é a família (AFLEN, 2006, p. 82-83).

O instituto da família difere de acordo com a cultura, contexto social, econômico, político e histórico de cada povo, tendo cada um sua particularidade. Contudo, é inegável que a existência da família é universal, existindo em qualquer tipo nas mais diferentes sociedades.

A noção de família variou ao longo dos tempos, passou por um longo processo de transformações e ainda evolui constantemente, interagindo com a sociedade para assegurar sua adaptação às mudanças ocorridas na mesma e, por consequência, à sua própria existência (FACHIN, 2003, p. 3). Sendo assim, o significado de família continuamente evolui e se transmuta, não possuindo atualmente o mesmo sentido que tinha há algumas décadas.

Nesse sentido, Luiz Edson Fachin (2003, p. 3) ensina: “Impende situar que o ente familiar é um corpo que se reconhece no tempo. Uma agregação histórica e cultural como espaço de poder, de laços e de liberdade”.

Posto isso, concluímos que a família, desde sua origem, evolui em conformidade com a sociedade, e com ela passou por diversas transformações até chegar aos moldes dos tempos atuais. Nessa linha de pensamento:

O conceito de família atravessa o tempo e o espaço, sempre tentando clarear de demarcar seu limite, especialmente para fins de direito. Em uma determinada época, concebe-se a família como um organismo mais amplo, em outra, com tendência mais reduzida, como o é atualmente. No Brasil, na França e praticamente todo mundo ocidental, o nosso modelo ocidental retrata a família romana como padrão de organização institucional. (PEREIRA, 2003, p. 7)

Não há dúvidas de que a família continuará sempre evoluindo em conformidade com os novos valores e costumes que surgirem, de acordo com o momento histórico em questão, trata-se de um padrão de evolução ininterrupto.

1.3 Previsão Constitucional da Família nas Constituições de 1891 a 1967/1969

A família passou a receber especial atenção pelo mundo através de pactos e tratados internacionais de direitos humanos, sendo reconhecido seu valor e atribuída proteção integral ao instituto. Da mesma forma, as Constituições brasileiras também começaram a demonstrar tal preocupação, reconhecendo seu importante papel perante a sociedade e estabelecendo especial proteção por parte do Estado.

Porém, foi apenas a partir da Constituição de 1934 que a constitucionalização do direito das famílias começou a existir. Até então, as Constituições brasileiras de 1824 e de 1891 não fizeram qualquer menção à família ou ao casamento. Somente foi tratado, na Constituição de 1824, em seu capítulo III, a respeito da família imperial e seu aspecto de dotação, restando inerte em relação ao tratamento relativo à proteção de outras famílias.

Já a Constituição de 1891, assim como a de 1824, não trouxe em seu corpo um capítulo específico para tratar da família. Todavia, seu artigo 72, §4º previa que “a República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita” (BRASIL, 1891). Dessa forma, fica nítido que a única família admitida como válida perante a época era aquela formada a partir do casamento civil.

É importante pontuar que o artigo anteriormente citado apenas foi inserido na Constituição de 1891 em virtude da separação ocorrida entre Igreja e Estado. Como esclarece Rodrigo da Cunha Pereira (2003), a partir da proclamação da República, o catolicismo deixou de ser a religião oficial no Brasil. A partir deste fato, o casamento civil foi mencionado na Constituição como a única forma de se constituir a família brasileira. Antes da proclamação da República do Brasil, as famílias se constituíam através do matrimônio religioso, que já possuía efeitos civis, uma vez que não havia qualquer separação entre Igreja e Estado (PEREIRA, 2003, p. 9).

A previsão da família na Constituição ocorreu somente do texto de 1934. O artigo 144 trazia a seguinte previsão: “A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado” (BRASIL, 1934).

É a partir desta Constituição que o instituto da família passa a ser regularizado, recebendo uma especial proteção do Estado. É importante observar que a chegada da Constituição de 1934 ocorreu em concomitância com o Estado Social, momento em que o bem-estar e as relações sociais passaram a ter maior importância perante o Estado. Por isto, houve uma verdadeira inovação com a Constituição de 1934, através da constitucionalização de disposições relativas à ordem econômica e social, uma conquista que foi transportada para as futuras Constituições (FERRAZ, 1993).

Como podemos verificar, o casamento era a única forma de ser constituída e reconhecida a família, não possuindo proteção constitucional outros modelos de família, pois era sinônimo de casamento. O instituto da família ainda era regulamentado sob uma ótica patrimonialista e política. A família em si possuía proteção constitucional, mas não seus integrantes, que não eram considerados individualmente como pessoas dignas de proteção (GAMA, 2008, p. 114).

Vale ainda mencionar que a Constituição de 1934 trouxe importantes avanços relativos aos direitos das mulheres, porém continuou a dar um tratamento diferenciado para homens e mulheres, não sendo conferida igualdade jurídica a ambos os sexos. Em relação ao matrimônio, a Constituição não permitia sua dissolução, deixando a critério da lei civil determinar os casos de desquite e de anulação de casamento (vide artigo 144, parágrafo único).

A Constituição de 1937 (BRASIL, 1937), de forma um tanto quanto autoritária, manteve praticamente as mesmas disposições presentes na Constituição anterior, tal como o reconhecimento de família apenas sendo aquela oriunda do casamento e a indissolubilidade do vínculo matrimonial. O artigo 124 previa que “A família, constituída pelo casamento

indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos” (BRASIL, 1937).

Guilherme Gama Filho muito bem explica o conteúdo das Constituições brasileiras até o referido momento:

A preocupação com a instituição familiar se revela evidente no bojo de tais textos constitucionais como forma de preservação de um modelo político, econômico e social em que a paz familiar e o patrimônio familiar encontravam-se acima de qualquer outro valor. (GAMA, 2008, p. 33)

A Constituição de 1946 (BRASIL, 1946), por sua vez, trouxe um caráter mais liberal e democrático, porém o tratamento dado à família seguiu inalterado, somente garantindo a proteção estatal àquelas famílias decorrentes do casamento.

Art 163 - A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.
§ 1º - O casamento será civil, e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público. (BRASIL, 1946)

As Constituições de 1967 (BRASIL, 1967) e de 1969 (BRASIL, 1969) seguiram a mesma linha das Constituições anteriores, isto é, não trouxeram qualquer evolução quanto ao conceito de família, não havendo qualquer menção, senão àquela oriunda do matrimônio. O *caput* do artigo 167 estabelecia que “A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos” e o §1º “O casamento é indissolúvel” (BRASIL, 1967).

Porém, a Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, trouxe um importante avanço, onde o casamento deixou de ser indissolúvel aos olhos da Constituição brasileira, havendo agora a possibilidade do divórcio. Assim, o texto do §1º, do artigo 175 por alteração nos dispositivos, passou a ser: “O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos” (BRASIL, 1977).

Por fim, é possível concluir que todos os textos constitucionais anteriores ao de 1988 não trouxeram nenhuma previsão de família, exceto aquela relativa ao padrão antiquado, modelo tradicional de família matrimonial, patriarcal e autoritária, sendo totalmente ignorada a existência de outros tipos de família.

2. O CONCEITO DE FAMÍLIA NO BRASIL A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Nesta segunda etapa, após as explicações e análises anteriores relativas a como o conceito de família era engessado e antiquado, passa-se a analisar as mudanças trazidas pela Constituição de 1988 e como estas afetaram a interpretação do legislador quanto ao conceito e proteção destinados ao instituto da família.

2.1 A Família e a Constituição de 1988 no Brasil

A partir da Constituição de 1988, a família recebe novos contornos e lhe é dada nova definição, de modo que foram inclusos no texto constitucional princípios e direitos conquistados ao longo do tempo pela sociedade. Diante da nova perspectiva de família trazida pela nova Constituição, o modelo tradicional de família, oriundo do matrimônio, passa a ser apenas mais uma forma de se constituir a família, não mais a única. De acordo com o artigo 266, a família passa a ser uma comunidade fundada na igualdade e no afeto:

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, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.
§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.
(BRASIL, 1988)

Os pactos e tratados internacionais, fundados na dignidade da pessoa humana, com ideais democráticos, de justiça social e de igualdade entre os homens, influenciaram diretamente nos avanços que ocorreram em virtude da Constituição de 1988. A partir de sua chegada, à família foi destinada proteção especial por parte do Estado e tida como a base da sociedade. Assim:

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

[...]

§8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um de seus membros que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (BRASIL, 1988)

A partir daí, tornou-se obrigação do Estado a proteção integral da família, assim como assegurar total assistência a cada um dos membros que a integram. Por esse motivo, passou a ser dever constitucional por parte do Estado implementar todas as medidas necessárias para o pleno desenvolvimento das famílias e de cada pessoa que as integrem, em todas as suas esferas: legislativa, executiva e jurisdicional.

No entanto, com base nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, não cabe ao Estado intervir no planejamento familiar de cada família, cabendo tal encargo de decisão apenas a cada um dos integrantes das famílias. Portanto, o único dever do Estado é o de assegurar os recursos educacionais e científicos necessários para que cada família tenha condições de exercer tal direito de forma livre, seguindo sua própria vontade, conforme estabelece o §7º, do artigo 226.

Em conformidade com as mudanças ocorridas no seio familiar e com a realidade social brasileira, assim como em toda a comunidade internacional, a Constituição de 1988 trouxe em seu corpo a ideia de igualdade entre cônjuges e entre os filhos. Desta forma:

Art. 226. [...]

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

[...]

Art. 227. [...]

§6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (BRASIL, 1988)

Portanto, com a promulgação da Constituição de 1988, a família passou a ter maior prestígio e relevância, sendo amplamente regulada pelo artigo 226. Foi pela primeira vez reconhecida em uma Constituição brasileira a igualdade entre homens e mulheres, conforme é possível observar no artigo 5º, inciso I: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988). Tal feito se reflete de forma direta nas relações familiares, uma vez que a estrutura da família deixa de possuir um aspecto hierárquico e patriarcal, com a figura masculina como ‘chefe da casa’. Homens e mulheres passam a ter igual direito de reger a estrutura familiar, seja na tomada de decisões ou no provimento da família.

Outra importante evolução advinda da Constituição de 1988, foi a previsão, além do casamento, de outras duas formas de constituição da família: a União Estável e a família monoparental. A nova Constituição buscou “harmonizar as normas abstratas do ordenamento jurídico constitucional com a realidade subjacente da vida social” (SILVA, 2002, p. 851). Nesse sentido:

Art. 226. [...]

§ 1º: o casamento é civil e gratuita sua celebração.

[...]

§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.

[...]

Art. 226. [...]

§4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. (BRASIL, 1988)

Com isso, a partir da Constituição de 1988 houve um importante avanço ao regulamentar, de forma expressa, não só a família oriunda do casamento, como também a União Estável e a família monoparental, deixando de lado preconceitos arcaicos e atendendo a um crescente clamor social em virtude da nova realidade das famílias. Nesse sentido, Cristiano de Farias e Nelson Rosenvald (2008, p. 38) ensinam: “A Constituição normatizou o que já era a realidade das famílias brasileiras, reconhecendo que a família é um fato natural e casamento é uma convenção social”.

Finalmente o constituinte expandiu seus conceitos para as novas situações de existência da família e, pela primeira vez no Direito constitucional brasileiro, foi reconhecida não só a existência, como também a validade no ordenamento jurídico de outras espécies de famílias, para além das formadas pelo casamento.

Nessa mesma ordem de ideias, José Cretella Júnior explica:

No direito brasileiro atual, o legislador constituinte, auscultando a vontade da maioria do povo que representa, teve a coragem necessária para libertar-se dos preconceitos passados, colocando, no texto, o que observou na realidade diária. (CRETELLA JÚNIOR, 1992, p. 4526)

Vale ressaltar que a Constituição de 1988 não estabeleceu qualquer hierarquia entre os tipos de famílias existentes, mas trouxe a ideia do pluralismo familiar, que não esteve presente nas Constituições anteriores ou pactos internacionais, nos quais apenas a família oriunda do matrimônio era protegida. Também colocou sob a proteção constitucional toda e qualquer família, diferentemente das outras Constituições que protegiam somente a família advinda do

casamento. Com isso, assegurou a inclusão de boa parte da população que estava de fora da proteção constitucional, devido à previsão de um modelo ultrapassado de família.

Por fim, a expansão da proteção conferida à família pode ser considerada como uma forma de inclusão social, uma vez que amplia grandemente a gama de indivíduos protegidos pelo Estado, o que dá mais alcance e universalidade ao direito das famílias, preenchendo, assim, os fundamentos e objetivos do Estado Democrático de Direito.

Com a Constituição de 1988, deixa-se de exigir a finalidade patriarcal e reprodutora dada até então à família e passa-se a valorizar os vínculos afetivos e a estabilidade familiar, funções que obrigatoriamente devem estar presentes nas famílias atuais. Por isso, pode existir família sem a celebração de um casamento, mas não sem os requisitos mencionados.

Nesse sentido:

Os movimentos sociais e a revolução dos costumes nas décadas de 60 e 80 foram absorvidos pelo Texto Constitucional de 1988. Foi somente a partir daí, como já se disse anteriormente, que o Estado, constitucionalmente, passou a dar proteção às famílias que não fossem constituídas pelo casamento. (PEREIRA, 2003, p. 8)

Os princípios e valores que fundamentam a Constituição de 1988 não permitem a continuidade de uma concepção de família matrimonial, hierarquizada e baseada na figura paterna. Diante dos princípios vigentes no Estado Democrático de Direito, tais como a dignidade da pessoa humana, a igualdade entre homens e mulheres e entre os filhos, a liberdade, a intimidade, não há modo de se ignorar as novas formas dadas à família, que hoje possui relevante função social e se fundamenta na igualdade entre seus integrantes, que possuem os mesmos direitos e são igualmente dignos de proteção constitucional.

A previsão da União estável e da família monoparental de modo expresso na Constituição foi muito importante, uma vez que consolidou a ideia de existência de uma pluralidade de modelos familiares, deixando-se de lado a concepção de que a família só poderia se constituir através do matrimônio. Seguindo a linha de pensamento de Álvaro Villaça, bastaria que o texto constitucional enunciasse que a proteção do Estado se destinaria às famílias, sem que houvesse necessidade de se mencionar qualquer espécie familiar, considerando que a família é um fenômeno natural e seu conceito sempre muda ao longo do tempo.

Conforme Álvaro Villaça:

Por isso, como sempre entendemos, o Estado não deve preocupar-se, somente, com a família de direito, pois sua base, seu sustento, é a família em geral, sem

adjetivações. Daí porque, para que se evitem discriminações odiosas, deveria o texto constitucional dizer simplesmente que a família terá direito à proteção dos Poderes Públicos. Não foi o que aconteceu com o texto da Constituição Federal de 1988. (VILLAÇA, 2002, p. 237)

Sendo assim, é importante prestar atenção aos princípios constitucionais, que possuem um caráter mais elástico, abrangente e indeterminado em comparação com as regras constitucionais, no momento de interpretação e posterior aplicação do texto constitucional. Não pode o Direito limitar a proteção jurídica a apenas alguns tipos de família. A família, como prevê o próprio texto constitucional, é a base da sociedade. E não apenas a família jurídica, prevista de modo expreso pelo ordenamento, e sim toda e qualquer tipo de entidade familiar que venha a se constituir socialmente.

Nessa linha de pensamento, conforme afirma Konrad Hesse, para manter sua força normativa a Constituição não pode ignorar a realidade e as mudanças históricas, sob pena de petrificar o conteúdo constitucional, o que acabaria por impedir que a Constituição cumpra suas funções (HESSE, 2009, p. 13). Nessa mesma linha de pensamento:

A Constituição só pode cumprir suas tarefas onde consiga garantir sua continuidade sem prejuízo das transformações históricas, o que pressupõe a conservação de sua identidade. Partindo disso, nem a constituição como um todo nem suas normas concretas podem ser concebidas como letra morta, como algo estático e rígido. (HESSE, 2009, p.14)

Pode-se concluir, portanto, que um texto pormenorizado e excessivamente detalhista, que preveja situações muito específicas, acaba por prejudicar a aplicação prática de seu conteúdo e a própria durabilidade da Constituição (VIEIRA, 1999).

Nesse sentido, Oscar Vilhena Vieira ensina:

Quanto mais detalhista e substantivo for um texto constitucional, maior a possibilidade de ele se inviabilizar em face das ideologias, tendências, imperativos econômicos distintos daqueles que o estabeleceram. Quanto mais sintético e processual, limitando-se a traçar os procedimentos para a tomada de decisão, maior sua possibilidade de sobrevivência através dos tempos (VIEIRA, 1999, p. 133)

Isto ocorre uma vez que, quanto mais detalhista e fechado for um texto se tratando de definições, menos este consegue ser elástico e abrangente ao se considerar as novas situações e conceitos que possam surgir na sociedade. Em decorrência disso, a própria população passa a reivindicar um maior amparo jurídico, pois a sensação de cláusula fechada por parte do conceito presente na Constituição passa a impressão de que não há modo de se aplicar as normas já existentes ao caso concreto.

Por fim, podemos afirmar que no texto constitucional de 1988 está presente claramente a ideia do pluralismo familiar, já que foi a primeira e única Constituição a incluir outras espécies de família e dar a elas a mesma dignidade e proteção antes somente dispensada à família oriunda do casamento, podendo cada pessoa escolher livremente qual modelo pretende adotar (GAMA, 2008, p. 84), uma vez que deve ser concedida proteção integral à família, independentemente de sua espécie.

Consequentemente, a flexibilidade trazida ao conceito de família pela Constituição de 1988 faz com que seja possível o reconhecimento de outras entidades familiares, além daquelas previstas em seu texto, o que caracteriza o Estado Democrático de Direito.

Conforme entendimento de Gomes Canotilho, o princípio de família previsto na Constituição possibilita que a proteção constitucional se estenda a qualquer modelo familiar. Assim: “A Constituição possui como nova função a de estruturar e garantir um sistema constitucional pluralístico, garantindo-se, assim, o pluralismo ideológico e multiculturalismo racial” (CANOTILHO, 2009, p. 1451).

2.2 Os Princípios Norteadores do Conceito de Família

É importante o entendimento de toda a questão dos princípios que norteiam a nova concepção e entendimento de família no ordenamento atual, partindo do seu conceito, passando por suas nuances e verificando seus encaminhamentos concretos e sua aplicabilidade. Sempre buscando fazer valer estes princípios, no aspecto específico de como ocorreu a evolução do conceito de família, que é a consideração em destaque neste trabalho.

Os princípios da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana podem ser considerados como os de papel mais relevante dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Dentre todos os princípios presentes na Constituição Federal pátria, são estes o norte para a interpretação e a aplicação das normas tanto infraconstitucionais, quanto das próprias normas constitucionais. Por este motivo, tais princípios sempre devem ser respeitados, em virtude de sua supremacia jurídica.

Dessa forma, ao ser redigida ou posta em prática determinada lei, é necessário que sejam respeitados tais princípios constitucionais. Os princípios e valores que guiam e orientam a Constituição devem ser sempre buscados no momento da aplicação de qualquer norma jurídica.

Conforme discorre Celso Bastos:

princípio é por definição, o mandamento nuclear de um sistema, ou se preferir, o verdadeiro alicerce dele. Trata-se de disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhe o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência. (BASTOS, 2002, p. 80)

Conforme entendimento de Gomes Canotilho (2009, p. 1160-1161), os princípios indicam os valores a serem seguidos e os fins que devem ser alcançados pelo aplicador do direito, pois estes são dotados de maior fundamento ético, carga valorativa e concepções filosóficas e ideológicas, em comparação com as regras. Os princípios se tratam de normas de natureza que compõem a estrutura do ordenamento jurídico, possuindo alto grau de abstração, além de conceitos vagos e indeterminados. Os princípios estariam fundamentados nas exigências de justiça, constituindo dessa forma a *ratio* de todas as regras jurídicas.

Segundo José Afonso da Silva (2008, p. 91), os princípios, devido a sua natureza de indeterminação e abrangência, podem ser aplicados em inúmeros casos concretos, produzindo efeitos em todo o sistema jurídico, ao contrário das normas, que possuem um caráter engessado e apenas são eficazes mediante circunstâncias específicas.

O autor ensina que:

As normas são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, as pessoas ou entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem. Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] ‘núcleos de condensação’, nos quais confluem valores e bens constitucionais. (SILVA, 2008, p. 91)

De acordo com Barroso (2009, p. 352), em razão de seu grau de subjetividade, os princípios são eficazes em uma vasta gama de situações, enquanto que as regras possuem uma eficácia limitada em relação às situações as quais são destinadas sua aplicabilidade. Por este motivo, os princípios devem ser observados e buscados para interpretação de todo o ordenamento jurídico, pois possuem o poder de expandir a abrangência das normas constitucionais.

Gomes Canotilho (2009, p. 1163) destaca que o caráter aberto e abrangente dos princípios permite a ‘respiração’ da Constituição, possuindo legitimidade a partir da ideia de que os princípios norteiam os valores fundamentais do ordenamento jurídico, o que possibilita que os preceitos presentes na Constituição sejam aplicados de forma gradativa, de acordo com cada situação concreta da atualidade.

A Constituição Federal é a lei suprema, ou seja, todas as leis posteriores devem partir e respeitar a ela. Dessa forma, todos os princípios que regem a Constituição devem ser respeitados pelas leis que se sucedem, observando também a interpretação que a estes foi dada pela Constituição. Em se tratando do direito das famílias, a interpretação a ser dada pelas leis subsequentes não pode afastar da proteção constitucional a vasta variedade de famílias socialmente constituídas, uma vez que esta entidade é considerada como um dos mais importantes valores da ordem jurídica e da sociedade.

Conforme Celso Ribeiro Bastos: “Os princípios constitucionais consubstanciam-se em valores, mas muito genéricos, em torno dos quais gravita todo o conjunto de regras sobre as quais incidirão” (BASTOS, 2002, p. 167).

Devido à superioridade dos princípios, em detrimento de qualquer outra interpretação normativa, a estes deve ser dada preferência, prevalecendo perante as normas constitucionais e, por isto, devendo se estender a todo o ordenamento jurídico (GAMA, 2008, p. 120).

Conforme Celso Ribeiro Bastos (2002, p. 144), os princípios destacados no texto constitucional, servem como objeto de interpretação para todas as normas dele decorrentes, assim como também servem de diretriz e norte para interpretação.

Para Luis Roberto Barroso:

o ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. (BARROSO, 2009, p. 155)

Para Michel Temer:

a interpretação de uma norma constitucional levará em conta todo o sistema, como positivado, dando-se ênfase, porém, para os princípios que foram valorizados pelo constituinte. Também não se pode deixar de verificar qual o sentido que o constituinte atribui às palavras do texto constitucional, perquirição que só é possível pelo exame do todo normativo, após a correta apreensão da principiologia que ampara aquelas palavras. (TEMER, 2007, p. 25)

Um princípio não pode ser considerado mais importante que outro e também não devem haver na Constituição normas que se contraponham, porém pode acontecer no caso concreto um choque de princípios, conforme explica Luis Roberto Barroso. Nesse caso, cabe ao intérprete da norma fazer a análise caso a caso, analisando qual princípio será mais benéfico para o caso em voga e qual resultará na melhor solução para a situação, de modo a garantir a harmonia do sistema jurídico.

Para Barroso (2009, p. 354), a ponderação significa que diante do caso concreto o intérprete deve determinar o peso que cada princípio irá desempenhar na hipótese, através de concessões recíprocas, preservando o máximo de cada um.

Na Constituição, estão presentes em seu texto constitucional os princípios e direitos fundamentais inerentes a todo ser humano. Dessa forma, para aplicação das normas no que tange ao direito de família, não basta a interpretação do texto da lei de forma literal, mas sim cabe sua interpretação baseada em tais princípios e direitos fundamentais.

No entendimento de Lorival Serejo, no momento da aplicação de qualquer norma, em se tratando de direito das famílias, deve-se checar se a norma em questão se encontra em conformidade com os princípios, direitos e normas presentes na Constituição, uma vez que, obrigatoriamente, não pode com estas entrar em conflito.

Segundo o autor, “A Constituição de 1988 inaugurou um sistema de novos princípios para avaliar as relações familiares, como fundamento hermenêutico para afastar, inclusive, normas de legislação ordinária que destoam dessa nova orientação” (SEREJO, 2004, p. 7).

De acordo com Paulo Luiz Netto Lobo:

Três são os mais importantes princípios constitucionais regentes das relações familiares: o da dignidade da pessoa humana, o da liberdade e o da igualdade. O princípio da dignidade da pessoa humana pode ser concebido como estruturante e conformador dos demais, nas relações familiares. (LOBO, 2003, p. 209)

Considerando a importância dos princípios constitucionais aqui expostos, e como os mesmos permitem a inclusão de novas espécies de modelos familiares dentro da proteção constitucional, faremos a análise de alguns dos principais princípios presentes na Constituição de 1988, assim como qual é sua interpretação e aplicação nas normas no que concerne ao direito das famílias.

2.2.1 Princípio da Igualdade

Tendo por base o princípio da isonomia, tido como um dos princípios fundamentais da Constituição Federal, o princípio da igualdade pode ser considerado como um dos mais importantes direitos fundamentais garantidos pela Carta Magna, fazendo parte de sua base estrutural. O princípio da igualdade é norteador dos demais direitos, estando previsto no *caput* do artigo 5º da Constituição, a saber:

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. (BRASIL, 1988)

Conforme afirma Gomes Canotilho (2009, p. 426), o princípio da igualdade é um dos princípios que estruturam o regime geral dos direitos fundamentais.

Por esse motivo, todos os direitos previstos na Constituição devem ser de fato garantidos a todos os indivíduos da população, sem preconceitos quanto a suas diferenças e particularidades, para que desta forma o objetivo almejado pela Constituição seja de fato alcançado pelo Estado.

O Brasil é um Estado Democrático de Direito, em concordância com o artigo 1º da Constituição, tendo a igualdade como um de seus fundamentos. Deste modo, a igualdade pode ser considerada como um dos fundamentos da democracia e, por esse motivo, deve orientar e nortear as relações entre o indivíduo particular e o Estado. Assim: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos” (BRASIL, 1988).

Conforme a linha de pensamento de Maria Berenice Dias, uma vez que todos possuem direito à igualdade e a uma vida digna, é necessária uma conscientização perante a sociedade, de modo que fique claro que existem outros tipos de família além da tradicional advinda do casamento, e todas são igualmente válidas e possuem proteção do Estado.

Em nome do princípio da igualdade é necessário reconhecer direitos a quem a lei ignora. Preconceitos e posturas discriminatórias, que tornam silenciosos os legisladores, não podem levar também o juiz a se calar. (DIAS, 2007, p. 63)

Segundo Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2008, p. 71), o princípio da igualdade leva em consideração as diferenças de caráter natural e cultural existentes no âmbito familiar e de seus integrantes, uma vez que não afasta o reconhecimento do direito à diferença.

Conforme Flávia Piovesan (2006, p. 178), junto com o direito à igualdade surge o direito à diferença, o que nos leva a concluir que a igualdade deve ser garantida respeitando-se a diversidade dos indivíduos.

Segundo Ricardo C. Perez Manrique (2008), a condição humana tem por base a diversidade, devendo tal fator ser base de compreensão das novas famílias, respeitando as peculiaridades, características e particularidades de cada uma.¹

¹Em outras palavras, “*personas provenientes de distintos pueblos y creencias religiosas, cada uno de los cuales comporta formas familiares com sus particularidades y características propias*” (MANRIQUE, 2008, p. 260).

Por fim, de acordo com Marisa Herrera, o reconhecimento do direito de minorias garante que todos os tipos de família sejam respeitados, sendo também dignos de proteção jurídica. Jamais pode haver hierarquização ou discriminação dos diferentes tipos de família, apenas uma distinção:

Neste sentido, por mais que se entenda que a maior parte das pessoas se desenvolvem em núcleos sociais fundados no matrimônio, isso não é óbice para não reconhecer que há outras pessoas que escolhem não se casarem e que por sua qualidade de pessoas – independentemente de seu estado civil – necessitam de uma proteção mínima de direitos. (HERRERA, 2008, p. 158)

2.2.2 Princípio da Liberdade

O direito à liberdade é amplo e abrangente, nos mais variados sentidos. A Constituição de 1988 trouxe em seu corpo uma ampliação da liberdade dos indivíduos, estando estas elencadas e garantidas expressamente no artigo 5º: o direito à liberdade de manifestação do pensamento (artigo 5º, IV e V); liberdade de consciência, crença e culto (artigo 5º, IV e V); liberdade de atividade intelectual artística, científica ou de comunicação (artigo 5º, IX); liberdade de escolha da profissão (artigo 5º, XIII); liberdade de informação (artigo 5º, XIV e XXXIII); liberdade de locomoção (artigo 5º, XV e LXI); e liberdade de ação (artigo 5º, II).

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:

[...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

[...]

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

[...]

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

[...]

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

[...]

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; (BRASIL, 1988)

Como é possível observar, o direito à liberdade é amplo e pode acarretar diversas interpretações. Conforme elucida Marilena Chauí (2000, p. 360), segundo Aristóteles a liberdade significa autodeterminação, o que corresponde ao poder pleno e incondicional da vontade para determinar a si mesma, sem que haja qualquer constrangimento externo ou interno, isto é, seria como uma capacidade do homem que não encontra obstáculos para ser realizada e que não é forçada para agir.

Segundo Norberto Bobbio (2004, p. 49-68), para Kant a liberdade seria sinônimo de autonomia. A liberdade seria o único direito inato do homem, pois seria transmitido ao homem pela natureza, e não por qualquer meio externo. Desse modo, a liberdade seria vista como a independência do homem frente a qualquer constrangimento imposto por outrem, assim como todos os demais direitos do homem que dela decorrem.

Para Hannah Arendt (2016, p. 199): “a liberdade se manifesta na ação. O Homem só é livre enquanto age, nem antes, nem depois, pois ser livre e agir é a mesma coisa”.

Também é vale mencionar o que seria liberdade conforme José Afonso da Silva:

O conceito de liberdade humana deve ser expresso no sentido de *um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade*”. Prossegue ainda propondo que “liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização pessoal. (SILVA, 2008, p. 233)

Em se tratando do princípio da liberdade no âmbito do direito das famílias, elucida Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2008, p. 75) que: o princípio da liberdade está diretamente relacionado à autonomia que cada indivíduo possui para constituir, fazer a manutenção ou dissolução de sua entidade familiar, assim como transmitir a seus integrantes os valores culturais e religiosos que lhe bem entender.

Por fim, passa-se à análise da vastidão que caracteriza o direito à liberdade aplicado ao direito das famílias. Significa dizer que cabe a cada indivíduo escolher com quem constituir uma família, a quem amar e com quem conviver. Conforme Maria Berenice Dias:

Os princípios da liberdade e da igualdade, no âmbito familiar, são consagrados em sede constitucional. Todos têm a liberdade de escolher o seu par, seja do sexo que for, bem como o tipo de entidade que quiser para constituir sua família. (DIAS, 2007, p. 61)

2.2.3 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana pode ser considerado como um valor moral, espiritual e ético próprio de cada pessoa. Dessa forma, pertencente a todo ser humano. Tal princípio foi elencado como um dos princípios fundamentais em que é baseado o Estado Democrático de Direito, se encontrando previsto no rol de Princípios Fundamentais da Constituição Brasileira de 1988, em seu artigo 1º, inciso III.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, 1988)

A dignidade da pessoa humana já vinha sendo abordada nos Tratados Internacionais que versavam sobre direitos humanos, políticos e sociais e, conseqüentemente, foi trazida pelo legislador constituinte como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro. A dignidade da pessoa humana pode ser considerada como um dos princípios base de todos os direitos fundamentais, por esse motivo deve ser dever do Estado garantir a todos seus indivíduos uma vida digna.

A dignidade da pessoa humana, como diz o próprio nome, é um direito intrínseco a todo ser humano, independente de possuir previsão legal. Conforme entendimento de Marcelo Novelino Camargo:

A dignidade da pessoa humana não é um direito concedido pelo ordenamento jurídico, mas um atributo inerente a todos os seres humanos, independentemente de sua origem, raça, sexo, cor ou quaisquer outros requisitos. A consagração no plano normativo constitucional significa tão-somente o dever de promoção e proteção pelo Estado, bem como de respeito por parte deste e dos demais indivíduos. (CAMARGO, 2008, p. 156)

Além disso, visto que se trata de um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana deve sempre ser observada como forma de aplicação e interpretação das demais normas do ordenamento jurídico, até mesmo os dispositivos constitucionais, sempre tendo como objetivo final o provimento da justiça social.

Segundo entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade da pessoa humana seria uma:

qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável. (SARLET, 2002, p. 60)

Já segundo Fábio Konder Comparato:

a dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita. (COMPARATO, 2001, p. 21 *apud* TAVARES, 2003)

Por se tratar de um direito inerente a todo ser humano, independentemente de qualquer regulamentação jurídica, a proteção que hoje é dada à família atinge todo e cada um de seus membros, bastando simplesmente que o indivíduo nasça para que tenha direito à dignidade da pessoa humana. O direito é pensado visando cada indivíduo, e não a entidade familiar como um todo. Conforme ensina Maria Berenice Dias:

Desse modo, exsurge a justificativa constitucional de que a proteção a ser conferida aos novos modelos familiares tem como destinatários (imediatos e mediatos) os próprios cidadãos, pessoas humanas, merecedoras de tutela especial, assecuratória de sua dignidade e igualdade. (DIAS, 2007, p. 9)

Seguindo a mesma linha de raciocínio, dizem Cristiano de Farias e Nelson Rosenvald (2008, p. 10): “Não há mais proteção à família pela família, senão em razão do ser humano. Enfim, é a valorização definitiva e inescandível da pessoa humana”.

Por fim, segundo o pensamento de Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2008, p. 25), não existe espaço mais apropriado na busca da total aplicação do princípio da dignidade humana que na família, motivo pelo qual a Constituição prevê que seja dada especial proteção a esta, independentemente de sua espécie.

3. AS NOVAS FAMÍLIAS NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

O capítulo a seguir pretende demonstrar de que forma a lei é interpretada atualmente e como ela é aplicada no dia a dia daqueles que a buscam. É de extrema importância que se verifique se o que foi almejado pelo legislador foi alcançado e é cumprido, assim como é importante observar a evolução e adequação do conceito de família perante as mais diversas realidades que possam surgir para análise do Juiz de Direito.

3.1 Os Tipos de Família da Atualidade

Nos dias atuais, o maior fundamento para se caracterizar uma família é o afeto entre as partes, além de não mais ser necessário o matrimônio, também não é mais necessário haver a figura de pais e filhos. Atualmente, famílias podem ser formadas apenas por avós e netos; avós; apenas um dos pais e o filho; irmãos; tios e sobrinhos; dentre outros, bastando que haja um elo familiar de afeto e de dependência mútua.

É possível elencar abaixo alguns dos atuais tipos de família:

- Família Matrimonial: aquela formada pelo casamento;
- Família Informal: aquela formada pela união estável;
- Família Monoparental: formada por qualquer um dos pais com seu filho (exemplo: mãe solteira e seu filho);
- Família Anaparental: ausência dos pais, formadas apenas por irmãos, ou por pessoas que tenham entre si algum grau de colateralidade;
- Família Reconstituída: Pais separados, com filhos, que começam a viver com outro também com filhos;
- Família Unipessoal: Apenas uma pessoa, como uma viúva, por exemplo;
- Família Paralela: O indivíduo mantém duas relações ao mesmo tempo, por exemplo, casado que também possui uma união estável;
- Família Eudemonista: formada unicamente pelo afeto e solidariedade de um indivíduo com o outro, buscando principalmente a felicidade;
- Família homoafetiva: formada por indivíduos do mesmo sexo.

É cada vez maior o número de famílias que, há algum um tempo seriam vistas como atípicas, sendo cada vez mais desnecessária a existência da figura de pais e filhos. Hoje, o que importa é o afeto entre os indivíduos. A lista citada acima é apenas um exemplo dos diferentes

tipos já existentes de família, porém não é taxativa, deixando aberta a possibilidade de que surjam novos modelos de família a qualquer momento.

3.2 A Família Homoafetiva

Apesar de infinitamente mais abrangente e humanitário, o constituinte originário deixou lapsos de interpretação em sua previsão inicial, de modo que a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), ainda não se mostraram suficientes para dar conta de todas as possibilidades de uma família. Dentre tais novidades, o Código Civil de 2002 e a Constituição trazem o instituto da união estável, uma importante mudança, visto que foi dada a possibilidade de um reconhecimento de uma união entre pessoas com base em uma estrutura familiar de reciprocidade, durabilidade e divisão de direitos e deveres, sem ser necessário o casamento.

Contudo, o conceito trazido na legislação é um tanto quanto restritivo. A união estável vem prevista na Constituição Federal e no Código Civil, nos artigos 226, §3º, e 1723, respectivamente:

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

[...]

§ 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. (BRASIL, 1988)

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o **homem e a mulher**, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. (BRASIL, 2002)

É possível observar a presença dos substantivos “homem e mulher”, o que claramente exclui da proteção do Estado as relações homoafetivas. Ou seja, as relações entre pessoas do mesmo sexo ainda não haviam sido mencionadas oficialmente na legislação, muito menos os direitos e deveres de tais casais.

Como exemplo da omissão do legislador, temos a ausência de regulamentação de direitos, deveres e consequências da relação homoafetiva, não só em relação ao patrimônio adquirido durante a relação, como também a possibilidade de adoção, fixação de alimentos, dentre outras possíveis situações advindas do vínculo do casamento.

Em decorrência de tal omissão, havia uma grande quantidade de ações em Tribunais inferiores, com o objetivo de reivindicar os mesmos direitos conferidos a casais de homem e mulher, para casais compostos por indivíduos do mesmo sexo. Assim, deu-se início a uma

movimentação jurídica através de algumas entidades e políticos, como a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT)², para que finalmente não houvesse mais esse entendimento reducionista ao se enxergar família apenas como advinda de uma relação entre homem e mulher.

Por meio de tais iniciativas, chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF) a questão tratando sobre o pedido de legalização da união estável homoafetiva, com o objetivo de colocar fim à discriminação sofrida por casais formados por indivíduos do mesmo sexo.

Conforme entendimento de Maria Berenice Dias:

Em virtude do preconceito, tenta-se excluir a homossexualidade do mundo do Direito. Mas imperativa sua inclusão no rol dos direitos humanos fundamentais, como expressão de um direito subjetivo que se insere em todas as suas categorias, pois ao mesmo tempo é direito individual, social e difuso. O direito à homoafetividade, além de estar amparado pelo princípio fundamental da isonomia, cujo corolário é a proibição de discriminações injustas, também se alberga sob o teto da liberdade de expressão. Como garantia do exercício da liberdade individual, cabe ser incluído entre os direitos de personalidade, precipuamente no que diz com a identidade pessoal e a integridade física e psíquica [...]. (DIAS, 2006, p. 5)

3.2.1 A Família Homoafetiva Conforme Entendimento do STF

Foi a partir do julgamento em conjunto da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 (STF, 2011a) e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 (STF, 2011b), que se deu origem à equiparação em direitos de uniões estáveis homoafetivas em relação às heteroafetivas.

A ADPF 132 consistia num pedido feito pelo governador do Estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, para que houvesse a aplicação do regime jurídico das uniões heteroafetivas previstas no artigo 1.723 do Código Civil às uniões homoafetivas. Esse pedido foi feito baseado no fato de que a ausência de norma causava descumprimento dos princípios de liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana, todos garantidos pela Constituição Federal, tendo isso baseado conforme previsto nos incisos II e V do artigo 19, bem como nos incisos I a X do artigo 33, provenientes do Decreto-Lei 220/1975 (RIO DE JANEIRO, 1975) sobre o Estatuto dos Servidores Civis do Estado do Rio de Janeiro, conforme é possível analisar a seguir:

²A Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT) é a maior organização LGBT da América Latina, tendo hoje mais de 308 organizações filiadas, e foi criada em 1995. Informações retiradas do próprio site da associação. Disponível em: <<https://www.abglt.org/>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

Art. 19 - Conceder-se-á licença:

[...]

II - por motivo de doença em pessoa da família, com vencimento e vantagens integrais nos primeiros 12 (doze) meses; e, com dois terços, por outros 12 (doze) meses, no máximo;

[...]

V - sem vencimento, para acompanhar o cônjuge eleito para o Congresso Nacional ou mandado servir em outra localidade, se militar ou servidor público.

[...]

Art. 33 - O Poder Executivo disciplinará a previdência e a assistência ao funcionário e à sua família, compreendendo:

I - salário-família;

II - auxílio- doença;

III - assistência médica, farmacêutica, dentária e hospitalar;

IV - financiamento imobiliário;

V - auxílio-moradia;

VI - auxílio para a educação dos dependentes;

VII - tratamento por acidente em serviço, doença profissional ou internação compulsória para tratamento psiquiátrico;

VIII - auxílio-funeral, com base no vencimento, remuneração ou provento;

IX - pensão em caso de morte por acidente em serviço ou doença profissional;

X - plano de seguro compulsório para complementação de proventos e pensões.

Parágrafo único - A família do funcionário constitui-se dos dependentes que, necessária e comprovadamente, vivam a suas expensas. (RIO DE JANEIRO, 1975)

Já a ADI 4277 foi, em princípio, proposta como ADPF 178, e teve como pedido o entendimento de união estável homoafetiva como entidade familiar, de forma a se equiparar também os mesmos direitos e deveres das uniões entre homem e mulher, com base de interpretação conforme o art. 1723 do Código Civil (BRASIL, 2002): “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Ao realizar a análise da ADPF, o ministro Gilmar Mendes, presidente da Corte na época, entendeu como sendo a interpretação uma questão de Ação Direta de Inconstitucionalidade, uma vez que, ao ser proposta como descumprimento de preceito fundamental, o objeto foi entendido como indeterminado.

Como o pedido da ADPF 132 se tratava da mesma matéria e com entendimento similar da outra ação em questão como ADI, foi determinado pelo STF que o julgamento ocorresse em conjunto, para que fosse dada uma única sentença que abordasse ambos os pedidos.

O julgamento teve como resultado a aceitação do pedido de equiparação dos direitos concedidos às uniões civis entre homem e mulher. A votação, no STF, pela procedência das ações foi unânime, ou seja, foi decidido, sem votos contrários, com efeito *erga omnes*, a possibilidade para todos os casais homoafetivos terem suas uniões estáveis reconhecidas pelo Estado, sem que possa haver qualquer tipo de decisão ou imposição em sentido contrário.

3.2.2 A Família Homoafetiva Conforme a Resolução 175 do CNJ

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é o órgão público responsável por assegurar a transparência e o controle administrativo e processual dos atos do Poder Judiciário. Partindo dessa função, o CNJ, na Resolução nº 175 (CNJ, 2013), teve como intenção regulamentar a atividade dos Serviços de Registro do país, de modo a garantir que houvesse a facilitação do casamento homoafetivo, equiparando a família homoafetiva a mais esse direito já garantido às famílias heteroafetivas.

Foi argumentado pelo ex-ministro Joaquim Barbosa, na época presidente do STF, que tal resolução buscava a homogeneidade administrativa e facilitação dos órgãos judiciais quanto a essas questões, dado que próprio STF, na decisão da ADI 4277, havia equiparado os direitos dos homossexuais às uniões estáveis. Dessa forma, visto que as uniões estáveis têm a obrigação de serem favoráveis à conversão para o casamento, nada mais coerente que a determinação ao fim da barreira que impedia o casamento homoafetivo.

A Resolução ocorreu no dia 14 de março de 2013, entrando em pauta com o argumento de que o STF havia decidido sobre a interpretação conforme a Constituição sobre união estável homoafetiva e, com isso, sendo uma das funções da união a de favorecer a sua conversão em casamento. Sendo assim, o matrimônio para casais gays não poderia ser impedido.

Desse modo, com o argumento de tentar facilitar a resolução das frequentes ações com o pedido pela aceitação do casamento homossexual, o CNJ, sob a presidência do ministro Joaquim Barbosa, entendeu pela regulamentação das atividades cartorárias, obrigando a conversão em casamento civil de qualquer casal homoafetivo que pleiteasse isso. A regulamentação foi tida com apenas dois votos vencidos em um universo de doze conselheiros presentes.

3.2.3 O Possível Ativismo Judiciário no Conceito de Família Homoafetiva

O termo ativismo judicial pode ser entendido como o papel criativo exercido pelos Tribunais ao trazerem uma nova contribuição para o Direito. Ao realizar uma análise do caso concreto em questão, gera o precedente jurisprudencial, podendo algumas vezes se antecipar à formulação da própria lei.

Na doutrina, existem vários conceitos para o ativismo judicial, no entanto, o ativismo judicial é uma postura. Ou seja, é a escolha de determinado magistrado em buscar a resolução de um tipo de conflito através de uma hermenêutica jurídica expansiva, visando respeitar o verdadeiro significado do que o legislador constituinte pretendeu ao elaborar as normas da Constituição. Visa garantir o direito das partes de forma rápida, atendendo às soluções dos litígios, também observando e tentando resolver as necessidades que resultam da lentidão ou omissão legislativa ou executiva.

Conforme o entendimento de Maya Marinho Miarelli e Rogério Montai Lima:

Diante de novas necessidades, onde a lei não se mostra suficiente ou diante de necessidades que forjam uma determinada interpretação do texto de lei, é o momento em que o esforço do intérprete faz-se sentir. Tem-se como Ativismo Judicial, portanto, a energia emanada dos tribunais no processo da criação do direito. (MIARELLI, LIMA, 2012, p. 16)

Dessa forma, pode-se destacar que o vocábulo ativismo, no âmbito da ciência do Direito, é empregado para designar que o Poder Judiciário está agindo além dos poderes que lhe são conferidos pela ordem jurídica.

Conforme entendimento de Marmelstein (2011, p. 225-262), no caso da ADPF 132/RJ, a solução do Supremo Tribunal Federal foi no sentido de incluir uma categoria de pessoas que, até então, não estavam inseridas no contexto das preocupações morais de muitos membros da sociedade brasileira e, portanto, merecem todo o reconhecimento de qualquer ser humano que se preocupa com o outro e atende com perfeição ao mandamento constitucional de construção de uma sociedade justa e solidária, sem preconceito de qualquer natureza.

Sendo assim, é possível considerar que a decisão do Supremo foi a de preservar e fazer valer preceitos fundamentais da Constituição Federal, dentre eles a isonomia, a liberdade sexual, a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a vedação de discriminação sexual, a legalidade, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada e o bem de todos.

Por esse motivo, a decisão não pode ser considerada como uma inovação no ordenamento jurídico, mas sim como uma forma de defesa dos direitos fundamentais arduamente conquistados pela sociedade e justificados pela absoluta omissão do Poder Legislativo, já que diversos Projetos de Lei referentes à questão tramitavam e continuavam sendo repetidamente negados a esta grande parcela da sociedade.

Os diversos instrumentos de controle de constitucionalidade postos à disposição do STF têm o cunho de permitir que essa Corte cumpra a função a ela reservada em nosso

ordenamento jurídico constitucional, que é fazer valer de forma concreta os direitos previstos a todos pela Constituição.

3.3 A Família na Legislação e Jurisprudência Atuais

A instituição da família deve ser protegida, independentemente de sua constituição, seja através do casamento, união estável, união homoafetiva ou ainda qualquer dos outros tipos já aceitos atualmente. Todas as modalidades de famílias necessitam de atenção e proteção especiais, devendo ser garantida a mesma proteção jurídica às mesmas, de modo a assegurar o total exercício de sua função, qual seja: o auxílio mútuo, moral e material de seus integrantes.

Conforme Álvaro Villaça:

Por isso já dissemos que a maior missão do Estado é a de preservar o organismo familiar sobre que repousam suas bases. Cada família que se desprotege, cada família que se vê despojada, a ponto de insegurar-se quanto a sua própria preservação, causa, ou pelo menos deve causar, ao Estado, um sentimento de responsabilidade, fazendo-o despertar a uma realidade, que clama por uma recuperação. (VILLAÇA, 2002, p. 10)

A lei conhecida como Lei Maria da Penha, Lei nº 11.340/2006 (BRASIL, 2006), em seu artigo 5º, inciso II, traz a previsão de que a família é compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa. Em seu parágrafo único afirma que as relações pessoais das quais trata o artigo independem de orientação sexual, conforme se observa a seguir:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

[...]

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual. (BRASIL, 2006)

Ao compreender a família como sendo uma instituição aberta, que pode ou não envolver parentes, e assegurando que sua constituição é alheia à orientação sexual de seus indivíduos, é possível concluir que a lei Maria da Penha foi de grande valia para a consolidação do princípio do pluralismo familiar, não se tratando apenas de avanços relativos

aos direitos e proteção da mulher. A referida lei assegura mais uma vez que, para ser considerada família, basta que a razão que une os indivíduos seja a existência dos laços afetivos.

Conforme explica Maria Berenice Dias:

como é assegurada proteção legal a fatos que ocorrem no ambiente doméstico, isso quer dizer que as uniões de pessoas do mesmo sexo são entidades familiares. Violência doméstica, como diz o próprio nome, é violência que acontece no seio de uma família. (DIAS, 2007, p. 77)

O organismo da guarda compartilhada foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 11.698/2008 (BRASIL, 2008) que, em seu corpo, também seguiu as novas predisposições do conceito de família adotadas até então, levando em consideração as evoluções sociais, de modo que previu uma nova forma de guarda, a guarda compartilhada, modelo que pode vir a fornecer melhores condições para a criação e desenvolvimento das crianças e adolescentes.

Originalmente, em caso de separação dos pais, a guarda da criança comumente era concedida de forma unilateral à mãe. Era notória a ideia de que o pai era visto apenas como provedor do sustento material da criança, enquanto recaía apenas na figura materna o papel da criação, visto que o normal seria a mãe não trabalhar fora, ficando encarregada da realização dos trabalhos domésticos e da criação dos filhos.

Contudo, a partir da promulgação da Constituição de 1988, aos homens e mulheres foram reconhecidos direitos iguais também em relação à criação dos filhos, sendo a ambos aplicado o princípio da paternidade responsável, possuindo o pai e a mãe a mesma autoridade parental.

Em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana e buscando atender o melhor interesse da criança, o instituto da guarda compartilhada levou em conta as reais necessidades das crianças, que, em determinado momento da vida, passem por uma dissolução em seu âmbito familiar. Nesse ponto de vista, discorre Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

Dentro de um contexto histórico social em que o homem era o único provedor do sustento do lar, ao passo que a mulher cuidava tão-somente dos afazeres domésticos, além dos filhos, nada mais razoável que tais regras prevalecessem. Contudo, diante das mudanças operadas no meio social, com o desenvolvimento e equiparação entre os direitos dos homens e os das mulheres, as transformações operadas na própria economia doméstica, em que o trabalho de um só é, na maioria das vezes, insuficiente para prover a subsistência familiar, a realidade familiar

contemporânea é completamente diversa daquela existente trinta ou quarenta anos atrás. (GAMA, 2008, p. 212)

A lei da guarda compartilhada trouxe uma previsão deveras aguardada pelos anseios sociais, uma vez que elevou a figura materna e paterna ao mesmo patamar, prevendo um instituto de guarda parental em igualdade de condições, mesmo no caso de dissolução da entidade familiar.

Por se tratar de uma forma de manter a relação de afeto e proximidade entre genitores e prole, mesmo em caso de fragmentação da unidade familiar, a guarda compartilhada deve ter seu alcance estendido às mais diversas constituições de família possível, de modo a assegurar o melhor interesse da criança e do adolescente (GAMA, 2008, p. 252). Dessa forma, o instituto deve alcançar aqueles genitores que nunca tiveram um relacionamento regulado pelo ordenamento, e não apenas aqueles que possuíram união estável ou constituíram matrimônio (GAMA, 2008, p. 242).

A jurisprudência é importantíssima em se tratando da aplicabilidade e atualização das normas constitucionais, visto que os casos concretos necessitam de resoluções imediatas, ao passo que o processo de alteração das normas constitucionais, via de regra, é muito lento. Por esse motivo, as decisões dos Tribunais são importantes de modo a manter as regras constitucionais coerentes e eficazes, trazendo à luz a verdadeira finalidade que busca a norma, de acordo com a realidade já existente, ou ainda, dando novas interpretações à norma. Nesse sentido, explica Herbet Hart:

A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso. (HART, 1996, p. 148)

O Superior Tribunal de Justiça vem ampliando o conceito de família, com base em sua interpretação acerca da aplicabilidade da Lei nº 8.009/1990 (BRASIL, 1990), que trata da impenhorabilidade do bem de família. Visando garantir o direito a todos os indivíduos à moradia e em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, o Tribunal tem considerado como entidade familiar pessoas solteiras, irmãos ou viúvas que residam no mesmo imóvel, de modo a garantir direitos sem qualquer distinção.

Conforme a Súmula 364 do Superior Tribunal de Justiça: “o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas

solteiras, separadas e viúvas” (BRASIL, 2008). Dessa forma, a súmula estende a proteção garantida ao bem de família, de forma a incluir outras entidades familiares.

A jurisprudência constitucional possui caráter especialmente importante, uma vez que faz uma conexão entre a família constitucional e os direitos fundamentais, considerando que estes se tratam de direitos que necessitam de proteção constitucional. Desse modo, situações do cotidiano são decididas pelos Tribunais com vistas a serem seguidos e respeitados os preceitos oriundos da Constituição e aplicada a justiça social.

Assim, é importante mencionar alguns julgados que abordam o tema tratado:

FILIAÇÃO HOMOPARENTAL. DIREITO DE VISITAS. Incontroverso que as partes viveram em união homoafetiva por mais de 12 anos. Embora conste no registro de nascimento do infante apenas o nome da mãe biológica, a filiação foi planejada por ambas, tendo a agravada acompanhado o filho desde o nascimento, desempenhando ela todas as funções de maternagem. Ninguém mais questiona que a afetividade é uma realidade digna de tutela, não podendo o Poder Judiciário afastar-se da realidade dos fatos. Sendo notório o estado de filiação existente entre a recorrida e o infante, imperioso que seja assegurado o direito de visitação, que é mais um direito do filho do que da própria mãe. Assim, é de ser mantida a decisão liminar que fixou as visitas. Agravo desprovido. (BRASIL, 2007)

Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam 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 inseridos e que as liga a seus cuidadores. É hora de abandonar de vez os preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre crianças e adotantes. (BRASIL, 2006)

DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. POSSIBILIDADE. A Constituição da República, especificamente em seu art. 226, consagra uma concepção aberta de família, a qual deve ser apurada mediante as peculiaridades de cada caso concreto. Nesse campo, adotando-se uma interpretação sistemática, não se pode olvidar que o conceito de família expresso na Constituição encontra-se atrelado aos direitos e garantias fundamentais e, claro, ao princípio maior da dignidade da pessoa humana. Assim, afigura-se inconcebível admitir que a Constituição tenha adotado determinados modelos familiares, em detrimento de outros, com base em determinados aspectos que não propriamente o afeto. Ademais, mormente por ser a concepção de família uma realidade sociológica, que transcende o Direito, não há como a restringir a formas pré-definidas ou modelos fechados, sendo, pois, absolutamente plural. Caracterizada a união estável há de ser concedido o benefício de pensão por morte pleiteado. (BRASIL, 2009)

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO CIVIL. UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. EQUIPARAÇÃO A UNIÃO ESTÁVEL HETEROAFETIVA.

1. Relações estáveis homoafetivas. Decisão que fez coisa julgada formal, reconhecendo a existência de "sociedade de fato" e não de "união estável".

2. Nessa hipótese, os reflexos patrimoniais são os mesmos do período anterior à legislação que estabeleceu a união estável no direito pátrio.
3. A partilha dos bens restringe-se àqueles que foram adquiridos pelo esforço comum, durante o período em que vigorou a sociedade.
4. Recurso especial conhecido e provido em parte.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente), Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com o Sr. Ministro Relator. Dr (a). MARIA OTILIA DIEHL, pela parte RECORRIDA: N D (STJ, 2015)

PLANO DE SAÚDE. COMPANHEIRO. "A relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica". Agravo regimental não provido.(BRASIL, 2008)

REGISTRO DE CANDIDATO, CANDIDATA AO CARGO DE PREFEITO. RELAÇÃO ESTÁVEL HOMOSSEXUAL COM A PREFEITA REELEITA DO MUNICÍPIO. INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se às regras de inelegibilidade prevista na art. 14,§ 7º, da Constituição Federal. Recurso a que se dá provimento (BRASIL, 2004).

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO HOMOAFETIVA.PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ.OFENSA NÃO CARACTERIZADA AO ART. 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 DO 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 nas ações cautelar e principal.
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. Recurso especial conhecido e provido. (BRASIL, 2008)

PREVIDENCIÁRIO. REEXAME NECESSÁRIO. PENSÃO POR MORTE. ART. 74 DA LEI 8.213/91. UNIÃO HOMOAFETIVA. REQUISITOS PRESENTES.

BENEFÍCIO DEVIDO. 1. Cabível o reexame necessário, nos termos do § 2.º do artigo 475 do Código de Processo Civil, se a sentença condenatória não estabelece o valor do benefício concedido, faltando parâmetro seguro para se verificar se a condenação não ultrapassará o limite de 60 (sessenta) salários mínimos. 2. A união afetiva estabelecida entre homossexuais merece tratamento isonômico aos dispensado às uniões heterossexuais em respeito ao princípio da igualdade, da dignidade da pessoa humana e o da promoção do bem de todos sem preconceito ou discriminação. 3. É totalmente compatível com o sistema previdenciário o reconhecimento do direito à pensão por morte à companheira homossexual nos termos do artigo 74 da Lei 8.213/91. 4. Não há motivos técnicos, jurídicos ou quaisquer outros para se exigir, no caso da união homoafetiva, a dependência econômica exclusiva da companheira sobrevivente, eis que a situação se subsume na regra do §4º do artigo 16 da Lei nº 8.213/91. O tratamento da questão, portanto, deve ser idêntico ao do concubinato heterossexual: a dependência não necessita ser exclusiva, sendo, portanto, presumida. 5. Comprovada a união homoafetiva, presume-se a dependência econômica da autora em relação ao "de cujus", nos termos do § 4º do artigo 16 da Lei nº 8.213/91, bem como presentes os demais requisitos previstos no artigo 74, "caput", da mesma lei, é devido o benefício de pensão por morte. 6. Reexame necessário, tido por interposto, parcialmente provido. Apelação do INSS improvida. Tutela antecipada concedida. (BRASIL, 2009)

APELAÇÕES CÍVEIS E REMESSA NECESSÁRIA. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. UNIÃO HOMOAFETIVA. PENSÃO POR MORTE. PEDIDO DE HABILITAÇÃO DO COMPANHEIRO OU EX-CONVIVENTE COMO DEPENDENTE DO SEGURADO FALECIDO PARA AUFERIR O BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DE PENSÃO POR MORTE. COMPROVADA A UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO UNIÃO HOMOAFETIVA ESSA MERECE TRATAMENTO ISONÔMICO COM AS UNIÕES HETEROSSEXUAIS PARA FINS DE PERCEPÇÃO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS CONCEDIDOS PELO IPERGS. DISPENSADA A COMPROVAÇÃO DO TEMPO MÍNIMO DE EXISTÊNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA, ANTE O DISPOSTO NO ART. 226, § 3º, CF E NA LEI Nº 9.278/1996, BEM COMO NO ART. 1.723, DO CÓDIGO CIVIL. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA.

O Supremo Tribunal Federal, relativamente ao direito ao pensionamento em decorrência de relações homoafetivas, ampliou o conceito de família previsto do artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, assim como no artigo 1.723 do Código Civil, ao efeito de reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo, de modo a afastar tratamento diferenciado em razão da preferência sexual. (ut trecho da ementa do Acórdão da Apelação Cível Nº 70075312793). A legislação que regula o Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul deve ser interpretada de forma consonante com as normas constitucional e... civil que lhe sucederam. A Constituição Federal (art. 226, § 3º), a Lei n. 9.278/96 (art. 1º) e o Código Civil (art. 1.723) determinam que a união estável se caracteriza apenas pela convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituir família. Assim, o requisito temporal imposto pelo art. 9º, II, da Lei n. 7.672/82 se tornou conflitante com a legislação posterior, não sendo recepcionado pela ordem jurídica vigente. Na constância da união estável, a dependência econômica da companheira em relação ao companheiro (e vice-versa) é presumida. A conclusão decorre da equiparação constitucional da união estável ao casamento, estendendo à companheira a presunção prevista no § 5º do art. 9º da Lei n. 7.672/82 para a esposa. (ut trecho da ementa do Acórdão da Apelação Cível Nº 70071631410). No caso concreto, o conjunto probatório põe em evidência a união estável mantida pelo autor com o ex-segurado falecido, fazendo jus à percepção da pensão por morte. Precedentes judiciais nesse diapasão. CÁLCULO DO VALOR DO BENEFÍCIO. ÔBITO APÓS A PROMULGAÇÃO DA EC 41/2003. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO TEMPUS REGIT ACTUM. A lei de regência do benefício previdenciário é definida pelo momento em que atendidos os requisitos para seu deferimento; daí porque, falecido o... servidor público após o advento da EC n. 41/2003, a pensão deve submeter-se à novel disposição normativa. Logo, aplicável

ao caso dos autos o redutor previsto na Lei n. 10.887, de 2004 (ut ementa do Acórdão do STJ no AgRg no AREsp 101.062/RJ). JUROS DE MORA. TERMOS INICIAL. DATA DA CITAÇÃO. MATÉRIA SUMULADA. Os juros de mora incidem da citação, com fulcro na Súmula 204 do STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. MARCO FINAL. Verba arbitrada com observância dos vetores previstos nos §§§ 11º, 9º, 3º, inciso I, todos do artigo 85 do CPC. Os honorários advocatícios devidos pela Fazenda Pública devem ser fixados sobre o proveito econômico, abarcando as prestações vencidas até a data da prolação da sentença, mais 12 parcelas vincendas, aí já considerada a atuação do causídico na etapa recursal. CONSECTÁRIOS LEGAIS. NECESSIDADE DE OBSERVAR OS CRITÉRIOS DEFINIDOS PELA CORTE SUPERIOR NO JULGAMENTO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS NºS 1.492/221/PR, 1.495.144/RS E 1.495.146/MG TEMA 905 DO STJ. CONDENAÇÃO JUDICIAL DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA. As condenações impostas à Fazenda Pública de natureza previdenciária sujeitam-se à incidência do INPC, para fins de correção monetária, no que se refere ao período posterior à vigência da Lei 11.430/2006, que incluiu o art. 41-A na... Lei 8.213/91. Quanto aos juros de mora, incidem segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança (art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei n. 11.960/2009). (ut trecho da ementa do Acórdão dos Recursos Especiais Repetitivos nºs 1.492/221/PR, 1.495.144/RS e 1.495.146/MG).
AMBOS OS APELOS PROVIDOS EM PARTE. SENTENÇA MODIFICADA PARCIALMENTE EM REEXAME NECESSÁRIO. (BRASIL, 2018).

Tendo em vista a intenção originária do constituinte, isto é, dar ampla e integral proteção à família, independente das alterações que esta pode vir a sofrer em sua estrutura no futuro, assim como levando em consideração os novos modelos familiares que possam vir a surgir, é possível afirmar que a Constituição pretende proteger todos os tipos de família, e não apenas aquelas com definição expressa em seu texto.

A aplicação e interpretação do texto constitucional deve levar em conta a vontade original do constituinte, isto é, o motivo que o levou a prever de forma tão abrangente o conceito de família. O direito da família foi previsto como matéria digna de proteção constitucional, sendo inclusas em sua proteção entidades familiares até então mal vistas pela sociedade e de formação inimaginável pela sociedade tradicional anteriormente à Constituição de 1988.

O Brasil é um Estado laico, por este motivo deixar de proteger determinado tipo de modelo de família devido a credos morais e religiosos viola os princípios fundamentais previstos na Constituição Federal, tais como: o pluralismo, a liberdade, a igualdade, a dignidade da pessoa humana, dentre outros. A prática de tal ato configura discriminação infundada e sem qualquer base constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Até então foi apresentada uma série de argumentos baseados em pesquisas, o que permitiu uma abordagem quanto ao objetivo do trabalho, ou seja, elucidar como se deu a evolução do conceito de família, fazendo uma análise de como era vista a instituição da família nas Constituições anteriores à de 1988, como passou a ser conceituada e entendida a partir da Constituição de 1988 e como ela é vista na prática, de acordo com as definições e jurisprudências atuais.

O conceito atual de família deixa de ser visto sob a ótica patrimonial, política, religiosa ou de procriação, e passa a ser entendido de forma a alcançar a realização da dignidade de seus indivíduos, também servindo como importante ferramenta para o desenvolvimento de sua personalidade. Nesse sentido, a família na atualidade tem como base de constituição o afeto e a solidariedade recíproca entre seus membros, que buscam apoio nos laços familiares para a realização de seus objetivos e busca por sua felicidade.

A legislação pátria atual, de forma a ser o mais abrangente possível, não apresenta um conceito definido da família. Assim, é possível usar como norte para entendimento as três definições do conceito de família citados por Maria Helena Diniz (DINIZ, 2008, p. 9), sendo eles: o sentido amplíssimo, o sentido lato e a acepção restrita. No entendimento da professora, família no sentido amplíssimo seria aquela em que os indivíduos estão ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade.

Já a acepção *lato sensu* do vocábulo refere-se àquela formada “além dos cônjuges ou companheiros, e de seus filhos, abrange os parentes da linha reta ou colateral, bem como os afins (os parentes do outro cônjuge ou companheiro)” (DINIZ, 2008, p. 10). Por fim, o sentido restrito restringe a família à comunidade formada pelos pais (matrimônio ou união estável) e a da filiação.

A legislação atual abrange os três conceitos trazidos pela autora, sendo aplicável cada um em diferentes aspectos das relações familiares, manejando e adequando os direitos e obrigações de acordo com o nível de proximidade do círculo familiar.

Como foi possível observar, houve um declínio do conceito engessado de família patriarcal, que era o modelo original familiar aceito, o qual perdurou por muitos séculos na sociedade, vindo posteriormente a ser substituído por um modelo familiar baseado na igualdade entre os cônjuges e entre os filhos, assim como por vínculos matrimoniais passíveis de dissolução.

Atualmente, não existe mais o predomínio da figura paterna, a homens e mulheres são atribuídos os mesmos deveres e direitos. Apesar de ainda ser possível observar que dentre alguns ainda prevalece a ideia da família conjugal oriunda do casamento e todas as suas formalidades jurídicas, esta deixa de ser considerada como a única espécie de família existente, observando-se que outros modelos familiares de fato já existem, possuindo regulamentação legal e sendo aceitas socialmente.

A família atual é marcada pela pluralidade e complexidade de seus membros, existindo não apenas um, mas sim diversos tipos de entidades familiares. O vínculo advindo do matrimônio deixou de ser o fator fundamental para a constituição da família, dando lugar ao vínculo de afeto entre seus integrantes.

A instituição social da família varia de acordo com os costumes, valores sociais e necessidades à baila em cada época. Em observância a tal conceito, o texto da Constituição de 1988 elevou a família à base da sociedade, passando a proteger de modo expreso os mais diferentes tipos de família, e não apenas aquele oriundo do matrimônio, pois são fruto da evolução da própria sociedade.

As Constituições anteriores à de 1988 apenas davam amparo à entidade familiar formada a partir do casamento, enquanto a Carta Magna atual, por outro lado, é inclusiva, tanto que veio a consolidar o princípio da pluralidade de modelos familiares, rompendo com conceitos ultrapassados de família.

Ainda que a Constituição de 1988 preveja de modo expreso apenas os modelos familiares decorrentes do casamento, da união estável e da família monoparental, não se pode excluir da proteção constitucional nenhum modelo atual de família. Podem sim existir as mais variadas estruturas familiares, mesmo que diversas dos modelos previstos na Constituição, cabendo a todos os modelos a mesma proteção constitucional. Afinal, o objetivo do legislador constituinte foi justamente a inserção na proteção constitucional de instituições familiares até então mantidas à margem.

Ocorreu uma mutação constitucional do sentido de família, de modo a incluir novas formas, e não apenas as que se encontram elencadas de forma expressa no artigo 226 da Constituição Federal. Por isso, para que sejam consideradas como famílias constitucionalmente aceitas, não é necessário que haja qualquer tipo de alteração do texto constitucional, visto que seu rol não é taxativo.

Apesar do fato de que ainda hoje a maior parte das pessoas ainda faça parte de um modelo familiar com núcleo formado pelo matrimônio, é evidente a existência de diversos outros modelos familiares. Sempre haverá uma forma predominante de modelo familiar na

sociedade, a depender do tempo, o que não implica na exclusão de outros tipos de instituições familiares. A família é um organismo abrangente demais, que jamais deve ser engessada para se encaixar em padrão específico algum, ainda que à época este seja o considerado correto. Assim sendo, a Constituição não é taxativa ao prever os tipos de famílias existentes.

A Constituição deve ser o meio através do qual ocorre a realização de valores fundamentais de um povo. Uma vez sendo tais valores mutáveis, a depender do passar do tempo, também o deve ser a Constituição, de modo a abranger possíveis novos ideais que surjam com a evolução da sociedade. É a correlação do texto com os valores mais profundos de seu povo que fazem com que a Constituição possua durabilidade e aderência.

Por esse motivo, a elasticidade e abrangência do texto constitucional é o que permite uma maior flexibilidade em se tratando de interpretação das normas constitucionais, de modo a acompanhar as constantes mudanças que vêm ocorrendo e continuarão a acontecer com relação ao conceito de família ao longo do tempo.

Atualmente, qualquer interpretação a ser dada ao conceito de família deve ter por base os princípios constitucionais e os direitos fundamentais previstos na Constituição. Vale destacar que tais princípios e valores não permitem uma interpretação ultrapassada acerca do instituto da família.

Não pode ser excluída da proteção constitucional qualquer forma de entidade familiar, sob pena de incorrer na violação dos princípios constitucionais e direitos fundamentais, como: a liberdade, a igualdade, a intimidade e a própria dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Os direitos de igualdade e liberdade garantem que os diversos tipos de família sejam respeitados e merecedores da proteção jurídica, sendo assegurado o direito de cada indivíduo em formar o tipo de família que lhe melhor parecer conveniente, de acordo com sua autonomia de vontade, sendo de sua responsabilidade os rumos de sua própria vida.

A exclusão de qualquer tipo de família da proteção constitucional pode ser considerada como um desrespeito aos propósitos do Estado, conforme estabelece o artigo 3º da Constituição, que prevê como sendo um dos objetivos fundamentais da República construir uma sociedade, justa e igualitária, promovendo o bem de todos, sem qualquer forma de preconceito ou de discriminação.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988)

As normas existentes para regular e proteger a família não podem ignorar a evolução de seu conceito, assim como as novas necessidades dele decorrentes, correndo o risco de deturpar os fins para os quais foram criadas.

A família é o núcleo base da sociedade e, por essa razão, matéria de extrema importância, devendo ser analisada de acordo com todas as suas particularidades de implicações, sejam elas jurídicas, psicológicas, sociais ou políticas. É de extrema necessidade que seja cada vez mais difundida perante a população a ideia de que a família é um instrumento de felicidade e desenvolvimento pessoal, e não uma instituição de caráter político ou material.

Em se tratando do suposto ativismo judiciário no tocante ao conceito de família relacionado às famílias homoafetivas, o STF é tido como guardião da Constituição no Estado de Direito. Sendo assim, é possível concluir como sendo de interesse da própria população que o STF possa agir de modo a garantir os direitos pretendidos pelo constituinte na Carta Magna, tais como a igualdade e a dignidade da pessoa humana, permitindo que os casais homoafetivos possam ter os mesmos direitos garantidos na Lei Maior que casais heterossexuais em união estável. Inclusive o direito à adoção, direito que provavelmente seria negado se dependesse somente do Poder Legislativo e da bancada religiosa e conservadora, que ali se encontra presente.

Na decisão da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF, observou-se uma preocupação em preservar e fazer valer preceitos fundamentais da Constituição Federal, dentre eles a isonomia, a liberdade sexual, a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a vedação de discriminação sexual, a legalidade, a inviolabilidade da intimidade e vida privada e a procura republicana do bem de todos. Não se viu no julgamento em questão qualquer inovação no ordenamento jurídico ou intromissão em diretrizes de políticas públicas. O Supremo atuou, estritamente, na defesa dos direitos fundamentais valendo-se de uma das técnicas de controle de constitucionalidade das leis postas à sua disposição.

Portanto, jamais se deve permitir prender a um pensamento engessado e estagnado do que seria o conceito de família, ou qualquer outro, buscando sempre evoluir em consonância com a sociedade, respeitando a todo o momento a maior conquista já alcançada ao longo do tempo: a liberdade, em todas as suas formas.

REFERÊNCIAS

AFLEN, Maria de Fátima. **Direitos fundamentais e o novo direito de família**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

ARENDDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. Mauro W. Barbosa (trad.). 8ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BEVILÁQUA, Clovis. **Direito da Família**. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de família**. São Paulo: Forense Universitária, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. São Paulo: Campus, 8ª Tiragem, 2004.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (de 10 de novembro de 1937). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (de 16 de julho de 1934). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (de 18 de setembro de 1946). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (de 24 de fevereiro de 1891). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. Constituição (1988). **Emenda Constitucional nº 1º**, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. Constituição (1988). **Emenda Constitucional nº 9**, de 28 de junho de 1977. Dá nova redação ao § 1º do artigo 175 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc09-77.htm>. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. **Lei nº 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. **Lei nº 11.340**, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. **Lei nº 11.698**, de 13 de junho de 2008. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. **Lei nº 8.009**, de 29 de março de 1990. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8009.htm>. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça.. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 971466** (AgRg no Ag 971466 / SP). Rel.a Min. Ari Pargendler, Terceira Turma, Julgado em 02/09/2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1284566** (REsp 1284566 RS 2011/0232543-3), Julgado em 23/06/2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 820475** (REsp 820475/RJ). Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Quarta Turma, Julgado em 02/09/2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 364**. O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas. 03. jan. 2008. Disponível em: <<https://www.legjur.com/sumula/busca?tri=stj&num=364>>. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132** (ADPF: 132 RJ). Rel. Min. Ayres Britto, 05/05/2011a, Tribunal Pleno. DJe-198. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627227/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-132-rj-stf>>. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277** (ADI: 4277 DF). Rel. Min. Ayres Britto, 05/05/2011b, Tribunal Pleno. DJe-198. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf>>. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Processo nº1.0024.04.531585-0/001(1)**, Rel. Maria Elza, Julgado em 03/12/2009.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº 70018249631**. Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Maria Berenice Dias, Julgado em 11/04/2007.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70013801592**. Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 05/04/2006.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação e Reexame Necessário nº 70078312535**. Vigésima Segunda Câmara Cível, Relator Miguel Ângelo da Silva, Julgado em 18/10/2018.

_____. Tribunal Regional Federal (3ª. Região). **Apelação Cível nº 971499**. Rel. Leonel Ferreira, Nona Turma, Julgado em 30/03/2009.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Ação Cautelar nº 24.564**. Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, Publicado em 1º/10/2004.

BURGUIERE, André. **Historia de la família**. Madrid: ed. Alianza, 1988.

CAMARGO, Marcelo Novelino. O Conteúdo Jurídico da Dignidade da Pessoa Humana. **In: Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**, Editora JusPodivm, 3ª edição. 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 2009, p. 1451-2009.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, 2000.

CHAVES, Cristiano de Farias; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução nº 175**, de 14 de maio de 2013. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/buscatas-adm?documento=2504>>. Acesso em: 10 out. 2018.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

DIAS, Maria Berenice. **A Família Homofetiva**. 2006. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/28_-_fam%EDlia_homoafetiva.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2018.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed. Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.** 7ª ed São Paulo: Saraiva, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família: elementos críticos a luz do novo código civil brasileiro.** Rio de Janeiro: ed. Renovar, 2003.

FARIAS, Cristiano de Farias; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. A Constituição de 1934. **In:** As Constituições Brasileiras - Análise histórica e propostas de mudanças. Luiz Felipe D'Ávila (Org.), Brasiliense, 1ª ed., 1993, p. 37-38.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **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.

HART, Herbet L. A. **O conceito de direito.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

HERRERA, Marisa. Filiación, adopción y distintas estructuras familiares em los albores Del siglo XXI. **In:** BASTOS, Eliane Ferreira; DIAS, Maria Berenice (coord.). A família além dos mitos. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional.** trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Martires Coelho. São Paulo: Saraiva. 2009.

LIMA, Alceu Amoroso. **A família no mundo moderno, A família no mundo moderno.** Rio de Janeiro: AGIR, 1960.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: atualidades.** Coordenadores César Fiúza, Maria de Fátima Freire de Sá, Bruno Torquato de Oliveira Naves. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MANRIQUE, Ricardo C. Pérez. Nuevas formas familiares: demografía y derecho de família. **In:** A família além dos mitos, Maria Berenice e Eliene Ferreira Bastos (coord.). Belo Horizonte: Del Rey. 2008.

MARMELSTEIN, George. Jurisprudência arco-íris: comentários à decisão do supremo tribunal federal acerca das uniões homoafetivas. **Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC).** n. 17, jan/jul 2011, p. 225-262. Disponível em:

<[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-225-Artigo_George_Marmelstein_\(Jurisprudencia_Arco-Iris\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-225-Artigo_George_Marmelstein_(Jurisprudencia_Arco-Iris).pdf)>. Acesso em: 10 dez. 2018.

MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai. **Ativismo Judicial e a Efetivação de direitos no Supremo**, 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2004.

OLIVEIRA, Jose Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. Belo Horizonte: ed. Del Rey, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RIO DE JANEIRO. **Decreto-Lei nº 220**, de 18 de julho de 1975. Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em:

<<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/decest.nsf/13a8832c3ad51674832569d0006c75a4/cb7fc6f032ee6e5683256eb40054bd0e?OpenDocument>>. Acesso em: 10 out. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang, **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

SEREJO, Lorival. **Direito Constitucional da Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

TAVARES, André Ramos. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. **In**: ARAUJO, Luiz Alberto David. 15 anos da Constituição Federal em busca da efetividade. José Roberto Martins (coord. Editorial). Faculdade de Direito de Bauru. 2003.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 22ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua Reserva de Justiça – um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma**. São Paulo: Malheiros, 1999.

VILLAÇA, Álvaro. **Estatuto da Família de Fato: de acordo com o novo Código civil, Lei nº 10.406, de 10-01-2002**. São Paulo: Atlas, 2002.